



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MEDENÎ USÛL
ve
İCRA - İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI - IX

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA
ARABULUCULUK

Ankara
15-16 Ekim 2010

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 215

*Türk Medenî Usûl ve İcra - İflâs
Hukukçuları Toplantısı*

ISBN: 978-605-5316-21-1

© Türkiye Barolar Birliği
Temmuz 2012, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Baskı
Afşaroğlu Matbaası
Kazım Karabekir Caddesi Altıntop İşhanı
No: 87/7 İskitler/ANKARA
(0312) 384 54 88

MEDENÎ USÛL
ve
İCRA - İFLÂS HUKUKÇULARI
TOPLANTISI - IX

HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA
ARABULUCULUK

Ankara
15-16 Ekim 2010

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	9
-------------	---

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ.....	13
(Organizasyon Komitesi Başkanı)	
Ahmet KARAMAN	16
(TC Adalet Bakanlığı Müsteşarı)	

BİRİNCİ GÜN

(15 Ekim 2010)

I. OTURUM

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK.....	25
(Oturum Başkanı)	
Dr. Christoph LIEBSCHER	
USING ADR TECHNIQUES IN ARBITRATION	26

Dr. Christoph LIEBSCHER (Çev: Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU) ARABULUCULUK TEKNİKLERİNİN TAHKİMDE KULLANILMASI.....	51
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ İSTANBUL TAHKİM MERKEZİ KANUN TASARISI TASLAĞI.....	77
TARTIŞMALAR	90

II. OTURUM

Prof. Dr. Süha TANRIVER	105
(Oturum Başkanı)	
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK ANAYASAL HAK VE HÜRRİYETLER İLE YARGILAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER IŞIĞINDA ARABULUCULUK.....	107
Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK KURUMSAL ARABULUCULUK KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ	155
TARTIŞMALAR	182

İKİNCİ GÜN

(16 Ekim 2010)

I. OTURUM

Av. Talay ŞENOL	211
(Oturum Başkanı)	

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING MEDIATION und RECHTSSTAAT	216
Prof. Dr. Hanns PRÜTTING (Çev: Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ) ARABULUCULUK ve HUKUK DEVLETİ	234
Prof. Dr. Burkhard HESS DIE ENTWICKLUNG DER GERICHTSINTERNEN MEDIATION IN DEUTSCHLAND.....	255
Prof. Dr. Burkhard HESS (Çev: Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ) ALMANYA'DA MAHKEME İÇİ ARABULUCULUĞUN GELİŞİMİ	295
TARTIŞMALAR	337

ÖNSÖZ

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nın dokuzuncusu 15-16 Ekim 2010 tarihlerinde Ankara'da Hâkimevi'nde gerçekleştirilmiştir.

Dokuzuncu Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" konusu değerlendirilmiş ve tartışılmıştır. Konu değerlendirilirken bir yandan da İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu Tasarısı ile ilgili hazırlıklar da ele alınmıştır. Son yıllarda, gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk uygulaması yanında bilimsel alanda da oldukça üzerinde durulan ve tartışılan bir konu haline gelmiştir. Nitekim, bu konuda hazırlanmış bir kanun tasarısı TBMM gündemindedir. Toplantının amacı, bir yandan Dünyadaki gelişmeleri değerlendirerek konuyu genel olarak ele almak, diğer yandan da mevcut Tasarı üzerinde tartışarak bir sonuca varmaktır. Konu teorik temelleri ve uygulamadaki yönleriyle birlikte ele alınmıştır. Bu çerçevede, toplantıya Türkiye dışından Almanya ve Avusturya'dan da konuyla ilgili öğretim üyeleri katılarak tebliğ sunmuşlardır. Dokuzuncu Toplantı, her zaman desteklerini gördüğümüz T.C. Adalet Bakanlığı'nın yardım ve katkılarıyla düzenlenmiştir. Başta Sayın Adalet Bakanı olmak üzere, Bakanlığın Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne müteşekkirimiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sebebiyle, toplantı kitabının basımı gecikmiş, ayrıca 2011 yılında da toplantı yapılamamıştır. Geçen sürede tüm tebliğ ve tartışmalar düzenlenerek nihayet basıma hazırlanmıştır. Toplantıya katılan yabancı konukların tebliğlerini daha önce olduğu üzere Türkçe çevirisi ile birlikte yayınlıyoruz.

Toplantı kitabının basılmasında, başta Organizasyon Komitesinin sekretarya işlerini yürüten Doç. Dr. Murat Atalı olmak üzere, düzenlenmesi ve yayına hazırlanmasında Yrd. Doç. Dr. Evrim Erişir'in önemli emeği ve katkısı vardır. Kendilerine teşekkür ediyorum.

Toplantı kitabının basımı her zaman olduğu gibi Türkiye Barolar Birliği'nin katkı ve desteği ile gerçekleştirilmiştir. Bu sebeple, her zaman desteklerini esirgemeyen başta TBB Başkanı Sn. Av. V. Ahsen Coşar olmak üzere, TBB Yayın Kurulu'na da teşekkürü borç biliyoruz.

Ekim 2012 içinde onuncusunu gerçekleştireceğimiz Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısının da hazırlıkları sürmektedir. Bizim için önemli bir zaman dilimi olan onuncu Toplantıda görüşmek dileğiyle sevgi ve saygılar sunuyorum

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

BİRİNCİ GÜN

15 Ekim 2010

Açılış Konuşmaları

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Ahmet KAHRAMAN
Adalet Bakanlığı Müsteşarı

Arş. Gör. Dr. Müjgan TUNÇ-YÜCEL (Program Sunucusu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Yüksek yargının ve Adalet Bakanlığı'nın değerli temsilcileri, Türkiye Barolar Birliği ve Noterler Birliği'nin değerli temsilcileri, değerli hocalarım ve sevgili katılımcılar; bu yıl dokuzuncusunu düzenlediğimiz Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısına hoş geldiniz.

MÜJGAN
TUNÇ YÜCEL'İN
KONUŞMASI

Bu seneki konumuz, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" olarak belirlenmiştir. Bu seferki toplantımızı Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın destek ve katkılarıyla gerçekleştiriyoruz.

Şimdi, açılış konuşmalarını yapmak üzere Toplantı Organizasyon Başkanı Sayın Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'i arz ediyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (Organizasyon Komitesi Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın Müsteşarım, Yüksek Yargının Değerli Başkan ve Üyeleri, Türkiye Barolar Birliği'nin ve Noterler Birliği'nin temsilcileri ve Noterler Birliği'nin Değerli Başkanı ve Üyeleri, Değerli Hoca-

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

larım, Değerli Meslektaşlarım, Ankara'da bulunan farklı büyükelçiliklerin değerli temsilcileri; hepinize, toplantımıza katıldığınız, bize güç verdiğiniz için şimdiden teşekkür ediyorum ve hoş geldiniz diyorum.

Bu yıl, biraz önce ifade edildiği gibi, konumuz “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*”. Zannediyorum Türkiye’de hiçbir kanun tasarısı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı kadar eleştirilmedi, bu kadar çok tartışılmadı. Bu, bizler için aslında büyük bir şans, büyük bir fırsat ve bu eleştirilerden sonra zannediyorum çıkarılacak sonuçlar bakımından da son derece önemli.

Bugün başlayan ve yarın öğlene kadar devam edecek toplantıda üç yabancı konuğumuz tebliğ sunacaklar. İlk konuğumuz Sayın Dr. Christoph Liebscher, Avusturya’dan katılıyor ve kendisi Avusturya’da ünlü bir avukatlık bürosunun ortağı. Ama Türk Hukuku’na ve bizlere destek veren bir meslektaşımız. Çünkü Sayın Liebscher Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nı hazırlamamız sırasında Avusturya’da arabulucuların nasıl yetiştiği, kendi arabuluculuk kanunlarının nasıl düzenlendiği ve uygulamada arabuluculuğun nasıl olduğu konusunda mükemmel bir program hazırladı ve bu program sayesinde biz üç gün içinde hem Avusturya’daki hem de Avrupa’nın çeşitli ülkelerindeki arabuluculuk uygulamasını öğrenebilme, tartışabilme fırsatı bulabildik. Huzurunuzda bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Sayın Liebscher, “*Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması*” konulu bir tebliğ sunacak. Yarın ise Almanya’dan iki değerli hocamızı davet ettik. Açıkçası onlar şu anda salonda değiller, ama onların yokluklarında özellikle teşekkür etmek istiyorum. Çünkü bu gece geç saatte, zannediyorum gece yarısı gelecekler. Yarın sabah tebliğ sunacaklar ve tekrardan Almanya’ya dönecekler. Bu, hakikaten çok büyük bir fedakârlık ve şu anda Almanya’da her ikisinin de son derece yoğun programları olmasına rağmen bu daveti kırmadılar.

Toplantımıza yarın katılacak olan meslektaşlarımızdan ilki, Prof. Dr. Hanns Prütting. Sayın Prütting arabuluculuk konusunda da çok değerli çalışmaları bulunan ve aynı zamanda Alman Usûl Hukukçuları Birliği'nin de şu anda Başkanlığı yürüten değerli bir bilim adamı. Bize “*Arabuluculuk ve Hukuk Devleti*” konulu bir tebliğ sunacak.

Diğer katılımcı, Heidelberg Üniversitesi'nden değerli bir bilim adamı olan Prof. Dr. Burkhard Hess. “*Mahkeme İçi Arabuluculuk*” konusunda bir tebliğ sunacak. Her iki profesörün bu sene Viyana'da yapılan Usûl Hukukçuları Toplantısında pro-contra biçiminde mahkeme içi arabuluculuk konusunda tebliğleri oldu. Değerli görüş ve tecrübelerinin Türk Hukuku açısından da çok önemli olacağını düşünüyorum.

Bu sene de geçen yılki toplantının notlarını, tartışmalarını ve tebliğlerini bastırabilme imkânı bulduk. Bunu şimdiye kadar gerçekleştiren ve bize destek olan Türkiye Barolar Birliği'ne bir kez daha teşekkür etmek istiyorum, çünkü bu tebliğlerin basılması, bu tartışmaların basılması son derece önemli bizler için.

Keza bu toplantıları gerçekleştirebilmek, mutlaka bir sponsorluğu gerektiriyordu. Bu sene Adalet Bakanlığı'ndan bu desteği aldık. Ben Sayın Müsteşarımıza ve onun şahsında Adalet Bakanlığı'na şükranlarımı arz etmek istiyorum. O destek sayesinde bu toplantıyı gerçekleştirebildik. Umarım bu yılki toplantı da daha önceki toplantılar gibi bizim hukuk hayatımızın, hukumumuzun gelişmesi bakımından önemli katkılar sağlayacaktır.

Bu toplantının organizasyonu inanın, bu toplantının bitmesinden itibaren önümüzdeki toplantının hazırlıklarına başlamak suretiyle gerçekleşiyor. Biz, bu toplantının hazırlıklarını da, geçen yılki toplantının, yani Abant'taki toplantının bitiminden hemen sonra başlattık ve bugüne kadar çeşitli aşamalarda çalışarak, bir araya gelerek bu toplantıyı gerçekleştirebildik. Bu toplantının da gerçekleşmesi için emekleri gayretleri destekleri için, Prof. Dr. Muhammet Özokes'e ve Sayın Doç. Dr. Murat Atalı'ya özellikle teşekkür etmek istiyorum. Onlar olmasaydı bu toplantıyı gerçekleştirmemiz mümkün olmayacaktı.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
KONUŞMASI

Yine geçen toplantının notlarını, tebliğlerini toplayan veya-bancu tebliğleri Türkçe'ye çeviren tüm arkadaşlarıma ayrı ayrı teşekkür ediyorum ve tekrar diliyorum ki bu toplantı bizlere önemli tartışmalar getirecek, yeni fikirlerin tartışılmasını sağlayacak ve hukuk hayatımıza da önemli katkılar sağlayacak. Geldiğiniz için, bundan sonraki katkılarınız için sizlere teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum.

Arş. Gör. Dr. Müjgan TUNÇ-YÜCEL: Açılış konuşmalarını yapmak üzere Adalet Bakanlığı Müsteşarı Sayın Ahmet Kahraman'ı arz ediyorum.

AHMET
KAHRAMAN'IN
KONUŞMASI

Ahmet KAHRAMAN (Adalet Bakanlığı Müsteşarı): Değerli konuklar, çok kıymetli meslektaşlarım, Yargıtay'dan, Türkiye Noterler Birliği'nden, Türkiye Barolar Birliği'nden, çeşitli üniversitelerimizin hukuk fakültelerinden hukukçu arkadaşlarımız, akademisyenlerimiz ve Bakanlığımızın değerli çalışanları, mesai arkadaşlarım; hepinize hoş geldiniz derken, şahsım ve Bakanlığım adına sevgilerimi, saygılarımı sunuyorum.

Ben, usûl hukukçularımızın kısaca, usûl ve icra-ıflâs hukukçularımızın düzenlediği böyle bir toplantıya ilk defa katılma fırsatı buldum. Biz ilmi ve ilim adamını önemsiyoruz, gerçekten azami oranda da her türlü çalışmalarımızda istifade etmeye çalışıyoruz. Bilindiği gibi Adalet Bakanlığı, aynı zamanda devletin hukuk müşaviridir. En önemli görevlerinden birisi, yasa hazırlığı çalışmalarını devlet adına yürütmektir, bunları koordine etmektir. Bu çalışmalarımızı yaparken kuşkusuz Bakanlığımız'da bu birimde görev alan benim çok değerli mesai arkadaşlarım var, ama bu çalışmaların yürütülmesi sırasında, hazırlanması sırasında siz değerli hukukçu dostlarımızdan, üniversitelerdeki akademisyen arkadaşlarımızdan, hocalarımızdan istifade ediyoruz. Bu seminerin de bu tür çalışmalara kuşkusuz ki katkı sağlayacağı, bize ışık tutacağı ve rehberlik edeceği inancındayım. Bizim Bakanlığımız açısından da çok yararlı hizmetler ve sonuçlar getirecektir. Bu manada da öncelikle konuşmama başlarken, bu organizasyonun gerçekleştirilmesinde görev alan, başta Hakan Hoca, Muhammet Hoca ve Murat Hoca ve bizim Kanunlar Genel Müdürlüğü'ndeki ça-

alışma arkadaşlarım olmak üzere, tüm emeği geçen arkadaşlarımıza, hocalarımıza huzurlarınızda teşekkür ediyorum.

Avusturya'dan ve yarın da Almanya'dan katılımcıların da gelerek destek vereceği ve görüşlerini paylaşacakları bu çalışmanın yararlı, hayırlı hizmetler, sonuçlar doğuracağına inanıyorum. Bu bağlamda ben de dışarıdan gelen konuklarımıza da teşekkür ediyorum.

Küreselleşme tabir edilen eğilimin son derece belirginleştiği bir çağ olan 21. yüzyılda gelişen kültürel ve uluslararası ticarî ilişkiler, ulusal ve uluslararası alanlarda her konuda olduğu gibi hukuk hayatını da doğal olarak etkilemektedir. Ülkemiz de dünyadaki bu hızlı değişime paralel olarak birçok alanda ve özellikle de hukuk alanında önemli değişikliklere imza atmıştır ve atmaktadır. Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin hızlandırıcı etkisi yanında, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği çağdaş açılımların gerçekleştirilmesi ihtiyacı da bu değişimlerin arkasındaki en önemli itici güç olmuştur. Avrupa Birliği standartlarına ulaşmak için gerekli mevzuat çalışmalarıyla adli ve idarî kapasitenin güçlendirilmesi yolunda çalışmalara devam edileceği hususunda da Hükümet Programında taahhütlere yer verilmiştir. Bilindiği üzere, başta temel kanunlar olmak üzere, mevzuatımızda köklü ve reform niteliğinde değişiklikler yapılmıştır. Bakanlığımızca bu nitelikteki çalışmalara ara verilmeksizin devam edilmektedir. Bu bağlamda, temel kanun niteliğinde olan ve halen Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul gündeminde bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda birçok yeni hükümler ve düzenlemeler bulunmaktadır. Bu tasarıların kanunlaşması ve herhangi bir karmaşaya sebep olmadan uygulanması ve içtihatların oluşması büyük önem arz etmektedir.

Değerli katılımcılar, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecindeki taahhütleri göz önünde bulundurularak Bakanlığımız tarafından Yargı Reformu Stratejisi hazırlanmıştır. Ülkemizin demokratik hukuk devleti olma yolundaki konumunu güçlendirmesini beklediğimiz bu belge içeriğinde belirtilen

amaçlardan birini de uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hâle getirilmesi ve alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi teşkil etmektedir. Yargı sisteminin içinde bulunduğu durum ve ceza yargılanmasında uzlaşma müessesesinin düzenlenmiş olması dikkate alındığında, hukuk yargılaması alanında da uyuşmazlıkların alternatif yollarla çözümlenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Alternatif çözüm yöntemlerinin ilk ve en yaygını, tahkim kurumudur. Ülkemizde tahkim yoluna başvuru sayısının fazla olmadığı bilinmekle birlikte, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bilinmesi, anlaşılması ve kullanılmasının sağlanması için bir tahkim merkezinin varlığına ihtiyaç duyulmuştur ve bu bağlamda 2 Ekim 2009 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Strateji ve Eylem Planının “Hukuk Altyapısının Güçlendirilmesi” başlıklı bölümünde, uluslararası finans merkezinin oluşturulması amacıyla İstanbul’da bağımsız ve özerk yapıya sahip, milletlerarası alanda rekabet edebilecek düzeyde kurumsal bir tahkim merkezinin oluşturulması ve arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde kullanılması kararlaştırılmıştır. Bu bağlamda, 5 Ekim 2009 tarihli Bakanlığımızın oluru ile çalışma grubu oluşturulmuş, yapılan çalışmalar sonucu hazırlanan İstanbul Milletlerarası Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Taslağı 13 Temmuz 2010 tarihinde görüşe sunulmuş olup, görüşler toplandıktan sonra en kısa sürede Büyük Millet Meclisi’ne sevk edilecektir.

Bu çalışmaların yanı sıra, Yargı Reformu Stratejisi Belgesi’nde hukukî uyuşmazlıkların yargı öncesi çözülmesi için arabuluculuk usûlünü öngören kanun tasarısının kanunlaşma sürecinin takip edileceği ve hayata geçirilmesi konusunda gerekenlerin yapılacağı öngörülmüştür. Bunun sonucu olarak, Bakanlığımızca bir Bilim Komisyonu kurulmuştur.

Bir kısım uyuşmazlıkların çekişmeli yargı şeklinde mahkemelere intikali yerine, nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk usûlü yargılamasına yansıtma amacına yönelik

hükümler içeren bir kanun tasarısı hazırlanması amacıyla kurulan komisyon tarafından hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, 3 Haziran 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilmiştir. Talî komisyon olan Avrupa Birliği Uyum Komisyonunca kabul edilen Tasarı, halen Adalet Komisyonu gündemindedir.

Alternatif uyuşmazlık çözümü bir kısım hukukçular tarafından yargının alternatifi gibi algılanmakta ise de, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının aslında yargı sistemiyle rekabet içinde olma ya da yargıya alternatif olma sonucunu doğurmayacağı gibi, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümüne, yani adalete erişimin kolaylaştırılmasına hizmet edeceğine inanmaktayız. Burada devlete ait yargı yetkisi muhafaza edilerek uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmeden tarafların anlaşmasıyla daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözümleriyle taraflar uzlaştırma sürecine dâhil olmakta ve kendi iradeleriyle anlaşarak sonuca ulaşmaktadırlar. Söz konusu sistem, devletin yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda kişilere sunduğu bir imkândır. Tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları her zaman anlaşarak ve üçüncü kişilerin aracılığından faydalanarak çözümleyebilecekleri düşünülebilirse de, bu alanda da devletin düzenleme yapması bir zorunluluktur. Hatta bu yönüyle alternatif çözüm yollarına yönelik uygulamaları desteklemenin gerçek bir hukuk devletinin başlıca görevlerinden biri olduğu da söylenebilir.

Uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümü yerine, tarafların kendi iradeleriyle anlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından da son derece önemlidir. Hakan Hocamızın da dediği gibi, bu konu Türkiye'mizde belki de gereğinden fazla tartışılmıştır ve eleştiri almıştır. Umut ediyorum, ben programın içeriğinin tamamını inceleme fırsatı bulamadım. Bizim hedef aldığımız gelişmiş Batı ülkelerinde bunun uygulanmasının şekilleri, detayları, oranları, uyuşmaz-

lıkların ne kadarının bu yollarla nizalı kaza dışındaki yöntemlerle çözüldüğü burada konuşulacaktır. Ülkemiz de bu hedeflere ulaşma noktasında üzerine düşen gayreti gösterecektir. Bakanlığımız bu bağlamda da bu çalışmaları, bu kanun tasarısını ve siz değerli akademisyenlerin, hocalarımızın getireceği önerileri önemsemekte ve bunlardan kanun çalışmalarında bir rehber olarak istifade etmektedir. Kanun çalışmalarının sadece hazırlık kısmında değil, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmesi ve yasalaşması sürecinin sonuna kadar siz değerli hocalarımızın, akademisyenlerimizin katkıları beklenmektedir, arzu edilmektedir. Biz bunlardan istifade edeceğiz.

Bu şekilde sorunların önemli bir kısmı yargıya intikal etmeden çözümlenerek devletin yargı organlarına gelen iş yükü de dolayısıyla azaltılmış olacaktır. Söz konusu sistemin sağlıklı işlemesinin doğal bir sonucu olarak, yargı organları daha kaliteli ve daha hızlı hizmet de sunabilecektir.

Uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları arasında özellikle arabuluculuk uygulamaları ön plana çıkmaktadır. Bu durumun başlıca sebepleri olarak, arabuluculuk yönteminin taraflar arasında husumet oluşturmaması, normal yargılama yollarında oluşan kazanma ya da kaybetme ortamı dışında bir uyuşmazlık çözüm yolu olması ve anlaşmazlığın taraf iradeleri esas alınarak çözümlenmesi hususları sayılabilir.

Kanunlaşmasını beklediğimiz Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı ile ilgili olarak, gerek Tasarı'nın görüşe gönderilmesi gerekse Büyük Millet Meclisi'ne sunulduktan sonraki aşamada, kamuoyunda ve özellikle hukuk çevrelerinde bazı eleştiriler gündeme getirilmiştir. Ama biz bu eleştirilerin, önerilerin, görüşlerin tümünden de istifade ederek, daha az tartışılan ve toplumun geniş kesimleri tarafından da daha çok benimsenebilen bir kanun yapma amacını gütmekteyiz ki, bu çalışmalar, bu seminerler, çalıştaylar hem ilim dünyasına hem kanun yapma yükümlülüğü olan biz Adalet Bakanlığı'na ışık ve rehberlik edecektir.

Değerli arkadaşlarım, dünyada ve ülkemizde alternatif uyumsuzluk çözüm yolları alanında yaşanan gelişmeler, bu konuda yasal çalışmalar yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak uyumsuzluğun alternatif yolla çözümü denildiğinde, bazen bilgi eksikliğinden bazen de diğer amaçlardan kaynaklanan sebeplerle bu sistemin yargıya alternatif olduğu yönünde özellikle hukuk çevrelerinde bir kanaat oluştuğu ya da oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir. Hâlbuki burada tarafların kamu düzenini ilgilendirmeyen ve sulh olabilecekleri bir uyumsuzluğu serbest iradeleriyle Tasarı'da gösterilen usûller çerçevesinde anlaşarak çözmeleri söz konusudur. Devletin yargı yetkisini devretmesi söz konusu değildir. Elbette eleştirilerin de haklı olduğu kısmî noktalar da vardır. Biraz önce dediğim gibi, bunlardan da istifade etmeyi, varsa bizim burada eksiklerimiz, yanlışlarımız, bunları düzeltmeyi de hedefliyoruz. Bu durum, alternatif uyumsuzluk çözüm yolları ve hazırlanan kanun tasarısı hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Açıklanan nedenlerle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın farklı ülke uygulamaları ışığında karşılaştırmalı olarak incelenebilmesi ve bu alanda yargı camiasında bilinç oluşturulmasına katkıda bulunma amacına yönelik olmak üzere, seminerler ve çalıştaylar düzenlenmiş, önemli bir birikim ve farkındalık düzeyi yakalanmıştır. Halen şu anda Bakanlığımız Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ile İngiltere Büyükelçiliği'nin iş birliğiyle, "Türkiye'de Arabuluculuk Uygulama Kapasitesinin Geliştirilmesi" adlı proje yürütülmektedir. Bu proje doğrultusunda ülkemizin çeşitli şehirlerinde meslektaşlarımız ve akademisyenlerin katılımlarıyla seminerler düzenlenmiş ve halen bu program devam etmektedir. Bazı yerlerde de çalışmalar yapılacaktır.

Bu yıl düzenlenen Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı'nda, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" konusu ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Medenî usûl hukuku alanında ihtisas sahibi olan çok değerli konuşmacıların konuya ilişkin görüş ve önerilerini sunma fırsatını bulacakları bugün ve yarın gerçekleştirilecek toplantı, Bakanlığımızca bu alandaki çalışmalar açısından büyük bir önem arz etmektedir.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

AHMET
KAHRAMAN'IN
KONUŞMASI

Bunu tekrar ifade ediyorum. Zira burada ortaya konulacak düşünce ve öneriler, söz konusu kanun tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmesi sırasında mutlaka değerlendirilecektir, bunlardan istifade edilecektir, bize rehberlik edecektir.

Bu duygularla sözlerime son verirken, bu çalışmanın başarılı geçmesini, hayırlı hizmetlere vesile olmasını temenni ediyor, tekrar hepinize hoş geldiniz derken, bu organizasyonu gerçekleştiren hocalarımıza, Bakanlıktaki çalışma arkadaşlarımıza teşekkür ediyor, başarılar diliyorum, saygılar sunuyorum.

BİRİNCİ GÜN

15 Ekim 2010

BİRİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Tebliğ Sunanlar

Using ADR Techniques in Arbitration

(Arbuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması)

Dr. Christoph LIEBSCHER

İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Taslağı

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Arş. Gör. Dr. Müjgan TUNÇ-YÜCEL: İlk oturumda konuşmalarını yapmak üzere, Dr. Christoph Liebscher, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Oturum Başkanı Sayın Prof. Dr. Selçuk Öztekin arz ediyorum.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Oturum Başkanı): Araştırma görevlisinden profesörüne, hâkiminden avukatına, yabancı katılımcılara kadar medenî usûl ve icra-ıflâs hukukuna gönül vermiş olan bütün değerli konuklara sonsuz sevgiler ve saygılar sunuyorum ve hepsine hoş geldiniz diyorum.

Gerek Sayın Müsteşarım gerekse Sayın Pekcanitez, bugünün konusu hakkında etraflı açıklamalar yaptı. O itibarla, konunun önemi üzerinde benim de artık durmama pek gerek kalmadı. O itibarla, şu aşamada bana düşen görev, değerli konuşmacılara söz vermekten ibaret olacak. Bu bağlamda, önce Sayın Liebscher'e söz vereceğiz. Kırk beş dakikalık bir süresi var, kırk beş dakika sonra bir kahve arası yapacağız ve on beş dakikalık bu kahve arasından sonra da Sayın Pekcanitez bize İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı hakkında bilgi verecek. O itibarla, sözü ilk olarak "Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması" başlıklı sunumunu yapmak üzere Sayın Liebscher'e veriyorum.

Dr. Christoph LIEBSCHER*

USING ADR TECHNIQUES IN ARBITRATION**

Alternative Dispute Resolution (“ADR”) is a term referring to dispute resolution techniques that are short of conventional court proceedings. The term encompasses a wide variety of processes, that include multiple negotiations methods, that are binding or non-binding, that involve a third party neutral or restricted to parties only, that are structured or informal, or that combine several techniques - are hybrids. Whereas US lawyers will include arbitration in the list of ADR methods as would the EU Commission,¹ continental European lawyers do not. In this article, the second approach is used. ADR is understood as the acronym standing for all dispute settlement methods which do not involve a third person who renders a decision that is a judgment or has the force thereof.

As regards the different ADR methods described below, the definitions used are rarely cut in stone. The guiding principle for the descriptions used below is to make clear distinctions between them.

* Dr. Christoph Liebscher FCIArb MBA (Insead) is the Head of the Arbitration Department of Wolf Theiss

** I thank Khristina Siletskaya for her most valuable assistance in preparing this article

¹ COM(2011) 793/2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), p. 4..

A. SAMPLE OF ADR TECHNIQUES

The dispute resolution techniques may be divided into the following categories: (a) negotiations between parties only without the use of third party; (b) non-adversarial and non-binding negotiations based techniques with third party involvement; (c) techniques involving a decision maker whose decision is contractually binding (at least on a preliminary level).

All these ADR techniques are aiming at making the parties realize the weaknesses of own case and strengths of their opponent's case, as well as assessing wider legal and commercial implications of the dispute. Such reality testing of the case is believed to influence parties' willingness to compromise. A further important feature of the ADR techniques is that it takes parties out of conventional adversarial positions and instead focuses their efforts on amicable dispute resolution, which leaves room for preserving business relationship and sometimes even resurrecting them.

There is a great range of ADR methods. This is sometimes clouded by the fact that the marketing of mediation, being only one of many methods, is done with great strength and effort in many countries. Given this wide range, the following is only a selection of available methods.

a) ADR without third party's assistance

Negotiation

Negotiation is discussion between two or more disputing parties with intent to reach a compromise. Negotiation is the most basic and common ADR technique and lies at the heart of most other ADR techniques. In their conventional form, negotiation occurs between the parties and their attorneys and does not involve a neutral. It is voluntary, flexible and an unstructured process. Negotiation is recommended as a starting point prior to any dispute resolution process and may revive at any stage during another dispute resolution process.

Cooperative Problem Solving

Cooperative problem-solving is a type of negotiations. It is informal and does not involve the services of a third party. It is a measure of first resort when the dispute between the parties arises and is possible only if both parties are interested in collaborating in order to reach amicable solution. In cooperative problem solving, the parties need to first identify the need or interest that must be satisfied and enter negotiations with such interest in mind rather than from opposing positions. Parties focus is not on winning or losing, but instead on finding an agreeable solution for both sides and preserving the relationship.

b) Techniques involving third party without binding authority

Non-binding ADR techniques are characterized by being voluntary, flexible, allowing the parties to control and shape the process, usually with the involvement of a third party, and of course by being non-binding.² They may be used in combination with each other. If they work, they produce fast results and leave room for preserving business relationship.³ The rationale behind the non-binding ADR techniques is that parties' conflict may be a product of distorted perception about the realities of their case, a neutral's opinion is deemed to bring parties back to realities and thereby influence their receptiveness to compromise.⁴ This section overviews (i) mediation, (ii) facili-

² Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Pricesses*, p. 367, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

³ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Pricesses*, p. 367, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

⁴ See generally John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, 35, 36 (Kluwer Law Int'l 2011); Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009

tation, (iii) conciliation, (iv) fact-finding, (v) ENE (early neutral evaluation), (vi) non-binding arbitration, (vii) mini-trial/executive tribunal, and (viii) dispute boards.

Mediation

Mediation is a well-known and widely practiced ADR technique. Mediation is a non-binding structured process, which is conducted by a neutral - called a mediator, who assists the parties in negotiating an agreement. The mediator may be, but does not have to be, an expert in the subject matter. The mediator puts in place a procedural schedule to be followed by the parties, directs the course of parties' negotiations by framing the issues, focusing and keeping the discussions on track, probing positions taken by the parties and helping to work through points of contention. Often, the mediator ensures that the parties have a safe place to vent their emotions to avoid them blocking the road to agreement.

The mediator's techniques and their degree of interference vary. Some mediators make minimal procedural suggestions and do not intervene in negotiations unless parties reach an impasse. Other mediators are involved in all stages of negotiations and parties' interactions. Generally, a mediator refrains from imposing her/his view about the merits of the dispute on the parties. Instead, the essence of mediator's job is to provide each party with a reality check of his/her position by highlighting the weakness in their positions, thereby encouraging parties to revise their positions and expectation, and leading them to a compromise.

The mediation process begins with parties' voluntary consent to participation in the process.⁵ Next, the parties and the mediator schedule the sessions and the parties provide the

(C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 472.

⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 283, Kluwer Law International (1996).

mediator with the overview of their dispute.⁶ The actual mediation process consists of joint sessions and private sessions known as caucuses. At the joint sessions, parties present their views of the dispute, mediator asks clarifying questions thereby helping to frame the issues and identify relevant facts, and parties are engaged in negotiation with each other.⁷ In caucuses, each party meets with the mediator privately and discusses the case in strict confidentiality.⁸

Confidentiality is a key to successful mediation. Confidentiality has two aspects. First, all the information disclosed to the mediator is kept from other parties.⁹ Second, the assertions and disclosures during negotiations are kept from public at large.¹⁰ Parties tend to be more candid in their negotiations when they know that everything they say stays within the process and will not be used against them in the future.¹¹ They reveal more relevant information, thereby promoting broader sharing of ideas and freer expression of interests, which in turn facilitates the negotiation process.

Caucuses are founded on the notion of confidentiality and constitute an essential and indispensable part of successful mediation process. Assurances of confidentiality encourage the parties openly without tactical distortions reveal to the mediator weaknesses of their cases, bottom line interests and priorities.¹² Additionally, because the mediator does not have the au-

⁶ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 284, Kluwer Law International (1996).

⁷ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 284-287, Kluwer Law International (1996).

⁸ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 285, Kluwer Law International (1996).

⁹ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Pricesses*, p. 395, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹⁰ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Pricesses*, p. 395, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹¹ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Pricesses*, pp. 394-395, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹² Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*,

thority to make decisions on the merits of the case, the parties' communication is not inhibited by the fear that the mediator will use this information against them. The inside information helps the mediator to identify parties' common interests and devise an optimal "win-win" solution, to which the mediator can then discretely guide the parties.¹³

If the parties reach a settlement or partial settlement it is recorded in the form of a settlement agreement.¹⁴ This commitment constitutes merely a contract, and is not an award.

Facilitation

Facilitation is considered a form of mediation, with slightly different negotiation technique.¹⁵ Thus, unlike a mediator who allows the parties to reach an agreement on their own, a facilitator suggests various solutions to the parties.¹⁶ The facilitator's solutions are not binding, and are aimed at introducing new ideas to the parties.¹⁷ Typically a facilitator does not become involved in substantive details of the issue and works simultaneously with all the parties, instead of holding private sessions.¹⁸

The method of facilitating is most appropriate when: (1) the parties are not very emotional about their dispute; (2) the parties or issues are not highly polarized; (3) the parties trust each

p. 285, Kluwer Law International (1996).

¹³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 285, Kluwer Law International (1996).

¹⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 287, Kluwer Law International (1996).

¹⁵ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368-69 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁶ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁷ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁸ H. Edwin Simmers, *Dispute Resolution and Auxiliary Administrative Discipline* (available at http://www.uscg.mil/d13/diraux/docs/AUX_Discipline_Handout_9-06.pdf (last visited November 30, 2011)).

other and believe they can work together to develop a mutually acceptable compromise; or (4) the parties are in a common predicament and a jointly-acceptable outcome is the most desirable and beneficial to both.¹⁹

Conciliation

Just as facilitation, conciliation is very similar to mediation, in that it is consensual, non-binding, structured dispute resolution method, involving a neutral called conciliator. Its main distinction from mediation and conciliation is that the conciliator has a duty to intervene in solution-making process, by actively proposing possible solutions and persuading parties to accept them.²⁰ If the settlement fails, the conciliator issues a non-binding decision with the appropriate solution of the dispute, which is called "Recommendation."²¹ In this respect, the conciliator goes one step further than the facilitator.

The conciliator's duty is also testing of the strength and weaknesses of the cases, making parties see a realistic picture about the merits of each own case, proposing possible solutions, providing advice, suggesting new ideas.²² The conciliator may suggest any solution it deems appropriate and is not restricted by parties' contractual rights and obligations.²³

¹⁹ H. Edwin Simmers, *Dispute Resolution and Auxiliary Administrative Discipline* (available at http://www.uscg.mil/d13/diraux/docs/AUX_Discipline_Handout_9-06.pdf (last visited November 30, 2011)).

²⁰ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian Arbitration yearbook 2009* (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 474.

²¹ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian Arbitration yearbook 2009* (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 474.

²² Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian Arbitration yearbook 2009* (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 474.

²³ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian*

The line between mediation, facilitation and conciliation is somewhat superficial, these methods are flexible and fluid and maybe be used interchangeably corresponding to the parties' needs.²⁴

Fact-Finding

Fact-finding is an investigative process very similar to expert determination, except that it is restricted to clarification of certain facts or factual issues. Thus, fact-finder's opinion deals only with the factual issues. The fact-finder is usually an expert on the subject of the dispute. Fact-finder's services may be useful at the stage when the parties reach an impasse in their negotiations. The fact-finder's opinion is most helpful in moving parties away from impasse when both parties have deference for the fact finder's opinion. The fact-finder's decision is non-binding. Generally, the fact-finder's functions involve investigating and evaluating the factual issues in the dispute, and producing report establishing facts. Sometimes, the parties might ask the fact-finder to provide situation assessment or substantive recommendation on how the dispute should be resolved. The fact-finder's findings might be used as evidence in future adversarial procedures.

ENE (Early Neutral Evaluation)

Early Neutral Evaluation (ENE) technique is a process where the parties present their positions regarding a dispute to a neutral, usually an independent expert, for an evaluation of the legal and factual elements of the case.²⁵ The neutral then gives his opinion on the matter.²⁶ The rationale is that the neutral's opinion

Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 474.

²⁴ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, in *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368-369 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

²⁵ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

²⁶ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, 35, 37 *Arbitration*

will sober up the parties' views about success of the case, thereby making parties more receptive to a compromise.²⁷ Parties usually present their cases in a written format, which may be followed by an oral examination.²⁸ ENE adds a new element to the bargaining considerations of the parties and allows them to review their position, putting also in question some of the advice the parties may have received from their counsels and experts.

Non-Binding Arbitration

Non-binding arbitration is an ADR procedure where both sides present their case to an experienced judge or arbitrator, for a non-binding evaluation. The parties present the case in a concise manner with limited documents and evidence, based on which the "arbitrator" issues a reasoned award or findings on certain issues of the dispute.²⁹ It functions as a case preview.³⁰ The rationale behind this procedure is the same as with other ADR techniques, that is - when parties have a more realistic view of their case they become more receptive to settlement.³¹ The arbitrator may but does not have to be an expert on the subject of the dispute. Compared to ENE, non-binding arbitration usually provides for limited, but still, taking of evidence other than documents.

Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15 (Kluwer Law Int'l 2011).

²⁷ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

²⁸ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62-63, Kluwer Law International (2006).

²⁹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in *International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010), p. 119.

³⁰ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, 35, 36 (Kluwer Law Int'l 2011).

³¹ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, 35, 37 Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15 (Kluwer Law Int'l 2011).

Mini-Trial/Executive Tribunal

Mini-trial is an ADR procedure that brings together high-level decision-makers in order to create a non-binding structured process involving condensed case presentations by each side with a goal of negotiating a settlement.³² The decision-making panel usually consists of a senior executive from each party that was not personally involved in the dispute previously.³³ A neutral decision maker who is a retired judge or an experienced arbitrator may be asked to act as a chairman, yet involvement of a neutral is not necessary.³⁴

The mini-trial forces the parties to focus on the main issues.³⁵ The parties usually agree on the rules and time limits of case presentation. If a neutral is involved, his role is similar to the one of a mediator – ensuring fair conduct of procedures and becoming involved when the negotiations stir off track or reach an impasse.³⁶ The neutral may render an advisory ruling about a likely outcome of formal trial or arbitration and/or indicating the range of settlement.³⁷ The rationale behind mini-trials is that when the decision-makers are fully informed about the merits of both sides' positions, they have an opportunity to see the case through the eyes of the outsider and thus to form a better idea of their chances to succeed in formal dispute resolution proceedings, and thus are more likely to settle.³⁸

³² Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

³³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195-196, Kluwer Law International (2006).

³⁴ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

³⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

³⁶ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

³⁷ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, p. 382, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005); Alternative Dispute Resolution: A Resource Guide, available at <http://www.opm.gov/er/adrguide/section1-a.asp> (last visited November 11, 2011)

³⁸ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

A very revealing and consequently effective way to conduct a mini-trial is for parties to reverse roles, meaning that the parties argue each other's case. This is done by the high level executives or at least with their involvement.

Mini-trials tend to be expensive because the costs of more detailed case analysis and presentation tend to be high.³⁹ Thus, it is most suitable for resolving high-stakes disputes between business entities that are facing complex and lengthy litigation or arbitration.⁴⁰ It is also unlikely to gain the attention of the high-level decision makers for minor matters.

Dispute Boards (Recommendation)

Dispute Board is a one or three member(s) panel appointed at the outset of a mid- to long-term contract in order to decide on or assist the parties to resolve the disputes or disagreements arising throughout the lifespan of the contract. The ICC has developed a flexible framework for establishing and operating Dispute Boards adapted to wide range of industries.⁴¹

Depending on the parties agreement, three types of Dispute Boards exist.⁴² The most flexible type is one where the Dispute Board issues Recommendations, and if none of the parties objects to it within the specified time period, the party contractually agrees to comply with it. Should a party express dissatisfaction with the agreement, the dispute may be submitted to arbitration or court, whose decision the party may comply with but is under no obligation to do so. The ICC calls this type of Dispute Board as Dispute Review Board.⁴³

³⁹ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 196-197, Kluwer Law International (2006).

⁴⁰ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 196-197, Kluwer Law International (2006).

⁴¹ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

⁴² The other two types are addressed on pp. 13-14.

⁴³ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

Criteria Contributing to Success of Non-Binding Negotiation Based ADR Techniques

All of the above discussed negotiation based techniques without or with third party involvement are most successful when the following criteria are present:

Good faith and sincere intent by both parties to resolve the dispute

The parties enter the ADR process with serious intention to resolve the dispute, with adequate resources to follow through with the resolution of the dispute, and are reasonable at negotiations.

Parties' realistic expectations

Parties' expectations are considered reasonable if the settlement amount they are ready to accept or offer is within the range of existing verdicts in other cases with similar factual and legal scenarios. If the parties are represented by lawyers, latter's task is to manage client's expectations.

Parties' preparation

The level of parties' preparation, or rather their lawyer' preparation, affects how realistic their expectations about outcome of the dispute are. Practice shows that the parties who know their case in and out are most reasonable during negotiations and thereby are most successful.

Ongoing relationship

The more the parties will have common dealings in the future, the more likely it is in general that they will strive for compromise.

Adequate authority of third party neutral (where applicable)

When the neutral enjoys a high degree of authority with the parties, the neutral's substantive proposals are likely to be accepted as a solution to the dispute. Thus, a conscientious neutral must be able to propose the solution after parties had a sufficient opportunity to fully present their positions.

c) ADR Techniques involving third party with binding authority

Expert Determination

Expert determination is an ADR process where the parties submit their dispute to the chosen expert, who renders a binding determination.⁴⁴ The parties might agree for the determination to be merely advisory. It is appropriate for cases where the issue is highly technical or requires valuation.⁴⁵ Expert's decision is based on factual or quantum findings and does not resolve any issue of law.⁴⁶

The expert has wide discretion in investigating the issue and is not bound by any procedural rules except the basic rules of fair trial.⁴⁷ The absence of formal procedures, discovery and presentation of evidence results in this procedure being less expensive and faster than arbitration.⁴⁸ The ICC's International Center for Expertise establishes framework for expert evaluation.⁴⁹

⁴⁴ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 477.

⁴⁵ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 477.

⁴⁶ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 477.

⁴⁷ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 477.

⁴⁸ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), p. 478.

⁴⁹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third (Kluwer Law International 2010), p. 119.

If the parties have not agreed otherwise, the expertise is contractually binding for the parties. Usually, it is only subject to an extremely limited control by state courts or arbitral tribunals, as the case may be.

Adjudication

Adjudication commonly takes a form of submitting the case in writing to a neutral – adjudicator, and sometimes is followed by a hearing.⁵⁰ Often, the writing submission is all the adjudicator has to go by in making a decision, which places a great pressure on the parties to do their best. The adjudicator’s decision is binding.⁵¹ However, the party dissatisfied with the decision can preserve its right to appeal by raising timely objection, which can subsequently become a basis for reopening the dispute. Yet, the party must comply with the decision immediately upon receiving it.⁵²

High-Low Arbitration

High-Low arbitration is actually an agreement prior to arbitration about the range of acceptable lowest and highest arbitral decision.⁵³ The agreed upon range is normally not known to the arbitrator.⁵⁴ If arbitrator’s decision is within the range, it becomes final. If it is outside the range then the final figure will be the nearest to the lower or the higher limit.⁵⁵ Such agreement allows parties to control their risks.

⁵⁰ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010), p. 119.

⁵¹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010), p. 119.

⁵² Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010), p. 119.

⁵³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 200, Kluwer Law International (2006).

⁵⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 200, Kluwer Law International (2006).

⁵⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 200, Kluwer Law International (2006).

This form of arbitration is very popular in the United States, but most civil law systems also began embracing it.⁵⁶ In some jurisdictions, high-low arbitration might raise a question as to its legal nature – whether it is within the framework of arbitration.⁵⁷ A possible difficulty of recognizing high-low arbitration as a form of arbitration might lay in the fact that the neutral does not actually render a decision but instead chooses between the parties' offers,⁵⁸ and that the resulting decisions are unreasoned.⁵⁹ First of all, the essential characteristic of arbitration is the fact that it yields a final and binding decision, and the high-low arbitration satisfies this requirement thereby justifying use of word "arbitration" in its name.⁶⁰ Secondly, lack of reasoning, particularly considering that parties agreed to non-reasoned decision, does not constitute a ground for refusal to recognize an award neither under UNCITRAL Model Law,⁶¹ nor under the New York Convention.⁶²

Final-Offer Arbitration

Similarly to High-Low arbitration, Final Offer arbitration is based on an agreement by the parties about acceptable figure. The procedure slightly varies. It may involve an agreement by the parties to submit their final offers to the arbitrator, who then chooses between the two.⁶³ Alternatively, the parties ask the arbitrator to name the figure while agreeing among them-

⁵⁶ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 307-308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁵⁷ R. Waltz, *Final-Offer-Arbitration – oder: Drittentscheidung anhand verbindlicher Angebote*, *SchiedsVZ* 119, 121 (2003).

⁵⁸ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 313 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁵⁹ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 314 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁰ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 312-314 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶¹ UNCITRAL Model Law, Article 32(2)

⁶² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (10 June 1958).

⁶³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

selves that whoever's figure comes closer to the arbitrator's decision prevails.⁶⁴ The parties may agree that if the arbitrator's figure amounts to the exact average of both their figures, it becomes valid.⁶⁵ The main purpose of Final-Offer arbitration is to counter the danger that the arbitrator may make compromise decisions and also to limit the risk of extreme decisions.⁶⁶

While, final offer takes away the arbitrator's power to compromise, the parties themselves are more likely to reach a compromise while preparing their final offer.⁶⁷ This results from parties' fear that the arbitrator might consider their offer unreasonable and thus encourages the parties to make realistic offers in good faith.⁶⁸ This realization brings the parties bargaining positions closer together, thereby making settlement more appealing.⁶⁹ In fact, Major League Baseball reports 90 percent settlement rate while using this ADR method.⁷⁰

Just like with high-low arbitration, the final-offer arbitration's legal nature might be questioned.⁷¹ Yet, as explained above, since the final-offer arbitration produces final, binding and enforceable decision it is rightly classified as a form of arbitration.⁷²

⁶⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

⁶⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006); Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁶ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

⁶⁷ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁸ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁹ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁷⁰ Elissa M. Meth, *Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes*, 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 3, 391 (1999).

⁷¹ R. Waltz, *Final-Offer-Arbitration – oder: Drittscheidung anhand verbindlicher Angebote*, *SchiedsVZ* 119, 121 (2003).

⁷² Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 312-314 (Kluwer Law Int'l 2007).

Dispute Boards (Decision)

As defined earlier in this Article, Dispute Board is a one or three member(s) panel appointed at the outset of a mid- to long-term contract in order to decide on or assist the parties to resolve the disputes or disagreements arising throughout the lifespan of the contract. The ICC divides the Dispute Boards into three categories, one of which is non-binding Dispute Review Board and was described earlier in this Article.⁷³ The second and third types are binding and are known as Dispute Adjudication Board and Combined Dispute Board.⁷⁴

Under the Dispute Adjudication Board model, the parties must comply with the Board's decision immediately upon receiving it, or if a party is dissatisfied with it, it may refer the dispute to arbitration or the courts. While the action is pending resolution, both parties are obligated to comply with the decision unless or until excused from this obligation by the explicit decision of arbitral tribunal or court.⁷⁵

Combined Dispute Board may issue a Recommendation or a Decision depending on what the parties requested, what the parties agreed to, or in case of disagreement, the Board relies on the ICC Rules to decide what it should issue. The main difference between the Recommendation and Decision is the timing as to when the parties are obligated to comply with it. The Recommendation allows parties to delay compliance, while the Decision must be complied with immediately upon issuance. Either decision may be referred to arbitration or the courts for enforceable award or judgment. Dispute Boards finding are admissible in such proceeding.⁷⁶

⁷³ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

⁷⁴ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

⁷⁵ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

⁷⁶ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (last visited 12 December 2011).

B. ADR/ARB CONCERNS

Having concluded this tour of the land of ADR, the question is if and how ADR techniques may be used in arbitration or in combination with arbitration.

The first case has been amply discussed with respect to Med/Arb.⁷⁷ It shall not be discussed in this article in detail. A summary of the concerns raised shows the following:

Arbitrator's Bias

Most common critique raises the issue of bias that a neutral with dual function faces.⁷⁸ Specifically, rules governing the arbitration process prohibit *ex parte* communication about the case with the arbitrator. This requirement is designed to ensure that the arbitrator is free from any biases in the case and thus, to protect the purity of the arbitration process.⁷⁹ The impartiality requirement is violated when the same neutral conducts both mediation and arbitration. During mediation procedure, the neutral holds private meetings discussing the facts and evidence of the case with each party in the absence of the opposing party.⁸⁰

Additionally, during mediation, the parties are encouraged to communicate freely and they do so in less disciplined manner than they do in front of a tribunal.⁸¹ Their negotiations may be conducted in a heated manner.⁸² Thereby, the parties

⁷⁷ See D.C. Elliott, *Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* (1996) 62 JCI Arb. 3, 175, 8; Michael McIlwrath & John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, p. 186 (Kluwer Law International 2010); Marian Liebmann, *Mediation in Context*, p. 185, Jessica Kingsley Publishers (2000); Alan L. Limbury, *Med-Arb: - getting the best of both worlds*, p. 2.

⁷⁸ D. Van Duch, *Do 'Hybrids' Compromise ADR Benefits?* Nat'l Law J., March 2, 1998; Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, p. 2.

⁷⁹ Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, p. 3.

⁸⁰ Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, p. 3.

⁸¹ Peter Talbot, *Should an Arbitrator Act as a Mediator in the Same Dispute?* p. 227, 67 *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 1 (2001).

⁸² See UK: *Glencot Development and Design Cp. Ltd. v. Ben Barrett & Son Ltd.*, (2001) All ER (D) 384, (2001) EWHC Technology 15, para. 24.

demonstrate their personalities, which by the law of human nature, inevitably leads an observer to form a personal opinion, likes and dislikes of the parties.

Fairness of Arbitration Procedure

The next concern arises from the neutral's access to confidential information during mediation proceedings. The cornerstone of mediation is that any statement made by a party to the neutral must be kept confidential. Unless, the party making the statement authorizes the release of the information, the neutral must keep it confidential even during arbitration proceedings. As a result, the arbitrator might be making a decision based on the confidential information that was not subject to cross-examination or other challenge by the other party. The fairness of the arbitration process is, therefore, compromised.⁸³

Chilling Effect on Parties and Mediator

The parties tend to be less forthcoming and withhold the weaknesses of their case from the mediator that might become an ultimate decision-maker in their case.⁸⁴ This is likely to compromise the success of the mediation.⁸⁵ The key to success in mediation is for the mediator to uncover all the strengths and weaknesses of the parties' positions and based on this information to provide a reality check for each party, so that the parties are more reasonable in their demands to each other.⁸⁶ When the facts are withheld, the mediator's ability to provide a fair appraisal to each side is compromised and the mediation is doomed to fail.⁸⁷

⁸³ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective*, p. 5.

⁸⁴ Marian Liebmann, *Mediation in Context*, p. 185, Jessica Kingsley Publishers (2000).

⁸⁵ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective*, pp. 6-7.

⁸⁶ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective*, pp. 6-7.

⁸⁷ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective*, pp. 6-7.

On the other side of the coin, the mediator tends to be less opinionated and probative during mediation stage when knowing that he/she might be acting as a decision maker in the case.⁸⁸ Mediators are aware that an opinion coming from a future decision maker is likely to pressure the parties into a settlement, yet that settlement might not be voluntary and thus the fairness of mediation procedure is compromised.⁸⁹ Thus, the mediator's discussion with the parties regarding realities of their case is likely to be less insightful and thereby less productive.⁹⁰ As a result, the dual role of a neutral creates "chilling effect" on both the parties and the neutral, which makes it difficult to reach a resolution through mediation.

Quality of Information

In mediation information provided is given with a purpose to communicate with the other party, which is different from arbitration where the information is given with the purpose to persuade the arbitrator. Thus, in mediation that involves industry specific nuances, the parties are likely not to explain the facts in a manner fully understandable to the arbitrator. Thus, the arbitrator might have misconceptions about important facts of the dispute.⁹¹

Treating Mediation as Prelude to Arbitration

One other danger is that parties might treat mediation stage as a mere prelude to arbitration. Mediation requires parties to dialogue, disclose confidential information and compromise. Some parties might find it easier to leave it up to third party to sort things out and thus to destine mediation to fail.⁹²

⁸⁸ Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, pp. 7-8.

⁸⁹ Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, pp. 7-8; *Alan L. Limbury, Med-Arb: - getting the best of both worlds*, p. 3.

⁹⁰ Richard P. Flake, *MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, pp. 7-8.

⁹¹ *D.C. Elliott, Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* (1996) 62 *JCI Arb.* 3, 175, 8.

⁹² *Alan L. Limbury, Med-Arb: - getting the best of both worlds*, p. 3.

Performance Quality of Mediator/Arbitrator

A person who is a great mediator, might not be just as good and/or qualified to perform the role of an arbitrator and vice versa.⁹³ If a neutral is not an experienced mediator, he might lead the parties to arbitration prematurely when their mediation attempt reaches first impasse.⁹⁴

Therefore, both parts of the Med/Arb process are compromised. Mediation becomes less successful due to lack of open communication and trust in the neutral, due to neutral's hesitance to probe the parties' positions and to direct the course of negotiations, and if the parties do reach a decision it might be tainted by the neutral's imposition or perceived by parties as coerced. Likewise, the arbitration process is overshadowed by lack of arbitrator's impartiality and concerns of natural justice.

C. USE OF ADR TECHNIQUES IN ARBITRATION

There is one precondition for considering the use of any ADR technique: the sincere will of the parties to achieve a settlement. Nevertheless, if the ADR procedure is not a tactical ploy by one or both of the parties an ADR procedure may at least help to focus and narrow issues in dispute. Although this may sound strange, absence of clear joint understanding by the parties what specific issues are actually in dispute and which elements are not is not a rare occurrence.

Does this outweigh the concerns outlined above?

All the concerns raised with respect to Med/Arb could be easily countered by referring to parties' autonomy. If the parties are willing to accept these (real or imagined) disadvantages, why should they not be allowed to choose that route. Whether taking that route is wise, is another matter.

⁹³ *Lucy Greenwood, A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, *Arb. 27 Int. 2*, 199-210, 207 (2011).

⁹⁴ *Marian Liebmann, Mediation in Context*, p. 186, Jessica Kingsley Publishers (2000).

In the following, this article will review how these concerns apply, if at all, to the sample of ADR methods described above.

First of all, ADR methods which do not involve a neutral third are outside of this consideration.

Secondly, mediation will not be covered as the combination of mediation and arbitration has been widely discussed.⁹⁵

Finally, the methods that lead to a result that binds the parties are usually an alternative to arbitration and combining these methods with arbitration is difficult to imagine.

For the remaining members of the sample of ADR methods (as defined above) the following may be considered.

As regards the concern that the ADR procedure is only prelude to arbitration may be true with respect to any ADR method. The basic requirement for ADR to make sense is the honest intention to solve the dispute.

Type of ADR method Concerns

	Bias	Lack of Fairness	Chilling	Bad Quality of information	Bad Performance of neutral
Facilitation	√		√	√	√
Conciliation	√		√	√	√
Fact-Finding	√				
ENE (Early Neutral Evaluation)	√				
Non-binding arbitration	√				
Mini-Trial/Executive Tribunal	√				

This table does not imply that the author shares these concerns. It is not based on empirical data. Its purpose is to widen

⁹⁵ See in fn. 79.

the view from mediation to other ADR techniques and allow the reader to make a decision which concerns to share and which not.

One thing, however, is clear. Any use of ADR techniques in arbitration requires the parties consent. It is commendable that the arbitrators make clear to the parties what they are willing to offer, but not, in any way, to impose anything on the parties.

D. CONCLUSION

In the end, the reason for considering the use of ADR techniques in arbitration is to find faster and cheaper ways for the parties to arrive at a resolution of their conflict. Time and cost of arbitrations is an important topic which has received rapidly growing attention over the past years.⁹⁶ Apart from Med/Arb, use of ADR techniques in arbitration or combination of these two is not thoroughly explored. Case management techniques of arbitrators are surely an area open to improvement. However, this would require complementing from a legal-formalistic view with a more practical one, without, however, sacrificing in any way, the requirements of fair trial.

⁹⁶ See Report for the ICC Commission on Arbitration, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (2007) (available at http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf (last visited 14 December 2011)); see also Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, pp. 3-8; *Christopher Newmark, Controlling Time and Costs in Arbitration*, pp. 81-96, Chapter 6 in *The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration – 2nd Edition* (Newman Hill, Eds. 2008).

BIBLIOGRAPHY

1. Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).
2. Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian Arbitration yearbook 2009* (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009).
3. Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 283, Kluwer Law International (1996).
4. D.C. Elliott, *Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* (1996) 62 *JCI Arb.* 3, 175
5. Richard P. Flake, *Med/Arb – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective*.
6. Lucy Greenwood, *A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, *Arb. 27 Int.* 2, 199-210, 207 (2011).
7. Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).
8. Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, p. 367, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).
9. Marian Liebmann, *Mediation in Context*, Jessica Kingsley Publishers (2000).

10. Alan L. Limbury, *Med-Arb: - getting the best of both worlds*.
11. *Michael McLlwraith & John Savage*, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide* (Kluwer Law International 2010).
12. Elissa M. Meth, *Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes*, 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 3 (1999).
13. *Christopher Newmark*, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, Chapter 6 in *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration – 2nd Edition* (Newman Hill, Eds. 2008).
14. Jan Paulsson, Chapter 8: *Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010).
15. H. Edwin Simmers, *Dispute Resolution and Auxiliary Administrative Discipline* (available at http://www.uscg.mil/d13/diraux/docs/AUX_Discipline_Handout_9-06.pdf (Son erişim tarihi: 30 Kasım 2011)).
16. Peter Talbot, *Should an Arbitrator Act as a Mediator in the Same Dispute?* 67 *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 1 (2001).
17. John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, (Kluwer Law Int'l 2011).
18. D. Van Duch, *Do Hybrids Compromise ADR Benefits?* *Nat'l Law J.*, March 2, 1998.
19. R. Waltz, *Final-Offer-Arbitration – oder: Dritentscheidung anhand verbindlicher Angebote*, *SchiedsVZ* 119, 121 (2003).
20. Report for the ICC Commission on Arbitration, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (2007) (available at http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf (Son erişim tarihi: 14 Aralık 2011)).
21. UK: *Glencot Development and Design Cp. Ltd. v. Ben Barrett & Son Ltd.*, (2001) All ER (D) 384, (2001) EWHC Technology 15.

*Dr. Christoph LIEBSCHER**

*Çev: Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU***

ARABULUCULUK TEKNİKLERİNİN TAHKİMDE KULLANILMASI***

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR), geleneksel mahkeme usûlleri haricindeki uyuşmazlık çözümü yöntemlerini tanımlayan bir kavramdır. Kavram, birden çok müzakere yöntemini içerecek şekilde -ki bunlar bağlayıcı olabilir veya olmayabilir, tarafsız bir üçüncü kişi dahil olabilir veya sadece taraflarla sınırlı olabilir, belirli şekle tabi veya gayri resmi olabilir ya da karma şekilde farklı teknikleri kullanıyor olabilir- çok sayıda farklı türde usûlü kapsamaktadır. ABD'li hukukçular ve Avrupa Komisyonu¹, tahkimi ADR yöntemleri listesine dâhil etmekle birlikte, Kıta Avrupası hukukçuları bundan kaçınıtmaktadırlar. Bu makalede ikinci yaklaşım benimsenmiştir. ADR, hüküm veya hüküm etkisine sahip bir karar verme yetkisine sahip olan üçüncü kişileri içermeyen tüm uyuşmazlık çözüm yollarını açıklayan bir kısaltma olarak kabul edilmiştir. Aşağıda açıklanan farklı ADR yöntemleri için nadiren kesin tanım-

* FCIArb MBA (Inseed) Wolf Theiss'in Tahkim Departmanının Yöneticisi.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** Khristina Siletskaya'ya bu makalenin yazılmasındaki çok değerli yardımları için teşekkür ederim

¹ COM(2011) 793/2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), s. 4.

lar yapılabilmektedir. Aşağıda kullanılan tasvirlerdeki temel prensip, bunlar arasında kesin bir ayırım yapabilmek içindir.

D. ÖRNEK ADR YÖNTEMLERİ

Uyuşmazlık çözümü yöntemleri şu şekilde sınıflandırılabilir: (a) üçüncü kişileri içermeyen, sadece taraflar arasındaki müzakereler; (b) üçüncü kişiyi içeren, çekişmesiz ve bağlayıcı olmayan müzakerelere dayanan yöntemler; (c) üçüncü kişi tarafından karar verilmesini içeren ve bu kararın akdi bağlayıcılığının (en azından temel düzeyde) bulunduğu yöntemler.

Tüm bu ADR yöntemleri, tarafların kendi iddia veya savunmalarının zayıf, karşı tarafın iddia veya savunmalarının ise güçlü taraflarını kavramalarını sağlamanın yanı sıra, uyuşmazlığın hukuki ve ticari yönlerini daha geniş şekilde tayin etmelerine yardımcı olmak amacıyla yöneliktirler. İddia ve savunmalar yönünden yapılacak olan böyle bir durum değerlendirmesinin, tarafların uzlaşma yönündeki niyetlerine etki ettiği düşünülmektedir. ADR yöntemlerinin diğer bir önemli özelliği de, tarafların geleneksel çekişmeli duruşlarından çıkmalarına ve onun yerine, iş ilişkilerini koruyacak ve hatta yeniden canlandırarak şekilde, dostane uyuşmazlık çözümüne yönelik olan çabalara odaklanmalarına araç olmalarıdır.

Çok çeşitli ADR yöntemleri bulunmaktadır. Ancak bu durum zaman zaman, söz konusu yöntemlerden sadece bir tanesi olan arabuluculuğun, pek çok ülkede çok güçlü ve gayretli bir şekilde pazarlanması sebebiyle gölgelenmektedir. Bu geniş yelpaze göz önüne alındığında, aşağıda bahsedilen yöntemler mevcut yöntemlerin sadece bir kısmını oluşturmaktadır.

d) Üçüncü Kişi Yardımının Yer Almadığı ADR Yöntemleri

Müzakere (*Negotiation*)

Müzakere, uyuşmazlık içindeki iki veya daha fazla tarafın, uzlaşma amacıyla yaptıkları görüşmedir. Müzakere en temel

ve yaygın ADR yöntemi olmasının yanı sıra, çoğu diğer ADR yönteminin de esasını oluşturmaktadır. En geleneksel şekli ile müzakere, taraflar arasında vekillerinin de katılımı ile gerçekleşir ve tarafsız bir üçüncü kişiyi içermez. İsteğe bağlı, esnek ve şekil kuralları olmayan bir usûldür. Müzakere, herhangi bir uyuşmazlık çözümü usûlünden önce bir başlama noktası olarak tavsiye edilir ve diğer uyuşmazlık çözümü usûlü sürerken, her aşamada yeniden canlandırılabilir.

İşbirliği ile Sorun Çözümü (*Cooperative Problem Solving*)

İşbirliği ile sorun çözümü, bir müzakere türüdür. Gayrî resmidir ve üçüncü bir kişinin katılımını içermez. Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıktığında ilk başvurulacak yoldur ve ancak her iki tarafın da dostane bir çözüme ulaşmak için işbirliği yapmaya hevesli olmaları halinde mümkündür. İşbirliği ile sorun çözümünde tarafların öncelikle ihtiyaç ve hevesin yeterli seviyede olduğunu tespit etmeleri ve müzakereye çekilmeyi değil, bu hevesi ön planda tutarak girmeleri gerekir. Taraflar, kaybetmek veya kazanmak üzerine değil, iki tarafın da uygun bulabileceği bir çözüme ulaşılmasına ve aralarındaki ilişkinin muhafaza edilmesine odaklanırlar.

e) Bağlayıcı Karar Vermeyen Üçüncü Kişiyi İçeren Yöntemler

Bağlayıcı olmayan ADR yöntemleri, isteğe bağlı, esnek, usûllerin belirlenmesini ve yönetimini taraflara bırakan, genellikle üçüncü bir kişinin katılımı ile gerçekleşen ve hiç kuşkusuz bağlayıcılık taşımayan yöntemler olarak nitelendirilirler². Bir diğeri ile birleştirilecek şekilde kullanılabilirler. Çalıştırabildikleri takdirde hızlı şekilde sonuç üretirler ve iş ilişkisinin

² Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, s. 367, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

korunmasına imkân sağlarlar³. Bağlayıcı olmayan ADR yöntemlerinin temelinde yatan mantıksal gerekçe, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafların iddia ve savunmalarının, gerçek durumları hakkında çarpık bir algıya sahip olmalarına dayanması ve tarafsız üçüncü kişinin fikrinin, tarafların uyuşmazlığı daha doğru şekilde görmelerine ve bu sayede uzlaşmayı kabul etmelerine etki etmesi düşüncesidir⁴. Bu kısımda (i) arabuluculuk, (ii) kolaylaştırıcılık, (iii) uzlaştırma, (iv) vakıa tespiti, (v) TÖD (tarafsız ön değerlendirme), (vi) bağlayıcı olmayan tahkim, (vii) kısa yargılama / yönetici mahkemesi ve (viii) uyuşmazlık kurulları gözden geçirilecektir.

Arabuluculuk (*Mediation*)

Arabuluculuk, iyi bilinen ve yaygın şekilde uygulanan bir ADR yöntemidir. Arabuluculuk, arabulucu olarak adlandırılan ve taraflara sulh müzakeresinde yardımcı olan tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen, bağlayıcı olmayan, şekli belirli bir usûldür. Arabulucu, zorunlu olmamakla birlikte, uyuşmazlık konusunda uzman olabilir. Arabulucu, tarafların uyuşmazlığı bir usûl planı ortaya koyar, sorunların çerçevesini çizerek tarafların müzakerelerini yönetir, tartışmaların konu dâhilinde ortaya konulmasını ve bu sınırdan kalmasını sağlar, tarafların sorunları hakkındaki duruşlarını tespit eder ve çekişmeli noktaların çözümüne yardımcı olur. Arabulucu ekseriyetle, uzlaşma yolunun kapanmasını önlemek amacıyla, tarafların duygularını ifade edebilmeleri için güvenli bir ortama sahip olmalarını temin eder.

³ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, s. 367, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

⁴ *Bu konuda bkz.* John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, 35, 36 (Kluwer Law Int'l 2011); Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), *Austrian Arbitration yearbook 2009* (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 472.

Arabulucunun yöntemleri ve bu yöntemlerin etki dereceleri farklılık gösterir. Bazı arabulucular en düşük düzeyde şekle ilişkin önerilerde bulunurlar ve taraflar arasındaki müzakereler içinden çıkılmaz bir hal almadıkça müdahale etmezler. Diğer arabulucular ise müzakerelerin ve tarafların etkileşimlerinin tüm aşamalarında rol alırlar. Arabulucu, uyuşmazlığın esasları hakkındaki kendi görüşünü taraflara dayatmaktan genellikle kaçınır. Arabulucunun görevi aksine, her bir tarafın iddia ve savunmalarının güçlü ve zayıf olduğu noktaları vurgulamak yoluyla onların gerçek durumu daha iyi görmelerini sağlamak ve bu sayede uzlaşmaya yönelecek şekilde, duruş ve beklentilerini gözden geçirmelerine özendirir.

Arabuluculuk süreci, tarafların bu sürece katılma yönündeki rızaları ile başlar⁵. Daha sonra taraflar ve arabulucu oturumları planlarlar ve taraflar arabulucuyu uyuşmazlığın içeriği hakkında bilgilendirirler⁶. Asıl arabuluculuk süreci, birlikte gerçekleştirilen oturumlardan ve arabulucunun her bir tarafla özel olarak görüştüğü özel oturumlardan (*caucus*) oluşur. Birlikte gerçekleştirilen oturumlarda taraflar uyuşmazlık konusundaki görüşlerini sunarlar, arabulucu sorunların çerçevesinin çizilebilmesi ve ilgili vakıaların belirlenebilmesi için gerekli olan aydınlatıcı soruları sorar ve taraflar karşılıklı müzakereye girerler⁷. Özel oturumlarda (*caucus*) ise her bir taraf arabulucu ile özel olarak görüşür ve uyuşmazlık mutlak gizlilik içerisinde tartışılır⁸.

Gizlilik, başarılı bir arabuluculuğun anahtarıdır. Gizliliğin iki yönü bulunur. Öncelikle, bir tarafça arabulucuya verilen tüm bilgiler diğer taraflardan gizli tutulur⁹. İkinci olarak, mü-

⁵ Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 283, Kluwer Law International (1996).

⁶ Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 284, Kluwer Law International (1996).

⁷ Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 284-287, Kluwer Law International (1996).

⁸ Christian Bühning-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 285, Kluwer Law International (1996).

⁹ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, p. 395, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Se-

zakereler sırasındaki her türlü iddia ve ifşa, kamudan gizli tutulur¹⁰. Taraflar, söyledikleri her şeyin arabuluculuk süreci dışına çıkmayacağını ve ileride kendilerine karşı kullanılmayacağını bildikleri takdirde, müzakerelerde daha samimi davranma eğilimi gösterirler¹¹. Taraflar, uyuşmazlıkla ilgili daha fazla bilgiyi paylaşırlar ve böylece daha kapsamlı bir fikir paylaşımı ve menfaatlerin daha özgürce ifade edilmesi sağlanır, bu da müzakere sürecinin daha kolay hale gelmesini sağlar.

Özel oturumların temelinde gizlilik mefhumu yatar ve bu oturumlar başarılı bir arabuluculuk sürecinin esaslı ve vazgeçilemez bir parçasını oluştururlar. Gizlilik güvencesi tarafları, iddia ve savunmalarındaki zayıflıklar, nihai menfaat ve öncelikleri hakkında, arabulucuyu her hangi bir çarpıtma olmaksızın bilgilendirmeleri konusunda cesaretlendirir¹². Ayrıca arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi olmaması sebebiyle, tarafların iletişimi, arabulucunun bu bilgileri kendi aleyhlerine kullanacağı korkusu ile bastırılmaz. Gizli bilgiler tarafların ortak çıkarlarını belirlemede ve tarafları ihtiyatlı şekilde yönlendireceği en uygun ve her iki taraf için de kazandırıcı olan çözümü tasarlamak konusunda arabulucuya yardımcı olur¹³.

Taraflar tamamen veya kısmen uzlaşırlarsa, bu durum uzlaşma anlaşması şeklinde tespit edilir¹⁴. Bu taahhüt sadece sözleşme niteliğinde olur, bir hüküm değildir.

ries, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹⁰ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, p. 395, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹¹ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, pp. 394-395, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005).

¹² Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 285, Kluwer Law International (1996).

¹³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 285, Kluwer Law International (1996).

¹⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 287, Kluwer Law International (1996).

Kolaylaştırıcılık (*Facilitation*)

Kolaylaştırıcılık, farklı bir müzakere yöntemi içeren bir arabuluculuk şekli olarak kabul edilmektedir¹⁵. Tarafların kendilerinin bir uzlaşmaya ulaşmasını sağlayan arabulucunun aksine kolaylaştırıcı, taraflara çeşitli çözümler önerir¹⁶. Kolaylaştırıcının çözümleri bağlayıcı değildir ve taraflara yeni fikirler sunma amaçlıdır¹⁷. Kolaylaştırıcı genellikle sorunun maddi detaylarına karışmaz ve tüm taraflarla eş zamanlı olarak meşgul olur, gizli oturumlar gerçekleştirmez¹⁸.

Kolaylaştırıcılık yönteminin en uygun olduğu haller şunlardır: (1) Tarafların uyuşmazlık konusuna fazla duygusal yaklaşmadıkları haller; (2) Tarafların ve sorunların fazla kutuplaşmadığı haller; (3) Tarafların birbirlerine güvendiği ve iki taraf için de kabul edilebilir bir uzlaşmaya ulaşmak amacıyla birlikte çalışabileceklerine inandıkları haller; (4) Tarafların buldukları kötü halin benzer olması ve müştereken kabul edilebilecek sonucun her iki taraf için de en çekici ve kârlı sonuç olması hali¹⁹.

Uzlaştırma (*Conciliation*)

Kolaylaştırıcılık gibi, uzlaştırma da arabuluculuğa çok benzemektedir; isteğe bağlıdır, bağlayıcı değildir, şekli belirli bir uyuşmazlık çözümdür, uzlaştırıcı adı verilen tarafsız bir üçüncü kişiyi içerir. Uzlaştırmayı arabuluculuktan ayıran en önemli fark, uzlaştırıcının etken şekilde olası çözüm önerile-

¹⁵ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes, in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368-69 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁶ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes, in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁷ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes, in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

¹⁸ H. Edwin Simmers, *Dispute Resolution and Auxiliary Administrative Discipline* (http://www.uscg.mil/d13/diraux/docs/AUX_Discipline_Handout_9-06.pdf (Son erişim tarihi: 30 Kasım 2011)).

¹⁹ H. Edwin Simmers, *Dispute Resolution and Auxiliary Administrative Discipline* (http://www.uscg.mil/d13/diraux/docs/AUX_Discipline_Handout_9-06.pdf (Son erişim tarihi: 30 Kasım 2011)).

rinde bulunma ve tarafları bu çözümler konusunda ikna etme yoluyla çözüm üretme sürecine müdahale etme görevi bulunmasıdır²⁰. Anlaşmaya ulaşılamazsa uzlaştırıcı, uyuşmazlığın uygun şekilde çözümünü içeren ve “tavsiye kararı” adı verilen, bağlayıcı olmayan bir karar verir²¹. Bu bağlamda uzlaştırıcı, kolaylaştırıcıdan bir adım öteye gitmektedir.

Uzlaştırıcının görevi ayrıca, tarafların iddia ve savunmalarının güçlü ve zayıf olduğu yanlarını tespit etmek, tarafların uyuşmazlığın gerçek görünümünü daha iyi görmelerini sağlamak, olası çözümler öne sürmek, danışmanlık yapmak ve yeni fikirler tavsiye etmeyi de içerir²². Uzlaştırıcı uygun gördüğü her türlü çözümü tavsiye edebilir, tarafların sözleşmesel hak ve yükümlülükleri ile sınırlı değildir²³.

Arbuluculuk, kolaylaştırıcılık ve uzlaştırma arasındaki sınırlar yüzeyseldir; bu yöntemler esnek, kolay şekil değişebilir ve tarafların ihtiyaçları doğrultusunda birbirleri yerine kullanılabilir²⁴.

Vakıa Saptanması (*Fact-Finding*)

Vakıa saptanması, uzman kararına çok benzeyen bir tahkikat sürecidir, ancak sadece belli vakıalar veya vakıa sorunla-

²⁰ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 474.

²¹ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 474.

²² Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 474.

²³ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 474.

²⁴ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes, in New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, 368-369 (Albert Jan van den Berg ed., 2005).

rının açıklanması ile sınırlıdır. Bu sebeple vakıa saptayıcısının görüşü sadece vakıa sorunları ile ilgilidir. Vakıa saptayıcısı genellikle uyuşmazlık konusunda uzman bir kişidir. Vakıa saptayıcısının faaliyeti, tarafların müzakerelerde içinden çıkmaz bir noktaya ulaştıkları aşamada faydalı olabilir. Vakıa saptayıcısının görüşünün tarafları bu içinden çıkmaz durumdan uzaklaştırması, en çok vakıa saptayıcısının görüşüne her iki tarafın da riayet etmesi halinde mümkün olabilir. Vakıa saptayıcısının görüşü bağlayıcı değildir. Vakıa saptayıcısının görevi genel olarak, uyuşmazlıktaki vakıa sorunlarını araştırmak, bunları değerlendirmek ve bu vakıaları ortaya koyacak şekilde bir rapor hazırlamaktır. Tarafların zaman zaman vakıa saptayıcısına durum değerlendirmesi yapması veya uyuşmazlığın çözümü konusunda maddi tavsiyede bulunması yönünde başvurmaları da söz konusu olabilir. Vakıa saptayıcısının bulguları, gelecekteki yargılama faaliyetinde delil olarak da kullanılabilir.

TÖD (Tarafsız Ön Değerlendirme) (*Early Neutral Evaluation*)

Tarafsız ön değerlendirme (TÖD) yöntemi, tarafların bir uyuşmazlık bağlamındaki iddia ve savunmalarını tarafsız, genellikle bağımsız bir uzmana, uyuşmazlıktaki vakıa ve hukuk unsurlarının değerlendirmesini yapması için sunmalarını içeren bir yoldur²⁵. Tarafsız üçüncü kişi bunun üzerine konuya ilişkin görüşünü sunar²⁶. Bu yöntemin temelinde yatan temel düşünce, tarafsız üçüncü kişinin görüşünün, tarafların, iddia ve savunmalarının ne kadar güçlü olduğunu daha sağlıklı şekilde görmelerini ve böylece onların uzlaşmaya daha eğilimli hale gelmelerini sağlamasıdır²⁷. Taraflar iddia ve savunmalarını ge-

²⁵ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, s. 62, Kluwer Law International (2006).

²⁶ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, 35, 37 *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15 (Kluwer Law Int'l 2011).

²⁷ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, s. 62, Kluwer Law International (2006).

nellikle yazılı şekilde sunarlar, bunu daha sonra sözlü şekilde dinleme takip edebilir²⁸. TÖD, tarafların pazarlık görüşmelerine yeni bir unsur ekler, böylece tarafların yeniden durum değerlendirmesi yapmalarını ve ayrıca vekilleri ve uzmanlardan aldıkları bazı görüşleri yeniden gözden geçirmelerini sağlar.

Bağlayıcı Olmayan Tahkim (*Non-binding Arbitration*)

Bağlayıcı olmayan tahkim, her iki tarafın iddia ve savunmalarını tecrübeli bir hâkim veya hakem önünde, bağlayıcı olmayan bir değerlendirme yapması için sunmalarını içeren bir ADR yöntemidir. Taraflar iddia ve savunmalarını kısa ve öz olarak, sınırlı bir ispat faaliyeti ile sunarlar, bunun sonunda hakem muhakeme yaparak bir hüküm ortaya koyar veya uyuşmazlığın bazı sorunları hakkındaki bulgularını sunar²⁹. Bağlayıcı olmayan tahkim bir dava ön izlemesi görevi görür³⁰. Bu yöntemin temelindeki düşünce diğer ADR yöntemleri ile aynıdır, taraflar uyuşmazlığa daha gerçekçi şekilde bakarlarsa, uzlaşmaya daha eğilimli olacaklardır³¹. Hakem, zorunlu olmamakla birlikte, uyuşmazlık konusunda uzman bir kişi olabilir. TÖD'den farklı olarak bağlayıcı olmayan tahkimde genellikle, belge dışındaki deliller, sınırlı da olsa, değerlendirilir.

Kısa Yargılama / Yönetici Mahkemesi (*Mini-trial / Executive Tribunal*)

Kısa yargılama, karar vermeye yetkili üst düzey yöneticileri bir araya getiren, bir uzlaşma müzakere edilmesi amacıyla her iki tarafın da kısa ve öz şekilde iddia ve savunmalarını sundu-

²⁸ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, s. 62-63, Kluwer Law International (2006).

²⁹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in *International Contracts*, Third (Kluwer Law International 2010), s. 119.

³⁰ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, 35, 36 (Kluwer Law Int'l 2011).

³¹ John M. Townsend, *Promoting Peace Before Conflict: Integrating Alternative Methods of Dispute Resolution into the Arbitration Process*, 35, 37 Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15 (Kluwer Law Int'l 2011).

ğu, bağlayıcı olmayan, şekli belirli bir ADR yöntemidir³². Karar veren heyet genellikle, her bir tarafın uyuşmazlığın ortaya çıkmasına doğrudan dâhil olmayan kıdemli bir yöneticisinden oluşur³³. Emekli bir hâkim veya tecrübeli bir hakem olan tarafsız bir üçüncü kişiden heyete başkanlık yapması istenebilir, fakat tarafsız üçüncü kişinin dâhil edilmesi zorunlu değildir³⁴.

Kısa yargılama tarafları, asıl sorunlar üzerine odaklanmaya yönelir³⁵. Taraflar genellikle iddia ve savunmaların sunulmasındaki kural ve süre sınırlamalarına anlaşarak karar verirler. Tarafsız bir üçüncü kişi dâhil edilmiş ise, bu kişinin rolü arabulucununkine benzer; yani bu kişi sürecin adil şekilde yürütmesini sağlar ve müzakereler yoldan çıktığında veya içinden çıkılmaz bir noktaya geldiğinde müdahale eder³⁶. Tarafsız üçüncü kişi, resmi bir yargılama ya da tahkimin muhtemel sonucu hakkında ve/veya uzlaşmanın sınırlarını belirtecek şekilde bir tavsiye kararı verebilir³⁷. Kısa yargılama yönteminin temelinde yatan düşünce, karar vermeye yetkili kimselerin her iki tarafın da iddia ve savunmaları hakkında bilgi sahibi olduktan sonra, uyuşmazlığı bir üçüncü kişi gibi dışarıdan görerek, resmi uyuşmazlık çözümü sürecinde başarılı olabilme ihtimallerini daha iyi değerlendirmek suretiyle, uzlaşmaya daha eğilimli hale gelebilmeleri ihtimalidir³⁸.

³² Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

³³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195-196, Kluwer Law International (2006).

³⁴ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

³⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

³⁶ Jane Jenkis, *International Construction Arbitration*, p. 62, Kluwer Law International (2006).

³⁷ Doug Jones, *Various Non-binding (ADR) Processes*, p. 382, New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004 Beijing Volume 12, Kluwer Law International (2005); Alternative Dispute Resolution: A Resource Guide, <http://www.opm.gov/er/adrguide/section1-a.asp> (Son erişim tarihi:11 Kasım 2011)

³⁸ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 195, Kluwer Law International (2006).

Kısa yargılamayı gerçekleştirmenin, durumu çok iyi şekilde açığa çıkararak ve bu sebeple de etkili olan bir yolu, tarafların rol değiştirmeleri, yani bir diğerinin iddia ve savunmalarını ileri sürmeleridir. Bu usûl üst düzey yöneticiler tarafından veya en azından onların dâhil edilmesi ile gerçekleştirilir.

Daha detaylı uyuşmazlık analizi ve iddia ve savunmaların sunulmasının maliyetinin yüksek olma eğilimi göstermesi sebebiyle, kısa yargılamalar maliyetli olurlar³⁹. Kısa yargılama yöntemi bu sebeple daha ziyade karmaşık ve uzun sürecek dava veya tahkim yargılamasıyla yüz yüze olan şirketler arasındaki yüksek müddeabihli uyuşmazlıklar için uygunluk gösterir⁴⁰. Ayrıca üst düzey yöneticilerin dikkatinin küçük meselelere bu çerçevede yönelmesi pek muhtemel değildir.

Uyuşmazlık Kurulları (Tavsiye) (*Dispute Boards - Recommendation*)

Uyuşmazlık Kurulu, bir veya üç üyeden oluşan, orta veya uzun vadeli bir sözleşmenin başlangıcında atanan ve bu sözleşmenin devamı süresince taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlık veya anlaşmazlıklar konusunda karar vermek ya da taraflara yardımcı olmakla görevli olan bir heyettir. ICC, farklı sanayilere uyarlanmış Uyuşmazlık Kurullarının kurulması ve yürütülmesi için esnek bir çerçeve düzenleme geliştirmiştir⁴¹.

Tarafların yapacağı uzlaşma anlaşmasına göre, üç tür Uyuşmazlık Kurulu söz konusu olabilir⁴². En esnek olan kurul türü, kurulun tavsiye kararları verdiği ve taraflardan her hangisinin belirlenmiş olan sürede itiraz etmemesi halinde, tarafın karara sözleşmesel olarak uyma yükümlülüğünün getirildiği türdür. Taraflardan biri anlaşmadan hoşnutsuzluğunu ifade ederse, uyuşmazlık tahkim veya mahkemeye götürülebilir; bu-

³⁹ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 196-197, Kluwer Law International (2006).

⁴⁰ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 196-197, Kluwer Law International (2006).

⁴¹ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

⁴² Diğer iki türe aşağıda 3.5 nolu başlık altında değinilmiştir.

rada verilecek olan karara taraf uyabilir, ancak uymak zorunda değildir. ICC bu tür uyuşmazlık kurullarına Uyuşmazlık İnceleme Kurulu ismini vermektedir⁴³.

Bağlayıcı Olmayan Müzakere Temelli ADR Yöntemlerinin Başarısına Etkileyen Kriterler

Yukarıda bahsedilen üçüncü kişinin dâhil edilmesini gerektiren veya gerektirmeyen müzakere temelli tüm yöntemler, aşağıdaki kıstasların bulunması halinde en yüksek başarı oranını gösterebilir:

Uyuşmazlığın çözümü yönünde her iki tarafın iyiniyeti ve samimi gayreti

Taraflar ADR sürecine uyuşmazlığı çözmek için ciddi niyet ile ve uyuşmazlığın çözümü için gereğini yapacak ölçüde yeterli kaynaklarla başlamalı ve müzakerelerde makul olmalıdırlar.

Tarafların makul beklentileri olması

Tarafların beklentileri, uzlaşma için kabul etmeye hazır oldukları rakamın, başka davalarda benzer vakıa ve hukuki çerçevede daha önce verilmiş olan hükümlerin civarında olması halinde makul kabul edilir. Taraflar vekil ile temsil ediliyorsa vekiller, müvekkillerinin beklentilerini uygun seviyede tutmakla görevlidirler.

Tarafların hazırlığı

Tarafların ve daha ziyade vekillerinin hazırlığı, uyuşmazlığın sonucu hakkındaki beklentilerinin ne kadar gerçekçi olduğunu doğrudan etkiler. Uygulama, uyuşmazlığı çok iyi şekilde bilen tarafların beklentilerinin müzakereler sırasında en makul seviyede olduğunu ve bu sebeple de daha başarılı olduklarını göstermektedir.

Devam eden ilişki

Taraflar gelecekte ne kadar çok karşılıklı ilişkiye gireceklerse, genel olarak uzlaşmaya yönelik çabaları da o denli fazla olur.

⁴³ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

Tarafsız üçüncü kişinin itibarı (eğer gerekiyorsa)

Tarafsız üçüncü kişi taraflar üzerinde yüksek bir itibara sahipse, maddi önerilerinin uyuşmazlığın çözümü olarak kabul edilmesi daha fazla imkân dâhilinde olur. Bu sebeple hakkaniyetli bir tarafsız üçüncü kişi, tarafların iddia ve savunmalarını sunmak için yeterli imkâna sahip olmalarından sonra, çözüm önerebilecek durumda olmalıdır.

f) Bağlayıcı Yetkisi Olan Bir Üçüncü Kişiyi İçeren ADR Yöntemleri

Uzman Kararı (*Expert Determination*)

Uzman kararı, tarafların uyuşmazlıklarını bağlayıcı bir karar vermesi için seçilmiş bir uzmana sundukları ADR usûlüdür⁴⁴. Taraflar kararın sadece tavsiye niteliğinde olmasına da karar verebilirler. Bu yöntem, sorunun büyük ölçüde teknik özellikte olması veya kıymet takdiri gerektirmesi halleri için uygundur⁴⁵. Uzmanın kararı vakıa ve miktar bulgularına dayanır ve herhangi bir hukuk sorunu içermez⁴⁶.

Uzman, yapacağı incelemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve temel adil yargılama ilkeleri hariç, herhangi bir usûl kuralı ile bağlı değildir⁴⁷. Şekle bağlı bir usûlün, delil keşfinin ve delil sunma faaliyetinin olmaması, bu yöntemin tahkimden

⁴⁴ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 477.

⁴⁵ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 477.

⁴⁶ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 477.

⁴⁷ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 477.

daha az maliyetli ve daha hızlı olması sonucunu doğurur⁴⁸. ICC'nin Uluslararası Uzmanlık Merkezi, uzman kararı usûlü hakkında çerçeve düzenlemeleri tespit eder⁴⁹.

Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, uzman görüşü taraflar için akdi olarak bağlayıcıdır. Şartlar gerektiriyorsa, son derece kısıtlı olmak üzere, devlet ve tahkim mahkemelerinin denetimine tabidir.

Yargılama (*Adjudication*)

Yargılama, genellikle iddia ve savunmaların tarafsız bir üçüncü kişiye –yargılayıcıya sunulması şeklinde gerçekleşir ve bazen bunu bir duruşma izler⁵⁰. Yazılı sunumlar çoğu zaman yargılayıcının karar vermesi için yeterli olduğundan, bu durum tarafların ellerinden gelenin en iyisini yapmaları için bir baskı unsuru oluşturur. Yargılayıcının verdiği karar bağlayıcıdır⁵¹. Fakat karardan hoşnutsuz olan taraf, zamanında itiraz ederek temyiz hakkının saklı kalmasını sağlayabilir; bu sayede uyuşmazlığın yeniden açılması için bir gerekçe oluşur. Bununla birlikte taraf, kararı öğrenir öğrenmez bunun gereğini yerine getirmek zorundadır⁵².

Üst sınır – Alt sınır Tahkimi (*High-Low Arbitration*)

Üst sınır – alt sınır tahkimi, tahkimden önce tarafların tahkimden çıkacak kararın kabul edilebilir alt ve üst sınırlarını tespit ettikleri bir anlaşmadır⁵³. Tespit edilen aralık kural olarak

⁴⁸ Nael G. Bunni, Chapter IV: Alternative Dispute Resolution – Case Study: Splitting the Cake by Submitting Partial Issues to Expert Determination/ Conciliation in Christian Kalusegger, Peter Klein, et. al. (eds.), Austrian Arbitration yearbook 2009 (C.H. Beck, Stampfli & Manz 2009), s. 478.

⁴⁹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third (Kluwer Law International 2010), s. 119.

⁵⁰ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third (Kluwer Law International 2010), s. 119.

⁵¹ Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third (Kluwer Law International 2010), s. 119.

⁵² Jan Paulsson, Chapter 8: Choosing ADR/tiered Dispute Resolution Methods in The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Third (Kluwer Law International 2010), s. 119.

⁵³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*,

hakem tarafından bilinmez⁵⁴. Hakemin verdiği kararın içeriği bu aralık içinde ise, karar nihai olur. Kararın içeriği bu aralık dışında yer alıyorsa, nihai rakam, alt sınır veya üst sınıra en yakın rakam olur⁵⁵. Bu tarz bir anlaşma, taraflara risk denetimi yapma imkânı verir.

Amerika Birleşik Devletlerinde çok revaçta olmakla birlikte, pek çok Kıta Avrupası ülkesi hukuk sistemleri de bu tür tahkimi benimsemeye başlamıştır⁵⁶. Üst sınır - alt sınır tahkimi, bazı yargı sistemlerinde hukuki niteliği yönünden, yani teknik olarak tahkim sınıflandırmasına girip girmediği bağlamında bir sorun yaratabilir⁵⁷. Üst sınır - alt sınır tahkimini tahkimin bir türü olarak kabul etmekteki olası bir zorluk, tarafsız üçüncü kişinin gerçek anlamda bir hüküm kurmaması, bunun yerine tarafların önerileri arasında bir seçim yapması⁵⁸ ve verilen kararların bir muhakemenin sonucu olmamasıdır⁵⁹. Öncelikle, tahkimin esaslı unsuru, nihai ve bağlayıcı bir karar ortaya çıkarmasıdır; üst sınır - alt sınır tahkimi de bu şartı yerine getirerek, adında "tahkim" kavramını taşımayı hak etmektedir⁶⁰. İkinci olarak, tarafların muhakeme olmaksızın karar verilmesi yönünde anlaşmış olmaları göz önüne alındığında, muhakemenin olmaması, ne UNCITRAL Model Kanunu⁶¹, ne de New York Sözleşmesi⁶² çerçevesinde, verilen karara bir hüküm niteliği atfedilebilmesine hâlel getirmektedir.

p. 200, Kluwer Law International (2006).

⁵⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 200, Kluwer Law International (2006).

⁵⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 200, Kluwer Law International (2006).

⁵⁶ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 307-308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁵⁷ R. Waltz, *Final-Offer-Arbitration - oder: Drittscheidung anhand verbindlicher Angebote*, *SchiedsVZ* 119, 121 (2003).

⁵⁸ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 313 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁵⁹ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 314 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁰ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 312-314 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶¹ UNCITRAL Model Kanunu, madde 32(2).

⁶² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (10 June 1958).

Nihai Teklif Tahkimi (Final-Offer Arbitration)

Nihai teklif tahkimi, üst sınır – alt sınır tahkimi gibi tarafların kabul edilebilir rakamlar üzerine yaptıkları bir anlaşmaya dayanır. Usûller bir miktar farklılık gösterir. Nihai teklif tahkimi, tarafların nihai tekliflerini hakeme sunmaları, onun da bu ikisinden birini seçmesi şeklinde bir anlaşma içerebilir⁶³. Taraflar buna alternatif olarak hakemden bir rakam belirlemesini isteyip, kendi önerilerinden bu rakama en yakın olanı aralarında kabul etme şeklinde de anlaşabilirler⁶⁴. Taraflar, hakemin ortaya koyduğu rakamın her iki tarafın ortaya koydukları rakamların matematiksel ortalaması olması halinde geçerli olmasını kabul edebilirler⁶⁵. Nihai teklif tahkiminin temel amacı, hakemin ödün temelli karar vermesi tehlikesinin önüne geçmek ve uçdeğer kararlar riskini sınırlandırmaktır⁶⁶.

Nihai teklif tahkimi, hakemin ödün temelli karar verme yetkisini elinden almakla birlikte, tarafların nihai tekliflerini sunma hazırlığı sırasında kendi aralarında bir uzlaşmaya varmaları ihtimali daha kuvvetlidir⁶⁷. Bu durum tarafların, hakemin kendi tekliflerinin makul olmadığını düşünebileceği yönündeki korkusunun sonucudur ve bu sayede tarafları iyiniyetle, daha makul teklifler sunmaya teşvik eder⁶⁸. Bu idrak, tarafların pazarlıktaki duruşlarını birbirine daha yakın hale getirir, böylece uzlaşma daha çekici hale gelecektir⁶⁹. ABD Profesyonel

⁶³ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

⁶⁴ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

⁶⁵ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006); Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁶ Christian Bühring-Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, p. 201, Kluwer Law International (2006).

⁶⁷ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁸ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁶⁹ Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 *Journal of Int'l Arb.* 3, 308 (Kluwer Law Int'l 2007).

Beyzbol Liginde (MLB), bu yöntem kullanıldığında uyuşmazlıkların %90 oranında uzlaşma ile sona erdiği belirtilmektedir⁷⁰.

Üst sınır - alt sınır tahkimi gibi, nihai teklif tahkiminin hukuki niteliği de tartışılabilir⁷¹. Ancak yukarıda açıkladığımız gibi, nihai teklif tahkimi nihai, bağlayıcı ve icra edilebilir kararlar ortaya çıkardığından, bunun bir tahkim türü olarak kabul edilmesi doğru olacaktır⁷².

Uyuşmazlık Kurulları (Karar) (Dispute Boards -Decision)

Daha önce belirttiğimiz gibi Uyuşmazlık Kurulu, bir veya üç üyeden oluşan, orta veya uzun vadeli bir sözleşmenin başlangıcında atanan ve bu sözleşmenin devamı süresince taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlık veya anlaşmazlıklar konusunda karar vermek ya da taraflara yardımcı olmakla görevli olan bir heyettir. ICC uyuşmazlık kurullarını üç sınıfa ayırmaktadır; bunlardan birisi bağlayıcı olmayan Uyuşmazlık İnceleme Kurullarıdır ve yukarıda anlatılmıştır⁷³. İkinci ve üçüncü tür kurullar ise bağlayıcıdır ve Uyuşmazlık Yargılama Kurulu ve Karma Uyuşmazlık Kurulu olarak isimlendirilirler⁷⁴.

Uyuşmazlık Yargılama Kurulu modelinde taraflar, kurulun kararını öğrenir öğrenmez bunun gereğini yerine getirmek zorunluluğundadırlar veya taraflardan birisi hoşnut değilse uyuşmazlığı tahkime ya da mahkemelere götürebilir. Dava derdest olduğu müddetçe, tahkim veya devlet mahkemesince aksine karar verilmemiş ise, iki taraf da kurul tarafından verilmiş olan kararın gereğini yerine getirmekle yükümlüdür⁷⁵.

⁷⁰ Elissa M. Meth, *Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 3, 391 (1999).

⁷¹ R. Waltz, *Final-Offer-Arbitration - oder: Drittscheidung anhand verbindlicher Angebote*, SchiedsVZ 119, 121 (2003).

⁷² Christian Borris, *Final Offer Arbitration from a Civil Law Perspective*, 24 Journal of Int'l Arb. 3, 312-314 (Kluwer Law Int'l 2007).

⁷³ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

⁷⁴ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

⁷⁵ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

Karma Uyuşmazlık Kurulu, tarafların talebine göre, tarafların anlaşmasına göre veya anlaşamamışlar ise ICC kurallarına göre bir tavsiye kararı veya nihai karar verebilir. Tavsiye kararı ve nihai karar arasındaki temel fark, kararın gereğinin yerine getirilmesi zamanı bakımındandır. Tavsiye kararı, tarafların kararın yerine getirilmesini erteleyebilmelerine izin verirken, nihai kararın verildiği anda yerine getirilmesi gerekir. Her iki tür karar da tahkim veya mahkemeye başvurma suretiyle icra edilebilir bir karar veya hüküm haline getirilebilir. Uyuşmazlık Kurulunun bulgularından söz konusu yargılamada yararlanılabilir⁷⁶.

e) Arabulucu-Hakem Hakkındaki Endişeler

ADR yöntemlerinden bahsettikten sonra sorulacak soru, ADR yöntemlerinin tahkimde veya tahkimle birlikte kullanılıp kullanılmayacakları ve kullanılabileceklerse nasıl kullanılabilirler olacaktır.

Sorunun ilk kısmı Arabulucu-Hakem çerçevesinde yeterince tartışılmıştır⁷⁷; bu makalede ayrıntılı olarak tartışılmayacaktır. Ortaya konulan endişeler ile özetle şu hususlar ortaya konulmaktadır:

Hakemin Ön Yargısı

İki ayrı işlevi olan tarafsız üçüncü kişinin taşıyabileceği ön yargı, en yaygın endişe olarak ortaya konulmuştur⁷⁸. Özellikle, tahkim kuralları, uyuşmazlığa ilişkin olarak hakemle *ex*

⁷⁶ http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4529/index.html (Son erişim tarihi: 12 Aralık 2011).

⁷⁷ *See D.C. Elliott, Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* (1996) 62 JCI Arb. 3, 175, 8; *Michael McIlwrath & John Savage, International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, s. 186 (Kluwer Law International 2010); *Marian Liebmann, Mediation in Context*, s. 185, Jessica Kingsley Publishers (2000); *Alan L. Limbury, Med-Arb: - getting the best of both worlds*, s. 2.

⁷⁸ *D. Van Duch, Do 'Hybrids' Compromise ADR Benefits?* Nat'l Law J., March 2, 1998; *Richard P. Flake, MED/ARB - a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb - A Neutral's Perspective*, s. 2.

parte görüşmeyi yasaklamaktadır. Bu yasak hakemin davada her türlü ön yargıdan arınmış olmasının ve bu sayede tahkim sürecinin arılığının korunmasının sağlanması amacı ile getirilmiştir⁷⁹. Tarafsızlık kuralı, aynı tarafsız üçüncü kişinin hem arabuluculuk hem de hakemlik yapması durumunda çiğnenmiş olur. Arabuluculuk sürecinde tarafsız üçüncü kişi, her bir tarafla diğer taraf olmaksızın özel olarak görüşüp uyuşmazlıkla ilgili vakıa ve delilleri tartışır⁸⁰.

Ayrıca arabuluculuk sırasında taraflar özgürce konuşmaları için cesaretlendirilirler ve bunu bir mahkeme önündekinden çok daha rahat şekilde gerçekleştirirler⁸¹. Müzakerelerin hararetli şekilde gerçekleşmesi mümkündür⁸². Böylece taraflar kişiliklerini ortaya koyarlar ve insan doğasının niteliği olarak bu durum, izleyicinin tarafların sevdiği ve sevmediği yönleri hakkında kişisel bir görüşünün oluşmasına neden olur.

Tahkim Usûlünün Adil Olma Niteliği

Bir sonraki endişe, tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk sürecinde tarafların gizli bilgilerine ulaşabilmesinden doğmaktadır. Arabuluculuğun temel taşı, taraflarca söylenen her şeyin gizli tutulması gereğidir. Taraf bu bilgilerin açıklanabileceği yönündeki rızasını ifade etmedikçe, tarafsız üçüncü kişi tahkim yargılamasında dahi bu bilgileri gizli tutmak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak hakem, karşılıklı soru sorma usûlleri veya karşı tarafın olası itirazlarına tabi olmayan gizli bir bilgiye dayanarak karar verebilir. Böyle bir durumda tahkim yargılamasının adil olma niteliği tehlikeye düşecektir⁸³.

⁷⁹ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 3.

⁸⁰ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 3.

⁸¹ Peter Talbot, *Should an Arbitrator Act as a Mediator in the Same Dispute?* p. 227, 67 *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators* 1 (2001).

⁸² *See UK: Glencot Development and Design Cp. Ltd. v. Ben Barrett & Son Ltd.*, (2001) All ER (D) 384, (2001) EWHC Technology 15, para. 24.

⁸³ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 5.

Taraflar ve Arabulucu Üzerindeki Caydırma Etkisi

Taraflar, nihai karar mercii haline gelebilecek olan bir arabulucu önünde daha kapalı davranırlar ve iddia ve savunmalarının zayıf yönlerini daha az ifşa ederler⁸⁴. Bu durum, arabuluculuğun başarılı olmasını tehlikeye sokar⁸⁵. Arabuluculukta başarının anahtarı, arabulucunun tarafların iddia ve savunmalarının güçlü ve zayıf olduğu noktaları ortaya çıkarmak ve bu bilgiye dayanarak tarafların gerçek durumu daha iyi görmelerini sağlamaktır ki taraflar birbirlerinden daha makul taleplerde bulunabilsinler⁸⁶. Vakıalar saklı tutulduğu takdirde, arabulucunun her iki taraf için de adil bir değerlendirme yapabilmesi tehlikeye girer ve arabuluculuk başarısızlığa mahkûm olur⁸⁷.

Madalyonun diğer yüzünde arabulucu, uyuşmazlıkta karar mercii olabilme ihtimalini düşündüğünde arabuluculuk sürecinde daha kararsız ve fikirlerini beyan etme konusunda daha kontrollü olur⁸⁸. Arabulucular, müstakbel karar merciiinden gelecek bir fikrin taraflar üzerinde uzlaşma yönünde bir baskı oluşturacağıının, fakat bu uzlaşmanın gönüllü olmaması sebebiyle arabuluculuk sürecinde adil olma niteliğinin tehlikeye düşeceğinin farkındadırlar⁸⁹. Bu sebeple arabulucunun uyuşmazlığın unsurları konusunda taraflarla yapacağı görüşmeler, uyuşmazlığa daha az ışık tutacak, bu da verimsizliğe yol açacaktır⁹⁰. Sonuç olarak tarafsız üçüncü kişinin çifte işlevi, hem taraflar hem de tarafsız üçüncü kişi

⁸⁴ Marian Liebmann, *Mediation in Context*, s. 185, Jessica Kingsley Publishers (2000).

⁸⁵ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 6-7.

⁸⁶ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 6-7.

⁸⁷ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 6-7.

⁸⁸ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 7-8.

⁸⁹ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 7-8; Alan L. Limbury, *Med-Arb: - getting the best of both worlds*, s. 3.

⁹⁰ Richard P. Flake, *MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral’s Perspective*, s. 7-8.

üzerinde, uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümünü çok zor kılacak bir “caydırma etkisi” yaratır.

Verilen Bilginin Vasfı

Arbuluculukta verilen bilgiler, diğer tarafla iletişim kurma amacı ile verilirler; bu durum tahkimdekinden farklıdır, zira tahkimde bu bilgilerin verilme amacı hakemi ikna etmektir. Bu sebeple özel ayrıntılar içeren arabuluculukta, taraflar vakıaları arabulucunun tam olarak anlayabileceği şekilde açıklamaktan çekinirler. Bu da arabulucunun uyuşmazlıktaki önemli vakıalar hakkında hatalı bilgilere sahip olabileceği anlamına gelir⁹¹.

Arbuluculuğa Tahkimin Ön Aşaması Olarak Bakılması

Diğer bir tehlike, tarafların arabuluculuk sürecine sadece tahkimin bir ön aşaması olarak yaklaşma ihtimalleridir. Arabuluculuk tarafların konuşup tartışmalarını, gizli bilgileri ifşa etmelerini ve uzlaşmalarını gerektirir. Bazı taraflar meseleyi üçüncü kişinin çözmesini daha kolay görebilirler ve böylece arabuluculuğu başarısız olmaya mahkûm edebilirler⁹².

Arbulucu-Hakemin Başarım Vasfı

Çok başarılı bir arabulucu, hakem rolü üstlendiğinde o kadar başarılı ve/veya ehil olamayabilir; aynı durum arabulucu olma konusunda hakem için de geçerlidir⁹³. Tarafsız üçüncü kişi tecrübeli bir arabulucu değilse tarafları, arabuluculuk sürecinde ilk çıkmazla karşılaştığında vaktinden önce tahkime yönlendirebilir⁹⁴

⁹¹ D.C. Elliott, *Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?* (1996) 62 JCI Arb. 3, 175, 8.

⁹² Alan L. Limbury, *Med-Arb: - getting the best of both worlds*, s. 3.

⁹³ Lucy Greenwood, *A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement*, Arb. 27 Int. 2, 199-210, 207 (2011).

⁹⁴ Marian Liebmann, *Mediation in Context*, p. 186, Jessica Kingsley Publishers (2000).

Böyle bir durumda Arabuluculuk-Tahkimin her iki yönü de tehlikeye girer. Açık iletişimin ve tarafsız üçüncü kişiye güvenin olmaması, tarafsız üçüncü kişinin tarafların uyuşmazlıktaki duruşlarını yeterince sorgulamaktan ve müzakereleri yönlendirmekten çekinmesi ve tarafların uzlaşmaya varması halinde bu uzlaşmanın tarafsız üçüncü kişinin dayatması ile olabileceği veya tarafların bunu zorlama sonucu olarak görebilmeleri ihtimalleri, arabuluculuğun başarıya ulaşma oranını düşürür. Benzer şekilde tahkim süreci de, hakemin tarafsızlığının bulunmadığı düşüncesi ve tahkimde uyulması gereken genel kurallara aykırılığın söz konusu olduğu şüpheleri ile gölgelenir.

F. TAHKİMDE ADR YÖNTEMLERİNİNİNE BAŞVURULMASI

Herhangi bir ADR yöntemine başvurmayı değerlendirmeye alma hususunda tek bir ön koşul bulunmaktadır: tarafların uzlaşmaya varma konusundaki samimi niyetleri. Bununla birlikte, ADR yöntemi bir veya her iki tarafça başvurulacak bir manevra değilse, en azından uyuşmazlıktaki sorunlara odaklanma veya onları daraltma konusunda yardımcı olabilmelidir. Kulağa garip gelmekle birlikte, taraflar arasında hangi sorunların gerçekte çekişmeli olup olmadığı konusunda anlaşmazlık bulunması, ender görülen bir durum değildir.

Bu durum yukarıda özetlenen endişeleri bastırabilir mi?

Yukarıda Arabuluculuk-Tahkim hakkında bahsedilen tüm endişeler, tarafların egemenliğinden bahsederek giderilebilir. Eğer taraflar bu (gerçek veya varsayılan) dezavantajları kabul ediyorlarsa, bu yolu seçmekte onlara engel olunması için bir neden yoktur. Bu yolu seçmenin akıllıca olup olmadığı ise ayrı bir meseledir.

Aşağıda, bu endişelerin yukarıda bahsedilen ADR yöntemi örnekleri hakkında geçerli olup olmadığı ve nasıl geçerli olduğu incelenecektir.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

CHRISTOPH
LIEBSCHER'İN
TEBLİĞİ

İlk olarak tarafsız bir üçüncü kişiyi içermeyen ADR yöntemleri bu değerlendirmenin dışında bırakılmıştır.

İkinci olarak, arabuluculuk ve tahkimin birleşimi ayrıntılı olarak tartışıldığı için arabuluculuk değerlendirme dışında bırakılacaktır⁹⁵.

Son olarak, tarafları bağlayıcı bir sonucu doğuran yöntemler genellikle tahkimin bir alternatifini oluştururlar ve bu yöntemleri tahkimle birleştirmek, zor tahayyül edilebilir bir durumdur.

Geriyeye kalan (ve yukarıda bahsedilen) ADR yöntemi örnekleri için aşağıdaki tablo göz önünde bulundurulabilir.

ADR sürecinin tahkimin bir ön aşaması olarak değerlendirilebilmesi tehlikesi, tüm ADR yöntemleri için söz konusu olabilir. ADR yöntemlerinin sonuca ulaşabilmesi için temel gereklilik, uyumsuzluğun çözümü yönünde dürüst niyetin bulunmasıdır.

ADR Yönteminin Türü Endişeler

	Önyargı	Adil olmama	Caydırıcılık	Yetersiz bilgi vasfı	Tarafsız üçüncü kişinin yetersiz başarı vasfı
Kolaylaştırıcılık	√		√	√	√
Uzlaştırma	√		√	√	√
Vakıa Saptanması	√				
TÖD (Tarafsız Ön Değerlendirme)	√				
Bağlayıcı Olmayan Tahkim	√				
Kısa Yargılama / Yönetici Mahkemesi	√				

⁹⁵ Bkz. yukarıda dn. 79.

Bu tablo, yazarın aynı endişeleri paylaştığı anlamını taşımamaktadır. Deneysel verilere dayanmamaktadır. Amacı, genel görüşü arabuluculuktan diğer ADR yöntemlerine doğru genişletmek ve okuyucunun hangi endişeleri paylaşıp paylaşmadığı yönünde bir karar vermesine yardımcı olmaktır.

Ancak bir husus açıktır. Herhangi bir ADR yönteminin tahkimde kullanılabilmesi için tarafların rızası gerekir. Hakemlerin taraflara hangi yöntemleri kullanmayı önerdiklerini açık şekilde ifade etmeleri ve taraflara hiçbir dayatmada bulunmalarını takdire şayan olacaktır.

G. SONUÇ

Sonuç olarak ADR yöntemlerine tahkimde başvurulmasının nedeni, tarafların uyuşmazlığın çözümüne daha hızlı ve ucuz şekilde ulaşabilecekleri yollar bulmaktır. Tahkimde süre ve maliyet, geçtiğimiz yıllarda sürekli artan bir ilgiliye maruz kalan önemli bir konudur⁹⁶. Arabuluculuk-Tahkim hariç olmak üzere, ADR yöntemlerine tahkimde başvurulması veya bu yöntemlerin tahkimle karma şekilde uygulanması yeterince araştırılmamıştır. Hakemlerin dava yönetimi usûlleri gelişmeye hiç kuşkusuz açık olan bir alandır. Ancak bu, hukukta şekilciliğin, tabii ki adil yargılanma gerekleri hiçbir şekilde ihlal etmeksizin, daha pratik bir görüş ile tamamlanmasına ihtiyaç göstermektedir.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Sayın Liebscher'e çok teşekkür ediyoruz. Son derece kapsamlı bir konuyu, ayrıca birbirine çok yakın kavramlardan oluşan bir konuyu bize gayet net ve açık bir şekilde izah etti. Bu yönden teşekkür ediyoruz.

⁹⁶ Bkz. Report for the ICC Commission on Arbitration, Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration (2007) (http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf (Son erişim tarihi: 10 Ocak 2012); Ayrıca bkz. Richard P. Flake, MED/ARB – a viable ADR vehicle?: Nuances of Med/Arb – A Neutral's Perspective, s. 3-8; Christopher Newmark, Controlling Time and Costs in Arbitration, s. 81-96, Chapter 6 in The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration – 2nd Edition (Newman Hill, Eds. 2008).

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

SELÇUK
ÖZTEK'İN
KONUŞMASI

Şimdi bir kahve arası veriyoruz.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Değerli konuklar, Birinci Oturumun İkinci Bölümünde Sayın Pekcanitez bizlere İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı hakkında açıklama yapacak. Kendisi bu kanun taslağına ilişkin komisyonun başkanlığını yaptıyanılmıyorsa. O itibarla en değerli bilgileri ilk elden öğrenmiş olacağız.

Buyurun Sayın Pekcanitez.

*Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ**

İSTANBUL TAHKİM MERKEZİ KANUN TASARISI TASLAĞI

Teşekkür ediyorum Sayın Hocam.

Önce, bu İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı Tas-lağı'nın neden hazırlandığı konusunu değerlendirmek istiyorum.

Şu elimde gösterdiğim "İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planı" başlığını taşıyan Ekim 2009 yılına ait Devlet Planlama Teşkilatı'nın hazırladığı ve İstanbul'da bir finans merkezi kurulmasına ilişkin kitap. Bu kitapta öncelikli olarak yapılması gerekenlerden bir tanesi, İstanbul'da bağımsız ve özerk yapıya sahip uluslar arası alanda rekabet edebilecek düzeyde kurumsal bir tahkim merkezinin oluşturulması ve arabuluculuk sisteminin etkin bir şekilde kullanılmasının sağlanmasını olduğu belirtiliyor.

Öncelikle dikkat çekmek istediğim husus, İstanbul'da kurulması planlanan merkez, sadece bir tahkim merkezi değil, aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, özellikle arabuluculuğun da yaygınlaşması ve çözümlenmesi için bir merkez olacak. Hemen başlangıçta şunu söylemek istiyorum: Arabuluculuk Kanunu Taslağı'na yönelik eleştirilerden bir ta-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

nesi, bu arabuluculuk kurumunun Adalet Bakanlığı Hukuk İşlerine bağlı olarak oluşturulması idi. Bunun dünyada örneği Avusturya'da var, Slovakya'da var. Biz bu kanun tasarısını hazırlarken, özellikle bu kurulacak olan İstanbul'daki tahkim merkezinin arabuluculuk konusunda da etkili olması, arabuluculuk konusunda da bir merkez olmasından yola çıkarak, belki ileride arabuluculuk kurumunun bu özerk kuruma, bu merkeze, Adalet Bakanlığı bünyesinde değil de bu özerk kurum içinde yer almasını da değerlendirebiliriz diye düşündük. Bunu özellikle şunun için söylüyorum: İstanbul'da Tahkim Merkezi Kurulması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı, bu yaz Temmuz ayında 180 kuruluşa gönderildi. Belki de bir yaz tatiline denk gelmesi sebebiyle bugüne kadar zannediyorum 80'in üzerinde yanıt geldi, gönderilen 100 kurumdan henüz bir yanıt gelmedi. Özellikle üniversitelerden gelen yanıtların da az olduğunu biliyorum.

Bunu şunun için söylüyorum: Bu kanun tasarısına yön vermek için kasım ayının ortalarına kadar vaktimiz var. Gerek buradaki düşüncelerinizi gerek bundan sonraki yaptığınız araştırmalarınızı eğer Bakanlığa iletirseniz bu eleştiriler, bu taslak değerlendirilirken tekrardan ele alınıp değerlendirilebilir.

Şimdi, bu İstanbul'da bir tahkim merkezi kurulması veya genel olarak Türkiye'de bir tahkim merkezi kurulması, bizim bitmeyen ve bir türlü gerçekleşmeyen bir rüyamız gibi, bir hayalimiz gibi. Benim tespit edebildiğim kadarıyla, 1960'lı yılların başında Odalar Birliği o yıl Prof. Dr. Rabi Koral ile Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e bir tahkim merkezi, yani kurumsal tahkimi yürütecek bir organizasyonu oluşturması için görev veriyor. Bu iki hocamız hazırladıkları statü ve yönetmelikleri Birlik Yönetim Kurulu'ndan geçiriyorlar, ama tahkim merkezi hayata geçmiyor.

1970-1971 yıllarında Ankara Üniversitesi bu sefer Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü tarafından ilk kurumsal tahkime ilişkin bir çalışma yapıyor, bir merkez oluşturulması arzu ediliyor. Hatta bu yayınlar arasında da 88 no'lu yayında bu konuda bilgi ve hazırlığın sonuçlarını bulabilme imkânımız var. Ama bu çalışmadan sonra da kurumsal tahkim konusunda hiçbir sonuç alınamıyor.

Daha sonra, yine tartışılan 2001 yılında Adalet Bakanlığı o sırada İstanbul'da Milletlerarası Tahkim Merkezi ve aynı zamanda Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği Kanunu Tasarısı'nı hazırlıyor. Bu tasarılar yine bildiğim kadarıyla Samsun'da Türkiye Barolar Birliği tarafından ve aynı zamanda Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü tarafından da 14 Mayıs 2001 tarihinde Ankara'da tartışılıyor. Ancak bu iki tasarının birlikte tartışılmasının en önemli olumsuz yönü belki, bütün tartışmalar, bütün eleştiriler daha çok Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği Kanun Tasarısı üzerine yoğunlaşıyor ve şiddetle hemen hemen hem fikir olarak bu hakem ve bilirkişi odalarının kurulması, bunun bir meslek olmaması, böyle bir meslek olmadığı hâlde hakem ve bilirkişi odalarının kurulmasının isabetli olmayacağı yönünde eleştiriliyor ve bu eleştiriler son derece şiddetli, bana göre de haklı olduğu için bir türlü İstanbul'da milletlerarası tahkim merkezi kurulması konusundaki düşünce bir türlü uygulamaya geçmiyor. Her iki tasarı da yine kadük hâle geliyor.

Bu tasarılarından sonuncusunun Banka Ticaret Enstitüsü'nde tartışılması sırasında tesadüfen ben de bulunmuştum. O sırada Prof. Dr. Mahmut Birsal, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz, Prof. Dr. Ergun Özsunay, Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Prof. Dr. Ramazan Arslan'ın ve Adalet Bakanlığı'ndan ve Türkiye Odalar Borsalar Birliği'nden katılım olmuştu. Bu toplantıda, özellikle Mahmut Birsal Hoca'nın çok kısa bir konuşmasından bölüm aktarmak istiyorum. Diyor ki Hocam:

“İstanbul'da tahkim merkezi kurulmasının bence Türkiye açısından çok yararlı, belki de zorunlu olduğu düşüncesindeyim. Çünkü Türkiye, bulunduğu coğrafya bölgesi içinde önemli bir ekonomik merkez hâline gelme istikametinde gelişmededir. Her ne kadar bugün içinde bulunduğu koşullar -ki çok üzülüyoruz diyor- Türkiye'nin bizim tasavvur ettiğimiz gelişmeleri kaydetmesini geciktirmiştir. Buna rağmen, jeopolitik durumu itibarıyla gerek Ortadoğu'da gerekse Balkanlar'da yine Karadeniz ülkeleri içinde, Türk cumhuriyetleri içinde ve Kafkasya'da İstanbul ideal bir tahkim merkezi olabilecek bir şehirdir. Böyle olunca, ticarî ilişkilerin yatırım hareketlerinin, finans hareketlerinin doğuracağı ihtilafların da Türkiye'de milletlerarası tahkim yolu ile çözümlenmesi Türkiye'nin fevkalade yararına-

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

HAKAN
PEKCANİTEZ'İN
TEBLİĞİ

dır. Dünyada Türkiye'ye duyulan güveni artırır, Türk Hukuku'nu ve Türk adaletini yüceltir diye düşünüyorum." Değerli Hocam bu açıklamalarıyla Türkiye'de bir tahkim merkezi kurulmasının hararetle bir savunucusu olduğunu ifade ediyor.

Ben, bu konuşmayı dinledikten sonra aynı düşüncelere, aynı gerekçelerle bu görüşe katıldığımı ve desteklediğimi ifade etmek istiyorum.

1960'lı yıllarda başlayan bu düşünce, 2010 yılına geldiğimizde, maalesef halâ gerçekleşmiş değil. Hâlbuki 1919 yılında kurulan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Merkezi bugüne kadar 16 bin uyuşmazlığı çözmüş. 2009 yılında 128 ülkeden 2095 tarafı içeren 817 davaya bakmış. Kahire Tahkim Merkezi 1979 yılında kurulmuş ve bugüne kadar Asya ve Afrika ülkelerindeki tahkim uyuşmazlıklarını çözen bir merkez hâline gelmiş. Balkan ülkelerinde tahkim, özellikle son yıllarda çok ciddi bir şekilde oluşturulan merkezler ve ortak çalışmalar sayesinde gelişmiş durumda.

1990'lı yılların hemen başında Berlin'de katıldığım bir toplantıda bir Rus profesörün -o zaman henüz doçenti- St Petersburg'da tahkim merkezi kurulmasına ilişkin başlattıkları çabayı, hazırladıkları yönetmelikleri ve merkezin statüsüyle ilgili el ilanlarını Berlin'de dağıttığını hatırlıyorum. O yıllarda St Petersburg'daki böyle bir girişimin çok da başarılı olacağı konusu orada düşünülüyordu, ama bugün baktığımızda St Petersburg da ciddi tahkim merkezlerinden birisi olmaya başladı. Akabinde, Dubai'yi görüyoruz, Dubai özellikle Körfez ülkelerinde önemli bir tahkim merkezi. Singapur, Asya'da en önemli tahkim merkezleri arasında yer alıyor.

Tahmin ediyorum dünyada İstanbul kadar konumu itibarıyla tahkim merkezi olmaya müsait bir başka şehir yok.

Şimdi gelelim Türkiye'deki mevzuatımıza: 2001 yılında yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu hazırlanırken, tıpkı Arabuluculuk Kanunu gibi Türkiye'nin başına çok büyük felaketlerin gelebileceği söylenmişti. Hatırlayın, Bergama'daki altın madenlerinden tutun, Karadeniz'deki santrallere kadar, işçilerin toplu sözleşmelerinden tutun, sağlık hakkına kadar

birçok konuda başımıza gelebilecek bütün kötülüklerin Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte geleceği yazıldı, çizildi, hatta işçiler yürüdüler. Niçin? Milletlerarası tahkimin, onların toplu iş sözleşmelerine ve sosyal haklarına olumsuz etkileri yüzünden.

2001'den bugüne kadar bu tahmin edilenlerin hiçbirisinin gerçekleşmediğini gördük. Bundan sonra bunlar söz konusu olmayacak, çünkü bu söylenen korkulan konuların tümü zaten tahkime elverişli olmayan hususlardı. Nedense tahkimden korkuyoruz? Bazı ideolojik karşı çıkışlar var, bilgisizlikten kaynaklanan karşı çıkışlar var, bunun dışında başka bazı nedenler var. Ama Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girişi, 2001 yılından sonra da bu konuda uygulamada tahkim konusunda herhangi bir canlanmayı ve değişikliği bizim hayatımıza, uygulamamıza getirmedi.

Usûl Kanunumuzdaki tahkim hükümleri ise, hepinizin malumu. 1925 yılındaki Neuchatel Kanunu'ndan aldığımız tahkim hükümleri hiç değişmeden kalmış. Zaten bizim Usûl Kanunumuzda hiç değişmeyen hükümlere baktığımız zaman, biliyoruz ki o hükümlerin zaten uygulanması söz konusu değil. Bu değişmeyen hükümleri, bugüne kadar hiçbir problemi olmayan çok isabetli hükümler olarak düşünmek herhalde mümkün değil artık. Sürekli olarak mahkemelerin müdahale ettiği ve sürecin son derece uzadığı bir tahkim prosedürü günümüz tahkim anlayışı ile bağdaşmıyor.

Bu söylediğim düzenlemeler yanında, Odalar ve Borsalar Kanunu'nda da tahkime ilişkin hükümler var. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türk ve yabancı firmaların kendi aralarında veya birbiriyle olan iktisadî ve sınaî alandaki anlaşmazlıklarına tahkim yoluyla çözüm bulunmasını sağlamak için bir Tahkim Divanı da oluşturmuş durumda. Divan, TOBB Tahkim Tüzüğü çerçevesinde çalışıyor. Çalışıyor da, hemen size söyleyeyim: TOBB'un 2005 yılından itibaren bugüne kadar tahkim davası sayısı 6. Bir hakem arkadaşımınla konuştum, dedi ki: "Ben ne zaman TOBB'un hakemi olsam, dosyam hep 2007/1, 2006/1 oluyor, iki nolu dosya oldu mu bilemiyorum".

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

HAKAN
PEKCANITEZ'İN
TEBLİĞİ

Bunun dışında, yine bildiğiniz gibi İstanbul Ticaret Odası'nın, ticarî ve sınaî anlaşmazlıkların uzlaştırma veya tahkim usûllerine göre sona erdirilmesi amacıyla oluşturduğu bir tahkim, bilirkişilik bünyesi var, Uzlaştırma, Tahkim ve Hakem Bilirkişilik olmak üzere, üç ayrı kurum oluşmuş. Bunun da düzenlenmesi 1979 yılına ait. Bakarsanız, hala bu düzenlemenin içinde "gıyap" müessesesini görebilirsiniz. Hâlbuki gıyap bizim Usûl Kanunumuzdan 1985 yılında kaldırıldı, hala o düzenlemeler değişmeden devam ediyor.

İstanbul Ticaret Odası Tahkimi ülkemizdeki tahkim uygulamasını en iyisi gibi görünüyor, 57 başvuru yapılmış, bu konuda 57 başvurunun büyük bir çoğunluğu da tacirlerin kendi aralarındaki, oda üyelerinin kendi arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin. Bu konuda 2003-2004 yılları arasında yine İstanbul Ticaret Odası tahkim kurallarını değiştirmek, ulusal ve uluslararası bir tahkim merkezi oluşturmak üzere bir çalışma yapıldı, ben de bu çalışmaya katılmışım. Gerçekten Balkan ülkelerindeki tahkim kuralları ve en yeni tahkim kuralları da incelenerek hem ulusal hem de uluslararası kurallar hazırlandı, hatta yeri de ayrıldı, yeri de belirlendi, ancak Ticaret Odası Başkanı'nın değişmesinden sonra tahkim burada da unutuldu.

Bu konuda üçüncü faaliyet gösteren, İzmir Ticaret Odası'ndaki Tahkim Merkezi. Bu da İzmir Ticaret Odası Ticarî Uzlaştırma ve Tahkim Esasları çerçevesinde yürüyor. Baktım, İzmir'de yıllık başvuru 2005'ten sonraki 3'ü geçmiyor. Hatta çok da ilginç kararlar var, üç hakem bir araya gelememiş bir kararda, her hakem oturmuş evinde kendine göre bir karar yazmış. "Ne olacak bu karar?" diye sonra mahkemeye gidilmiş.

Şimdi, topladığınız zaman, 2005'ten bugüne kadar sayıyı, 60 tahkim başvurusu söz konusu. İnanın biz yurt dışındaki tahkim merkezlerine yılda bu kadar başvuruyoruz. Türkiye'de 60, yurt dışında da 60 tahkim başvurusuna gidiyoruz. Eğer Türkiye'de bir tahkim merkezi oluşturabilirsek, biz yabancılara bizim de bir tahkim merkezimiz olduğunu, uyuşmazlıkların burada da çözülebileceğini önerebiliriz. Bu konuda Türkiye'nin çok ciddi bir problemini burada bir kez daha ifade etmek isti-

yorum. Tahkim konusunda taraf olanlar ya da tahkim yargılamasının avukatları yurt dışındaki tahkim merkezlerine vize alamadıkları için gidemiyorlar. Vize alamıyorlar. Biraz önce Noterler Birliği Başkanı buradaydı, biz bir süre önce yurt dışına birlikte seyahat etmek istediğimizde kendisi vize alamadı, Türkiye Noterler Birliği Başkanı vize alamadı. Türkiye'nin çok ciddi bir vize problemi var.

Şimdi, bu konuda 1960'tan beri devam eden bu süreci ben biraz daha geriye getirmek istiyorum. Aslında, Osmanlı'dan beri Türkiye'de tahkim kuralları var, yüz elli yıllık bir tahkim geçmişimiz var. Ama tahkim konusunda çok da ilerlemiş değiliz. Neden? Çünkü faaliyet gösteren tahkim merkezlerine başvurabilmek için kural olarak uyumsuzluğun zaten ticarî olması lazım. Ticarî uyumsuzluklarda da tacirlerin bu konuda bir alışkanlığı yok, güveni de söz konusu değil. Uluslararası tahkim merkezi bulunmadığı için, yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklar söz konusu olduğunda, bir kurumsal tahkim merkezimiz yok. Tek çıkar yol, ad hoc tahkim. Bu da genellikle tercih edilen bir yol olmuyor. Tercih edilmemesinin sebebi de çok açık, çünkü böyle bir tahkime başvurduğunuz zaman mahkemelerin müdahalesi çok fazla. Mahkemelerin müdahalesi çok fazla olduğu için de bu tahkim süreci çok uzun süre devam edebiliyor.

Tahkim merkezlerinin bulunmaması, tahkimin gelişmemesinin ve dünyadaki belki tahkimle ilgili gelişmelerin takip edilmemesinin bir başka nedeni. Tahkim, aslında kamuoyunda da yeteri kadar bilinmiyor, yeteri kadar tahkime başvurma konusunda bir bilinç de, bir farkındalık da yaratılabilmiş değil. Bu konuda mutlaka üniversitelerin, zaman zaman Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin ve İstanbul Ticaret Odası'nın bazı faaliyetleri varsa da, bu maalesef çok sınırlı ve belli bir düzeyde kaldığı için kamuoyundaki bilgi eksikliğini giderebilecek nitelikte değil.

Yaygın kanı, tahkim giderlerinin çok yüksek olduğu. Tahkimin âdeta lüks bir yargılama faaliyeti olduğu, ki uluslararası mukayeseyi yaptığınız zaman Türkiye'deki özellikle tahkimle ilgili giderlerin son derece mütevazı olduğu ortaya çıkıyor. Gerçekten hakem sayımız az. Özellikle uyumsuzlukların gerçek an-

lamda tahkimle çözümlenmesi istendiğinde, bu konuda hakem olabilecek ve hakemlik yapabilecek kişilerin sayısı son derece az.

Size ilginç bir örnek vereyim: Odalar ve Borsalar Birliği Nisan'dan sonra değişti ama, benim Nisan öncesinde tespitim 76 tane hakemi var, şimdi galiba 100'ü geçti. İstanbul Ticaret Odası'nda 33, İzmir Ticaret Odası'nda 18 hukukçu var, ama İzmirli'lere özellikle söylemek istiyorum: İzmir Ticaret Odası'nda hukukçu olmayan hakem sayısı 356. Şimdi, neden bu kadar çok? Benim tahminim -ben de bir İzmirli olarak belki o konuda bir şey söylerken, hani bir art niyetimin olmadığı anlaşılır- buradan bir para kazanılacağı muhtemelen düşünülmüş olabilir. Ancak bu hakemlerin neredeyse tümü bugüne kadar hiç hakemlik yapmamışlar. Çünkü 356 tane hakem İzmir'de zaten 3 tane başvuru var.

Hakemlik bizde sertifikayı gerektiren, bir eğitimi gerektiren bir faaliyet olarak sürdürülmüyor. Belki en önemlisi, avukatlar, danışmanlık hizmeti sırasında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü konusunda kendi müvekkillerini ya da danışmanlık yaptıkları kişileri yönlendirmiyorlar. Birkaç hukuk fakültesi dışında, tahkim konusunda ders bulunmuyor.

Kanunların içinde birtakım değiştirilemeyen eski, demode hükümlerimiz mevcut. Ancak yeni sayılabilecek olan Milletlerarası Tahkim Kanununda da hakemlerin kararına karşı gidilen önce iptal davası, iptal davasından sonra temyiz, temyizden sonra bir de icra edilebilirlik şerhi almak için mahkemeye başvuru gerekiyor. Bu tahkim sürecinin çok uzun sürmesine neden oluyor. Hakemler önünde geçen süreden çok mahkeme ve Yargıtayda sürdürülmesi gereken bir süreç var.

Bu arada, Türkiye için eleştirilen bir başka nokta: Tahkimden sonra alınan harçların yüksekliği. Bu konuda özellikle tahkime başvuru bu anlamda desteklenmediği için, daha elverişli şekilde bir harçlandırma söz konusu olmadığı için "Ben bu kadar yüksek harç ödeyeceğime, mahkemeye giderim. Hemen hemen aynı süre içinde uyuşmazlık sonuçlanır" düşüncesiyle bu sebep de tahkimin gelişmesini engelliyor.

Şimdi, bütün bunları anlattıktan sonra şuraya varmak istiyorum: Peki, bundan sonrası için ne yapmak gerekir? Dikkat ederseniz, bazı inisiyatifler var, bazı tahkim merkezleri var, ama bunlar gelişmiyor, bugüne kadar da gelişmedi. Peki, nasıl bir tahkim merkezi kuracağız, kim kuracak bunu, nasıl yapılması gerekecek? Bu konuda belki en çok eleştirilebilecek olan hususların başında, kanunla bir tahkim merkezinin kurulması düşünülebilir. Çünkü kanunla kurulan bir tahkim merkezi, ister istemez bu merkezin yürütme tarafından, devlet tarafından organize edildiği ve yönlendirildiği şeklinde, özellikle uluslararası alanda olumsuz düşünmeyi ortaya çıkarabilecek. Ancak, dünyadaki örnekler baktığımızda, dünyada tahkim merkezlerinin bir kısmı ticaret odaları tarafından kurulmuş. Bazılarını belediyeler kurmuş. Bazılarını -bizim hukukumuzda olup olmayacağını tartıştığımız, bazı hukukçulara göre bunun mümkün olabileceğini söyledikleri- bir ticaret şirketi biçiminde kurulmuş, kâr amacı gütmeyen ticaret şirketi. Bazı ülkelerde vakıf, bazı ülkelerde de dernek olarak kurulmuş.

Şimdi, eğer ticaret odaları bu konuda başarılı olsalardı, bir tahkim merkezinin kurulmasını mümkün kılsalardı, herhalde bu konuda bir kanun çalışmasına, böyle bir faaliyete girişmeye gerek de kalmayacaktı. Üstelik, Odalar ve Borsalar Birliği'nin Tüzüğü, diğer şehirlerdeki ticaret odalarının gelişmesini de belli ölçüde kendilerine uyum göstermesini zorunlu kılması itibarıyla engellediğinden, burada artık bu çerçevede bir gelişimin olmayacağı düşünüldü. Tasarı Taslağında kanunla kurulmanın olumsuzlukları, kurulan bu merkezin tamamen yürütmeden bağımsız ve içinde Odalar ve Borsalar Birliği ile bu merkezle ilgili olabilecek kuruluşların yer alabileceği şekilde öngörüldü ve düzenlendi. Bu sebeple Tahkim konusunda Türkiye Barolar Birliği'nin kişilerin uzman olması beklenir. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin seçeceği altı kişinin biri Deniz Ticaret Odası'ndan, ikisi Sanayi Odası'ndan, üçü Ticaret Odalarından olmak üzere-, Türkiye Katılım Bankaları Birliği'nin bir, Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın bir ve Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'nin bir olmak üzere, toplam onbeş kişiden oluşan bir genel kurulunun oluşması bu taslakta öngörüldü.

Dikkat edilirse, herhangi bir şekilde Adalet Bakanlığı'ndan veya bir başka herhangi bakanlıktan veya resmî bir kurumdan ne bir seçim ne de herhangi bir şekilde katkı söz konusu. Tasarı Taslağı'na göre yegâne katkı, bu merkezin kuruluşunda söz konusu olacak. Zaten bu Kanun Tasarısı hazırlanırken iki önemli sorun vardı: Bir, nasıl kurulacak. İki, kurulduktan sonra belli bir süre kim finanse edecek, kim destekleyecek? Bu konuda geçici 1. maddeye göre, merkezin faaliyetlerini yürütebilmesi için "İlk yıl bütçesi Başbakanlık bütçesinden karşılanır." denildi. Devletin tek katkısı bu olacak. Bu da, sadece merkezin işlemesi için öngörüldü, çünkü ilk yıllarda belki bu merkezin masraflarını gelen işlerden karşılamak mümkün olmayacaktır. Daha sonraki giderler ise merkez tarafından karşılanacak devletten bir para alınmayacaktır.

Daha sonraki yıllarda merkezi masraflarını, üye veren kuruluşlar verdikleri üye sayısı ile orantılı olarak karşılayacaklardır. Eğer önümüzdeki yılın 100 bin liralık bir bütçesi varsa, bu 100 bin lirayı 15'e böleceğiz, bu 15 üye gönderen her bir kuruluş tarafından bunun masrafları bu şekilde karşılanacak. Yani 6 tane genel kurula üye gönderen Odalar ve Borsalar Birliği bunun 15'te 6'sını, Barolar Birliği 15'te 4'ünü, Bankalar Birliği 15'te 1'ini, karşılayacak. Gelen eleştirilerde bazı kurumlar böyle olmasın, Başbakanlık üç hatta beş sene daha bunun finansmanını üstlensin şeklinde önerilerde bulunmuşlar. Kanaatimce merkezin gerçekten özerk olabilmesi ve bağımlılıktan kurtulabilmesi için bu şekilde bir desteğe ihtiyaç var. Bazı ülkelerdeki merkezlerin kuruluşundaki mali katkıyı o ülkenin odalar borsalar birliği ya da tahkime katkıda bulunan diğer kurumlar tarafından sağlandığını gördük.

Merkezin genel kurulu, son derece önemli bir organ oluşturuyor. Ancak kısa olsun diye tahkim merkezi diyorum, çünkü bu merkezin içinde tahkim kadar fonksiyon icra edecek zamanda arabuluculuk uygulaması da bulunacaktır. Bugün genel olarak arabuluculuk denilse de yarın yaygınlaşabilecek diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de merkezin faaliyetleri içinde yer alabilecek. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesi, tahkimin gelişmesi, bu merkez

vasıtasıyla sağlanabilecek ve bu genel kurul, buradaki alınacak kararları, politikaları, tahkimin ve arabuluculuğun ya da alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yaygınlaşmasına son derece önemli katkılar sağlayacak. Çünkü öğleden sonraki toplantıda da, özellikle Dr. Yeşilirmak'tan dinleyeceğimiz, bugün dünyanın pek çok ünlü tahkim merkezinde tahkim kuralları yanında, arabuluculuk kuralları da son derece yaygın. Hatta şöyle bir düşünce var: Acaba arabuluculuk zaman içinde tahkimin pabucunu dama atar mı? Çünkü, mukayese ettiğiniz zaman alternatif uyuşmazlık çözümleri yönünde gelişmeler var. Hatta Sayın Liebscher'in ifade ettiği tahkimin içinde alternatif uyuşmazlık çözümü arayışları da belki arabuluculuğun daha pratik, daha kolay, daha çabuk olmasının bir sonucu. Zaman içinde bunların hangisinin daha yaygın uygulanacağını göreceğiz. Ama tahkim merkezi, her ikisinin de gelişmesi bakımından önemli bir rol oynayacak.

Yabancı ülkelerde gördüğüm kadarıyla, tahkimin tanıtılması için küçük broşürlerin hazırlanması, toplumda bu konuda bir farkındalık yaratılabilmesi, davayla tahkimin, tahkimle arabuluculuğun mukayesesinin yapılabilmesi ve toplumun bu konuda bilinçlendirilebilmesi için önemli bir katkı sağlayacaktır. Merkez yanında hukuk fakültelerinin de buna önemli katkısı olacağını düşünüyorum. Biraz önce Sayın Liebscher'le de onu konuştuk: Biz, hukuk fakültelerinde dbir uyuşmazlık çıktığı zaman, nasıl bir ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararını alabileceğini, ardından nasıl nerede dava açılacağını öğretiyoruz. Uzlaşmayı öğretmiyoruz, arabuluculuk yöntemlerini öğretmiyoruz, tahkimi de öğretmiyoruz. İnsan bilmediği şeye de yabancılaşıyor. Hatta belli bir yaştan sonra daha muhafazakâr oluyor ve daha da ileri giderek şunu söyleyeyim, korkuyor.

Merkez genel kurulunun seçeceği bir yönetim kurulu var, ki bu yönetim kurulunda 3 asıl 2 yedek üye salt çoğunlukla seçilecek. Bu da şüphesiz tahkim merkezinin gelişmesi bakımından son derece önemli bir organ olarak karşımıza çıkıyor. Bu konuda bizim getirdiğimiz bu kurallar kesinlikle Türkiye'ye özgü, yepyeni kurallar, yeni buluşlar değil. Bunlar bugün dünyanın pek çok tahkim merkezinde genel kabul görmüş kuralları. Bizim belki bu Kanun Tasarısı Taslağı'nda tek ayrıldığımız

nokta, genel kurulun kimlerden oluştuğudur. Bunun dışında organlar ve yetkiler konusunda diğer tahkim merkezlerinden çok önemli bir farkı bulunmuyor.

Bu vesileyle özellikle şunu ifade etmek istiyorum: Bu Tasarı Taslağı, sadece ve sadece bir tahkim merkezinin kurulmasına ilişkindir. Bu tahkim merkezi kurulduktan sonra, bu tahkim merkezinde uygulanacak olan arabuluculuk kuralları, tahkim kuralları, ulusal ve uluslararası tahkim kuralları arabulucuların ve hakemlerin listesi, bunların oluşturulması genel kurulun ve yönetim kurulunun hazırlayacağı ve onaylayacağı yönetmeliklerle söz konusu olabilecek, böyle sağlanabilecek.

Bunun dışında, merkezde bir veya birden fazla denetçi yer alacak. Merkezin uluslararası alanda duyulabilmesi ve uluslararası alanda bilinebilmesi açısından ve tahkimle ilgili stratejilerin, tahkimin tanıtılması konusunda çok önemli bir fonksiyon icra edebilecek bir danışma kurulu oluşturduk. Danışma kurulunu, biraz kalabalık görebilirsiniz 15 üyesi var, ancak bu sayının artırılması bile düşünülebilir. Çünkü bu kurula yerli ve yabancı tahkimle ilgili ünlü kişilerin katılması, Türkiye’de, İstanbul tahkim merkezinin gelişmesi bakımından son derece önemi var. Bugün bildiğiniz gibi, bazı tahkimle ilgili ünlü kişiler birden fazla tahkim merkezinin danışma kurulunda yer alabiliyor. Böyle olunca da tahkimin bilinmesi, tanınması daha kolay bir hale gelebiliyor.

Tahkimin işleyişi bakımından, Tasarı’daki divan son derece önem teşkil ediyor. Bu, hem ulusal hem de uluslararası tahkim divanı olmak üzere kurulacak. Burada yönetim kurulu başkanı, genel sekreter ve 3 üye yer alıyor. Özellikle bu divan bildiğiniz gibi, tahkimin işleyiş sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar son derece önemli ve yetki ve görevleri de kullanabilecek. Bu konuda da somut bazı düzenlemeler yapmadık, bunu çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenebileceğini ifade ettik.

Yine, Tasarı’da yöneticilerin, denetçilerin, tahkim divanı üyelerinin, genel sekreterin ve yardımcılarının ile merkez çalışanlarının hakem olarak görev yapmaları yasaklandı.

Sonuç olarak, tabii bu bir taslak, bu Taslak tartışılacak, zannediyorum gelen görüşler çerçevesinde benim hiç bilmediğim daha pek çok görüş mutlaka var. Bu görüşler bizi önemli yönde olumlu değişiklikler yapmaya sevk edecek ve sonunda belki birlikte tartışarak doğru bir merkez kurulması yönünde bir taslak hazırlamış olacağız. Ancak, 1960'lı yıllardan beri gördüğümüz gibi, yaptığımız, bunun yasal düzenlemelerini yapabilmek. Bunu beceriyoruz, bunu yapıyoruz, ama hayata geçiremiyoruz. Hayata geçirdikten sonra ise, en önemlisi, bunu en iyi şekilde yürütebilmek, en iyi şekilde o tahkim merkezini geliştirebilmek. Bu yüzden, bu hazırlanan Tasarı Taslağı daha sonra bizim dışımızda mükemmel bir hâle getirilse bile, bunun mutlaka işleyişi son derece önem taşıyor. Eğer bu işleyişini sağlayabilirsek, o zaman işte pek çok kişinin son derece haklı olarak ifade ettiği, İstanbul'da, belki de dünyanın en güzel coğrafyasında, en ideal tahkim merkezinde bir tahkim merkezini sadece kurmuş olmayız, aynı zamanda da bunu güvenilen, inanılan, gelişmiş bir tahkim merkezi hâline getirebiliriz.

Benim şu anda genel olarak taslakla ilgili söylemek istediklerim bunlar.

Son olarak şunu ifade edeyim: Konuşmamda genellikle hep tahkimden söz ettim ama merkez aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişimi, uygulanması konusunda tahkim kadar etkili ve yetkili olacak. Arabuluculuk Kanunu Tasarısı henüz Meclis Adalet Komisyonu'na gelmiş değil. Eğer bu konuda bu tahkim merkezinin içinde arabuluculuğun oluşturulması, oraya bağlı kılınması yönünde bir görüş oluşursa herhalde mutlaka bu da değerlendirilecektir. Belki bu, hani işin başında bir düşünce olarak eğer yansırsa tabii ki değerlendirilebilecektir.

Hepinize teşekkür ediyorum.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz Sayın Pekcanitez.

Değerli konuklar, Şimdi yirmi beş dakikamız var tartiőmaya ayrılmıő. Bu bağlamda, gerek Sayın Liebscher'e ve gerekse Sayın Pekcanitez'e sunumlarıyla ilgili sorular yöneltebileceksiniz.

Av. Şamil DEMİR (Ankara Barosu): Saygılar sunarım Hocam, hoş geldiniz.

Şimdi, benim acizane gözlediğim kadarıyla Amerika'da ve Singapur'da oldukça etkin işleyen tahkim merkezlerinin kendi piyasa kayıpları nedeniyle öncelikle Sayın Alman katılımcının da ifade ettiği gibi, ara yollar bulunmaya çalışıldı, "mediation-arbitration" gibi. Bu, benim anladığım kadarıyla tahkimdeki etkinliklerini kaybetmemek yönünde, bu niyetle yapılmış bir giriőimdi. Madem arabuluculuk diye bir Şey var, biz oturaklı, bu iş daha önce yapmış kurumlar olarak bu konuya da el atalım Şeklinde bir giriőimde bulundular. Ve ben mesela, Ameri-

kan Arbitration Association sitesine girdiğimde, “Biz on-line mediation yaparız” şeklinde hizmet verilmeye de başladığını görüyorum.

Acaba, bizim ülkemizdeki Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı da, şimdiye kadar sorunsuzca tahkim konusunda çalışmalarını devam ettirmiş olan kesimlerin, bu konudaki çalışmalarını daha rahat sürdürebilmeleri açısından bir kurumsal çatıya ihtiyaç duymalarından mı kaynaklandı? Bunu bir hipotez olarak söylüyorum, yani bir komplo teorisi olarak değil de. Yoksa, gerçekten geçmişten gelen bizim böyle bir kanun ihtiyacımız mı vardı? Bunu özellikle şunun için soruyorum: Acaba, bu arabuluculuk konusundaki birleştirme yönündeki fikirler de yine Amerika’da veya Singapur’da olduğu gibi, belli kesimlerin hareket alanını bu kurum aracılığıyla genişletmek amacını mı taşıyor sizce?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Zannediyorum öğleden sonraki Dr. Yeşilirmak’ın tebliği bu sorunun belli ölçüde cevabını taşıyacak. Ama sadece söylediğiniz tahkim merkezleri değil, dünyadaki şu anda bütün tahkim merkezlerinde tahkimin yanında arabuluculuk da genellikle düzenleniyor, öngörülüyor, işte on-line arabuluculuktan tutun da diğer başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kadar.

Türkiye’de bütün bu gelişmeler, bütün bu tartışmalar çok önceden başlamış. Çünkü Türkiye’nin gerçekten hem coğrafya hem kültürel hem ekonomi olarak bir tahkim merkezine ihtiyacı var. Bakın, Balkan ülkelerinde 1990’lı yılların hemen akabinde tahkim merkezlerini kurdular ve gelişmeye başladı. Lübnan eğer bir iç savaşın içinde olmasaydı, bugün çok ciddi tahkim merkezlerinden birisiydi. Çünkü hâlâ Lübnan’da çok ciddi tahkim toplantıları gerçekleşiyor. Kahire’den söz ettim. Dubai keza böyle.

Biraz önce ifade ettiğim gibi, İstanbul’da uluslararası bir finans merkezinin kurulması amaçlanıyor. Bir uluslararası fi-

nans merkezi kuruyorsanız, buradan çıkan uyuşmazlıkları hiçbir şekilde kendi mahkemelerinizde çözemezsiniz, çözdüremezsiniz. Çözdürmek istediğinizde zaten bir finans merkezi olamazsınız. Peki, nasıl çözeceksiniz bunu? Ya yurt dışındaki tahkim merkezlerine gideceksiniz ya da kendi ülkenizde bir tahkim merkezini oluşturup bunu gerçekleştirebileceksiniz. Bana göre, hazırlanan Tasarı'nın amacı bu. Bu, Türkiye'de bir başka kurum tarafından bir ihtiyaç olarak hissedilmiş değil şu anda, ne Odalar Borsalar Birliği'nin böyle bir girişimi oldu ne ticaret odalarının. Dünyadaki gördüğümüz örneklerdeki gibi bir belediyenin girişimi de olmadı yine tahkimle uğraşan hakemler de bir araya gelip bir dernek kurup tahkim merkezinin düşünmediler. İşte bu eksikliği giderebilmek, ama aynı zamanda İstanbul'daki bu finans merkezi oluşumunun önemli bir cüzünü teşkil edecek tahkim merkezini kurabilmek için bu tasarı taslağı hazırlandı.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Buyurun Yüksel Bey.

Yüksel HIZ (Adalet Bakanlığı): Hocam, ben hem Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nı hem Tahkim Merkezi Kanun Tasarısı'nı hem de İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Strateji Belgesi'nin hazırlanmasında bulunan biri olarak aslında aklıma çok soru geliyor, ama diğer katılımcıların hakkını yememek için bir soru sormak istiyorum. O da, Sayın Liebscher'i dinlerken, yanlış duymadıysam, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yapılan bir araştırmadan bahsetti. Türkiye'nin Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na getirilen en önemli eleştirilerden biri de buydu, Sayın Talay Şenol Bey'le de arada konuştuk. İşte, yalnız avukatlar mı arabulucu olsun, avukatlar dışında ya da ondan daha iyi başkaları da bu işi yapabilir mi tartışması en önemli nokta Arabuluculuk Kanun Tasarımızda. Bu bağlamda, Sayın Liebscher'in Avusturya uygulamasını da dikkate alarak ya da dünyadaki uygulamaları dikkate alarak, işte en iyi arabulucular kimler olabilir ya da ikincisi belki daha önemlisi, bir arabulucuda bulunması gereken hususları birkaç noktada açıklayabilir mi?

Teşekkür ederim.

Dr. Christoph LIEBSCHER: Bu, sadece Avusturya'ya has bir durum. Arabulucu dediğiniz zaman bunu "Mediator" olarak tercüme ederim. Bu arabulucular genelde iki alandan geliyorlar: Bunların birisi hakikaten hukukçular oluyorlar, özellikle avukatlar oluyorlar. Diğerlerinde tipik olarak daha geniş manada psikoloji veya psikoterapi meslek alanlarından geliyorlar. Hangisinin doğru arabulucu olacağı olaydan olaya değişir. Yani belirli meslekleri kabul edip diğerlerini dışlamanın yanlış olacağını düşünüyorum. Hangi mesleki kökenden gelirse gelsin, arabulucunun aynı zamanda nitelikli bir mesleki eğitiminin bulunması gerekir.

Kimin doğru hakem olacağına ilişkin olarak tahkim konusuna da kısaca değinmek istiyorum. Sadece Avusturya'da değil, başka ülkelerde de yaygın bir gelenek var, ya profesörler veya avukatlar ya da avukatlık yapan profesörler hakem oluyorlar. Anglo-Sakson dünyasında birçok durumda mühendisler de hakem olabiliyorlar. Ama hangi alandan gelirse gelsin, bir mühendis ise bir davayı veya tahkim yargılamasını düzgün bir şekilde yürütebilecek vasıflara da sahip olması gerekiyor. Tahkim yargılamasında köken meslekleri arasına mühendisleri de belki katmak gerekiyor. Bütün alanlarda değil, ama mesela bir müteahhitlik konusunda ihtilaf olması durumunda, mühendis kökenli bir kişi, üç kişilik hakem heyetinde pekâlâ doğru bir kişi olabilir.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Tabii, bu arabuluculuk meselesinin zannedersem en can alıcı noktası, bunu avukatlar mı yapmalı yoksa başka meslek gruplarına da açılmalı mı?

Burada benim Sayın Liebscher ile tam olarak düşüncelerim örtüşmüyor. Hiç kuşkusuz mühendis, vesaire de bulunabilir, belki Sayın Pekcanitez ile de bu anlamda örtüşmüyor düşüncelerim. Ama arabulucunun tarafların haklarının ne olduğunu taraflara anlatabilecek durumda olması gerektiğine inanıyorum. O itibarla, yani hukukçu olmasında ben şahsen yarar görüyorum, bu düşüncem değişmedi. Fakat tabii aksine düşünülebilir mi? Evet, "Çok iyi formasyon". Çok iyi formasyondan ne kastediyoruz, o da ayrı bir şey. Çok iyi formasyon" muğlak

bir kavram. Bilmiyorum, ben o konuda ortadayım düşünce itibarıyla. Fakat her halükârda bu soruyu sormakta çok haklıdınız, çünkü gerçekten kanaatimce bu arabuluculuk konusunun en can alıcı noktalarından birisi. Belki bunu Barolar Birliğiyle yapacağınız toplantıda önümüzdeki sene gündeme getirip tartışmamızda yarar olabilir. Çünkü şu anda onların temsilcisi burada yok. Gerekçeleri nelerdir, tam olarak bilme durumunda değiliz. Gerçi bazı barolar “Diğer meslek gruplarına da açık olabilir, neden olmasın...”

Bir Katılımcı: Barolardan ben varım.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Pardon, özür dilerim, o zaman size söz veririz.

O itibarla bazı Barolar’da “Olabilir, başka meslek gruplarından da pekâlâ arabulucu olabilir” şeklinde görüşler var, duyduk. Bir kesin yasak getirmek söz konusu olamaz diye düşünüyorum, ama hukukçunun bu prosedüre o zaman nasıl dâhil edileceğini belki düşünmek lazım. Yani tamamen kapıyı hukukçu olmayana kapatmaktan ziyade, avukat olmayana kapatmaktan ziyade acaba o sürece avukatın katılımını, o teknik arabulucuyla birlikte nasıl sağlarız? Belki orada bir formül üretmeye çalışmak düşünülebilir. Evet, bu benim kendi kişisel düşüncemdi tabii.

Buyurun Sayın Şenol.

Av. Talay ŞENOL (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı): Tabii, bu tartışma daha önceden başladı. Biz Hocamın düşündüğü gibi, bunun bir yargılama faaliyeti biçiminde veya hukuksal bir olay olarak algılanması, hakların sonunda bir şekilde erişimi söz konusu. Hakları iki çünkü: Bir, Adalet Erişim Projesi içerisinde yargıya gidiyorsunuz, mahkemelere gidiyorsunuz; bir de bu alternatif çözüm yollarına gidiyorsunuz. Bunun bir yargılama diyalektiği içinde düşünülmesi lazım gelen bir husus olduğunu düşünüyoruz.

Bir de şunu söyleyeyim: Sayın Liebscher’in söylediği gibi Anglosakson dünyasında Amerika’da, İngiltere’de hukukun

TARTIŞMALAR

yapılanması biraz farklı. Yani avukatlığa giden yol, yargıçlığa giden yol, Kıta Avrupası'ndan biraz farklı. Oranın kendine göre gelenekleri var, kendilerine göre oturmuş sosyal ilişkileri de var. Biliyorsunuz, sonunda bu güvene dayalı, güvenmek zorundasınız, yargıca güvenmek zorundasınız, mediatöre güvenmek zorundasınız, hakeme güvenmek zorundasınız. Şimdi, Sayın Hocam dedi ki: "Avukatlar yeterince hakemleri tavsiye etmiyorlar, hakemliği tavsiye etmiyorlar". Ben de etmiyorum, çünkü benim de çok kötü deneyimlerim oldu hakemlik konusunda. O güven doğmadı. O güveni yaratacaksınız, o güveni de yarattığınız zaman zaten sorun çözülecek. Nitekim, baktığınız zaman işte bu arabuluculukta mahkeme yanında veya mahkeme içinde arabuluculuk veya dışarıdaki Avusturya modeli, Almanya, Hollanda modeli, Fransızların da deneyimi var. Yargılama faaliyeti dışındakiler pek öyle başarılı olamıyor. Çünkü her şeye rağmen yargıya güven, hâkime güven veya o diyalektiğe güven söz konusu. Bu nedenle, biz bunun içinde kalmasında yarar görüyoruz.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Teşekkür ediyoruz.

Buyurun Hanımefendi.

Şöhret GÖK (Köln/Avukat-Arabulucu): Kusura bakmayın benim Türkçem dört dörtlük değil ama, gene Türkçe olarak söylemek istiyorum.

Deminki soruyla ilgili ben şu görüşteyim: Arabuluculuk her meslekte açık Almanya'da ve Almanya'nın Kanun Tasarısı onu da gerçekleştirdi şimdiye kadar.

Biz bazen iki çift mediatörle çalışıyoruz. Benim için diğer meslekten olan mediatörle beraber çalışmak değerli bir şey. Psikolog olsun ya da mühendis olsun. Biz ona "co-mediasyon" diyoruz. Bu çok daha mantıklı oluyor bazı konularda ve çok değerli bir çalışma oluyor.

İkincisi, siz dediniz ki: Bir avukatın olduğunu, yani mediatör olduğunun anlamı var. Fakat biz avukat olarak yani me-

diatör olarak çalışıyorsak avukatlık bilgileri veremiyoruz. Bu meslek kanunumuzda yasaktır. Yani hukukî danışmanlık bir mediasyon sırasında olmuyor, ancak genel bilgiler verebiliyoruz. Ama avukatlık işler aynı zamanda olmuyor. O yüzden ben bu problemi görmüyorum. Eğer hukukî danışmanlık ya da bilgiler lazımsa mediasyon sırasında biz tarafları kendi avukatlarına gönderebiliyoruz ya da avukatları masaya çağırıp onlar da katılabilirler, ikisi de olabilir. Bu da tarafların isteğine bağlı. Tabii, şimdi bir avukat olarak daha çabuk yönlendirebiliyorum, “şu noktada durduralım mediasyonu” diyebiliyorum. Ve lütfen önceden avukatlarınızla konuşun, bu var. O yüzden, ben bu korkuları biraz dağıtmak istiyorum, çünkü bu da çözüldü.

Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Teşekkür ediyoruz.

Buyurun Sayın Tarman.

Yrd. Doç. Dr. Zeynep Derya TARMAN (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Benim sorum Hakan Hocama olacak. Sorum da Arabuluculuk Kanun Tasarısı ile ilgili.

Şimdi, bizim Kanun Tasarısı'nda tarafların hiçbir zorlama olmaksızın kendi iradeleriyle bu yola başvurusu sistemi kabul edilmiş. Şimdi, bir yandan da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının teşvik edilmesinden bahsettiniz. Acaba diyorum, teşvik edilmesi adına Profesör Liebscher de bahsetmişti, İngiltere'deki teşvik sisteminden ya da Almanya ve Yunanistan'da olduğu gibi, bazı uyuşmazlıklar için dava açılmadan arabuluculuk yöntemine başvurulması sistemi kabul edilmiş olsaydı acaba arabuluculuk adına daha teşvik edici olur muydu? Yani bizim bu Kanun Tasarısı'ndaki bu ihtiyarî yol konusundaki görüşlerini öğrenmek istemiştım.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet, aslında konu dışına çıktık ama, madem sordunuz sizi boş çevirmeyim.

Arabuluculuk Kanun Tasarısı şu anda bir konu değil, ama bunu biz inanın çok tartıştık, dünyada çok modeller var. Size

lütfeñ Usûl Kanunumuzdaki hâkimin tarafları sulha teşvik edeceğine ilişkin hükme bakmanızı öneririm.

Yine size lütfeñ İş Kanunu'ndaki iş hâkiminin mutlaka tarafları sulha yönlendireceğı konusunda hükme bakmanızı isterim.

Yine sizin Aile Mahkemeleri Kanunu'ndaki böyle bir zorunluluğa rağmen uygulamanın bunu başaramadığını görmeyizi isterim. Kısaca zorlamakla olmuyor. Eğer zorlansaydı taraflar arabulucuya gidip tekrar geleceklerdi. Bu ise sadece bir zaman kaybına neden olacaktı.

Almanya bunu denedi, sadece Bayern'de zorunlu arabuluculuk var. 750 euronun altındaki uyuşmazlıklar için taraflar önce arabulucuya gitmek zorunda.

Yunanistan'ı örnek verdiniz ama, maalesef Yunanistan Avrupa'da arabuluculuk konusunda başarısız bir ülke. Çünkü hazırlanan tasarı gelecek bakımından çok isabetli bir tasarı olarak değerlendirilmiyor. Tasarıya göre sadece avukatlar arabulucu olabilecekler. Hatta bununla da kalmamışlar, arabuluculuk sürecinde tarafların kendilerinin avukatla temsil zorunluluğunu öngörmüşler.

Bu vesileyle bir de şunu söyleyeyim: Arabuluculuk hak kavramı üzerinden düşünülmemeli. Çünkü hakkı tartıştığınız zaman, hakka erişimden söz ettiğiniz zaman, o zaman ister istemez bir yargılamayı ön plana çıkarıyorsunuz. Arabuluculuk sürecinde hiçbir yargılama yok. Ama bunlar yarınki konular zannediyorum, yarın bu konularda tekrar soru sorulabilir.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Teşekkürler.

Buyurun Sayın Kale.

Arş. Gör. Dr. Serdar KALE (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben Hakan Hocama sorumu yöneltmek istiyorum.

Hocam Sg Petersburg örneğinden bahsetti, yani örnek derken reklamın nasıl yapılacağından bahsetti. Bence, kanımca bizim İstanbul'un cazibe merkezi olabilmesi için bu konularda uluslararası anlamda bir reklama ihtiyacımız var, yani tıpkı Rusların yaptığı gibi. Siz bu konuda ne düşünüyorsunuz Hocam? Yani reklamı hangi alanda yapabiliriz, İstanbul'a cazibe merkezi katabilmek için bu işlerde ne gibi yolları izleyebilmemiz gerekiyor?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Tabii çok önemli, onu özellikle söyledim. Şu Tasarı yarın kanunlaşsa inanın hiçbir şey değişmeyecek.

Ben size basit bir örnek vereyim: İstanbul Ticaret Odası'nda hazırladığımız ve örnek aldığımız birkaç tahkim merkezinde şunu gördük: Bir kartvizit bastırmışlar, ama kartvizitin pek çok marifeti var. Bunlardan bir tanesi, arkasında: Eğer siz ticaretle uğraşan bir kişi olarak sözleşmenize bir tahkim şartını yazmak isterseniz nasıl bunu ifade etmeniz gerektiğine ilişkin bir madde var. O kartı yanınızda taşıyorsunuz ve o kartın arkasında başka birtakım size yararlı bilgiler var ama, öbür tarafında bir sözleşme yaparken bu tahkim şartının hemen sözleşmeye konulmasına katkı sağlıyor.

İkincisi, bu proje içinde dünyadaki bütün tahkimle uğraşan kişilerin davet edilmesi gerekiyor. Bütün hakemlerin belki olmasa da, çok ünlülerin buraya davet edilmesi gerekiyor, ama daha da önemlisi bütün dünyadaki hakemlere ve merkezlere görüş sormak üzere tasarı gönderildi Bazı tahkim merkezleri belki bir rakip olarak gördükleri için hiçbir cevap vermediler. Ama bazı tahkim merkezlerinden çok önemli bazı eleştiriler geldi, ona göre değiştirildi. Kısacası, bu öncelikle tabii ki tahkimle uğraşan kişilerin, ilgililerin daveti, tanıtımı, kitapların bastırılması, sözleşmelerin hazırlanması ve bunun konferanslar vasıtasıyla sürekli olarak geliştirilmesi ve belki de sürekli bir yayın yapılmasıyla, İngilizce veya diğer dillerde yayın yapılmasıyla mümkün oluyor.

TARTIŞMALAR

Bir de bu sorunuza şunu söyleyeyim: Biz, benim soyadım gibi pek canı teziz. Canı bile tez değiliz, pek canı teziz. Bugün tahkim merkezi kurduk, yarın 10 bin davayı burada çözelim, 25 bin uyuşmazlık da arabuluculuk yöntemiyle çözülsün, seneye bu sayıları ikiye katlarız gibi düşünceler bizi olumsuz etkileyecektir. Dünyada böyle örnekler de zaten yok. Örneği Alman Tahkim Merkezi yavaş ama çok ciddi ilerleyen bir merkez. Geçen yıl merkezde çözülen uyuşmazlık sayısı ikiyüz civarında Biz tahkim merkezini kurduğumuz zaman her şeyin yavaş ilerleyeceğinin bilmek zorundayız. Bugünden yarına hemen çözümler beklememeliyiz. Bu projeyi sürekli olarak bilmemiz ve takip etmemiz gerekecek. Belki bir yirmi yıl sonra İstanbul Tahkim Merkezi'nde olumlu şeylerin yapılabildiğine inanacağız. İşte, sizin gibi değerli genç arkadaşlarımız bu konuda makale yazacak, orada çalışacak, belki görev alacaklar. Yurt dışından gelecekler, yurt dışından katılacaklar ve şunu söyleyecekler: Türkiye'de artık bir tahkim merkezi var ve iyi bir tahkim merkezi var. Bu biraz da yaptıklarımızla herhalde gerçekleşecek.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Ben de Sayın Pekcanitez'e bir soru sormak istiyorum.

Önce bir gözlemde bulunmak arzusundayım, o da tabii İstanbul'un bir finans merkezi ve bir tahkim merkezi olarak şimdiye kadar ciddi şekilde düşünülmemiş olması büyük eksiklik. Çünkü bulunduğu coğrafi konum ve artık imkânları sayesinde son derece ideal bir yerde, bütün bir kavşak noktası. Ben bir vesileyle bir tahkimde hakem olarak değil ama eksper olarak Amman Tahkim Merkezi'ne gittim Ürdün'e ve insanın inanası gelmiyor. Amman Ticaret Odası -demin sayarken Amman'ı unuttum- nasıl bir önem vermiş bu tahkim merkezi olmaya ve orada da hemen hemen on yıldır bu çabaları devam ediyor. Şimdi, bizim gittiğimiz dava 475 idi numarası, 1'den mi başladılar, bilmiyorum, herhalde o sayı toplam 475. Ki, bu yeni sayılabilecek bir tahkim merkezi için hiç de küçümsenecek bir rakam değil.

Keza, Kahire Ticaret Odası öyle, çok yüklendi. Bunlar devlet politikası hâline getirdiler. O itibarla İstanbul bakımından geç bile kalındı diye düşünüyorum.

Yalnız, aklıma şu soru geliyor, Sayın Pekcanitez'e soracağım: İstanbul Tahkim Merkezi kuruluyor da, bu arada İstanbul Ticaret Odası'nın ve TOBB'un tahkim yetkileri ne oluyor? Paralel şekilde onlar da muhafaza ediliyor mu, Tasarı ne öngörüyor bu konuda?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum.

Bunu aslında eksik bırakmıştım, sorunuz sayesinde tamamlama imkânım oldu.

Biz, açıkçası bu Kanun Tasarısı Taslağı'nda yasaklamanın doğru olmadığını düşündük. Almanya'da da çok ünlü bir tahkim merkezi var, ama bunun dışında her ticaret odasının 72 tane tahkim merkezi var. Ama zaman içinde bu tahkim merkezlerinin çoğu artık işlemez hâle gelmiş, bir kısmı bu tahkim işinden vazgeçmiş. Bu yüzden, eğer biz yasaklayıcı olsaydık belki bu kanunu hazırlarken: TOBB'u kapattık, İzmir Ticaret Odası'nın tahkimini kapattık, İstanbul'daki tahkimi kapattık deseydik tepki çekebilirdi. Bunların beraber yürümesi lazım. İstanbul Tahkim Merkezi bir taraftan gelişirken, belki İzmir Ticaret Odası da kendi tahkim kurallarını İzmir'de İzmir'in ihtiyaçlarına, belki daha küçük esnafa ya da yatırımcıya yönelik geliştirilebilir. Bunun yöresel olmasının daha da yararlı olabileceğini düşündük. Ne bileyim, bir Gaziantep'te, bir Kayseri'de ayrıca bir tahkim merkezinin kurulması ideal olabilir diye düşündük. Ama hani İstanbul'da tahkim merkezi kurduk, diğerleri de taşradır, onlara da hiçbir hak tanınmıyor şeklinde düşünülmedi. Onlar da, eğer isterlerse bu tahkim kurallarını daha çağdaş, daha gelişmiş hâle getirebilirler. Böylelikle belki tahkim merkezleri arasında güzel bir rekabet de oluşabilir. Ama bana göre zaten TOBB bu işin içinde olduğuna göre, bence buraya ağırlık vermesi sanki daha isabetli olur. Ama diğer ticaret odalarının kendi tahkim kurallarını geliştirmesi, tahkimin gelişimi bakımından doğru olacak diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK: Teşekkür ederim.

Sayın Pekcanitez'e ve Sayın Liebscher'e çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi, yemek molası veriyoruz, saat 14.00'te tekrar buluşmak ve ikinci oturumu başlatmak üzere.

Hepinize teşekkürler.

BİRİNCİ GÜN

15 Ekim 2010

İKİNCİ OTURUM

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Tebliğ Sunanlar

Anayasal Hak ve Hürriyetler ve Medenî Usûl
Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının
Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi

Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Arş. Gör. Dr. Müjgan TUNÇ-YÜCEL: İkinci oturumda konuşmalarını yapmak üzere, Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK ve Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK ile Oturum Başkanı Prof. Dr. Süha TANRIVER'i arz ediyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Oturum Başkanı): Değerli konuklar, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısının İkinci Oturumunu açıyorum.

Öğleden sonraki bu oturumda iki ayrı konuda iki ayrı akademisyen arkadaşımız tebliğ sunacak. Bu konulardan ilki, "Anayasal Hürriyetler ve Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk" konusudur. Bu konuyu, uzun yıllar, belki de ömrünün büyük bir çoğunluğunu alternatif uyuşmazlık çözümlerine âdeta adanmış durumda bulunan Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin değerli öğretim üyelerinden Yrd. Doç. Dr. Mustafa Özbek arkadaşımız size tebliğ olarak sunacak.

Buyurun Mustafa Bey.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

MUSTAFA
ÖZBEK'İN
KONUŞMASI

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Teşekkür ederim Hocam.

Kıymetli hocalarım, değerli meslektaşlarım; öncelikle hepinizi saygılarımla selamlıyorum.

Her şeyden evvel değerli Organizasyon Komitesindeki hocalarımıza, bizi her sene bir araya getirdikleri, böyle bir organizasyon için emek sarf ettikleri için teşekkürlerimi, şükranlarımı arz ediyorum.

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK**

ANAYASAL HAK VE HÜRRİYETLER İLE YARGILAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER IŞIĞINDA ARABULUCULUK

GİRİŞ

Arabuluculuk, bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak insanlık tarihi kadar eski olmasına karşılık, hukuk sistemiyle bütünleşmesi itibarıyla yeni bir yöntemdir. Bu sebeple çağdaş arabuluculuğun, sulh mahkemeleri ve hukuk hâkimlerinin tarafları sulha teşviki gibi geleneksel uyuşmazlık çözüm yollarından ayrılması gerekir.

Çağdaş arabuluculuk, 1970'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1980'li yıllarda Avustralya ve Birleşik Krallık'ta, 1990'lı yıllarda birçok kıta Avrupası ve Güney Afrika ülkesinde ivme kazanan ve günümüzde Avrupa Birliği hukukunun¹ temel çalışma konularından biri hâline gelen bir akımı temsil etmektedir. Çağdaş arabuluculuk denilince genelde kast edilen, "menfaat temelli" veya "kolaylaştırıcı" arabuluculuktur. Bu kapsamda arabuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişinin, iki veya daha fazla ihtilafli kişi arasındaki müzakereleri, onların menfaatleri ve ihtiyaçları doğrultusunda kolaylaştırdığı (yönettiği)

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Commission of the European Communities: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002, s. 6 vd.; Özbek, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBB 2007/68, s. 265-320), s. 266 vd. Ayrıca bkz. Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usûller Üzerine Yeşil Kitap (Çev. Evrim Erişir/Ceren Tekin) (MİHDER 2008/1, s. 131-165).

bir usûlü ifade eder². Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına (HUAKT) göre arabuluculuk, “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” dir (HUAKT m. 2, 1/a).

Uzlaşmaya dayalı bir uyuşmazlık çözümünü hedefleyen alternatif uyuşmazlık çözümü ve onun temel kurumsal yöntemi olan arabuluculuğun mukayeseli hukuktaki gelişimine paralel olarak, Türk hukukunda da son yıllarda arabuluculuğa yönelik

² Alexander, Nadja Marie: Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave (Global Trends in Mediation, Alphen aan den Rijn 2006, s. 1-36), s. 2; Brown, Henry/Marriott, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999, s. 127; Costello J., Edward: To mediate or not to mediate... (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, Vol. 7, s. 25-30), s. 25; Folberg, Jay/Taylor, Alison: Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984, s. 95; İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003, s. 88; Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009, s. 491-492; Özbek, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Selici’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 444; Özbek, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231), s. 189; Palmer, Michael/Roberts, Simon: Dispute Resolution, Alternative (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Vol. 1, Los Angeles 2007, s. 421-426), s. 421. Arabuluculuğun benzer tanımları için ayrıca bkz. Kovach, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004, s. 27; Kovach, Kimberlee K.: Mediation (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 304-317), s. 304; Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanağının İlam Niteliği (AÜEHFD 2004/3-4, s. 387-418), s. 390; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2009, s. 705; Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MIHDER 2005/2, s. 353-369), s. 358; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBB 2006/64, s. 151-177), s. 166; Tanrıver, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842), s. 828; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi (ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008 Ankara, s. 77-106), s. 78; Ware, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St Pauli 2001, s. 201.

ilgi artmıştır. Türk hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümü konusundaki çalışmalar sonunda “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı” hazırlanmış ve TBMM genel kurulunda kanunlaşma sürecine girmiştir. Ancak doktrinde de belirtildiği gibi, çağdaş arabuluculuğun Türk hukukçusu için yeni bir kavram olması, bazen doğru değerlendirilememesine ve haksız eleştirilere maruz kalmasına sebep olmuştur³. Sonuçta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hakkında yapılması gereken yapıcı tartışmalar, yerini ilgisiz birtakım eleştirilere bırakmış ve Tasarı, bu tartışmaların gölgesinde kalmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hakkında medyada yapılan bazı eleştiriler incelendiğinde, arabuluculuğun bazı hukuk çevrelerince yanlış anlaşıldığı ve hatta anlaşılmadığı müşahede edilmektedir. Örneğin arabuluculuğun yargıyı etkisiz hâle getirmeyi amaçladığı, yargıyı önemsiz gösterdiği, sanki bir mahkeme gibi arabulucunun uyuşmazlık hakkında bir “karar” verdiği, bu kararın yargı kararına denk olduğu, gayrimeşru güçlerin kanuna aykırı müdahalelerine zemin hazırladığı, toplumun farklı kesimlerinin kendi hukuklarıyla yargılanmasına yol açacağı, din görevlilerinin Mecelleye göre karar vermesinin önünü açacağı, arabulucunun vereceği kararın zorla uygulanacağı gibi, haksız ve arabuluculukla ilgisiz eleştiriler yapılmıştır⁴. Bunun sonucunda da, mevcut bilgi kirliliği yüzünden kamuoyu doğru bilgilendirilememiş, gerek hukuk camiasında gerek vatandaşlar arasında arabuluculuğun, “demokratik, lâik ve sosyal hukuk Devleti” ile bağdaşmadığı gibi bir izlenim ortaya çıkmıştır. Ancak konu yakından incelendiğinde, tüm bunların aslında bir ciddî bir yanılgıdan

³ Pekcanitez, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s. 247-264), s. 256.

⁴ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. Kılıç, Hasan: Ekonomik Gelişim Açısından Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları-Kurultay Konuşması (Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, C. IV, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara Barosu 2009, s. 133-137), s. 136; Kolcuoğlu, Kazım: “Açılış Konuşması” (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 7-13), s. 9-11.

ibaret olduğu, kamuoyunun yanlış yönlendirildiği, arabuluculuk konusunda yapıcı ve bilinçli görüşler üretmek ve arabuluculuk eğitimi, arabulucuların etik ilkeleri, online uyuşmazlık çözümü gibi güncel konular üzerinde çalışmak yerine kısır tartışmalarla zaman kaybedildiği ve müessesenin doğru değerlendirilemediği açıkça görülmektedir.

1. ARABULUCULUĞUN SOSYAL BARIŞI SAĞLAMASI

A) Devletin Sosyal Barışı Sağlama Vazifesi

Anayasanın ilgili hükümleri incelendiğinde, arabuluculuğun amaçları itibariyle, Anayasada devlete yüklenen vazifelerle tam bir uyum içinde olduğu görülmektedir. Anayasanın başlangıç kısmında; *“Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve ‘Yurtta sulh, cihanda sulh’ arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğuşu”* denilerek, tüm yurttaşların karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularını paylaştığı, sulh arzusuyla yaşadığı ve huzurlu bir hayat sürme talebinde bulunma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Başlangıçta belirtilen bu temel ilkeye uygun olarak, Anayasanın, “Cumhuriyetin Nitelikleri”nin sayıldığı 2. maddesinde şü hükme yer verilmiştir:

“MADDE 2 - Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”.

Görüldüğü gibi Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışına sahip, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Anayasadaki toplum barışı ve huzuruna yapılan bu vurgular, “Devletin Temel Amaç ve Görevleri”nin sayıldığı 5. maddesinde aynen sürdürülmüş ve şu hükümde teyit edilmiştir:

“MADDE 5 - Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”.

Anayasanın 5. maddesinde, başlangıçta belirtilen bu temel ilkeler ve 2. maddeyle paralel şekilde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmakla vazifelendirilmiştir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde devlete genel olarak yüklenen “toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama” görevi, bazı maddelerinde de özel olarak tekrarlanmıştır. Örneğin Anayasanın “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” hakkındaki 41. maddesinde, “Aile, Türk toplumunun temelidir” denildikten sonra, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilâtı kuracağı belirtilmiştir.

Anayasanın yukarıda zikredilen bu maddelerinden ortaya çıkan sonuç, devletin aslî vazifelerinden birinin, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak olduğudur. Devletin sosyal barışı sağlamak şeklinde özetlenebilecek olan bu vazifesini sağlamakta kullanabileceği çeşitli kamu hizmetleri vardır. Bu hizmetlerden birisi de, kuşkusuz adalet hizmetleridir. Klasik anlamda kamu hizmetlerinden biri olan adalet hizmetinin temel amaçlarından biri de, kendiliğinden hak almayı yasaklayarak sübjektif hakların gerçekleşmesini sağlamak suretiyle toplum barışını korumaktır. Adalet, kişinin

herkese hakkını vererek sosyal uyum ve barış içinde yaşamasını gerektirir⁵. Nitekim medenî usûl ve icra iflâs hukukunun amacı konusunda yapılan tartışmalar bir kenara bırakıldığında, doktrinde ileri sürülen görüşler, medenî usûl ve icra iflâs hukukunun amaçlarından birinin de (tâli dahi olsa) sosyal barışı sağlamak, toplumdaki hukuk düzenini ve hukuk barışını korumak olduğunda birleşmektedir⁶. Doktrinde bu husus şu şekilde vurgulanmaktadır:

“...medenî usûl normları sübjektif haklara yapılan tecavüzlerin ortadan kaldırılması veya bu tecavüzlere engel olunması için gerekli olan araçlardır. Medenî usûl normları yardımı ile hakkın varlığı veya yokluğu tesbit ettirilebilecek (tespit hükmü), hasmın bir ifaya mahkûmiyeti sağlanabilecek (eda davasında alınacak hüküm) veya yeni bir durumun elde edilmesi (kurucu hüküm) mümkün olabilecektir.

Böylece sübjektif bir hakkın ihlâli veya inkârı ile bozulan hukukî sükûn usûl normlarının uygulanması ile yeniden kurulacaktır. Medenî usûlün bu şekilde tesbit edilen amacı ihlâl edilen hukukî sükûnunun bir an evvel ve en kolay şekilde iade edilmesini de gerektirmektedir. Yani hukukî sükûnunun iadesi için sübjektif hakkın korunması amacının tabiatında, bu korumanın mümkün olduğu kadar çabuk ve kolay (ucuz) yapılması gerektiği yatmaktadır. Demek oluyor ki çabukluk ve kolaylık (ucuzluk) şeklinde ifade edilen usûl ekonomisi eşyanın tabiatında (Natur der Sache) var olan bir husustur”⁷.

⁵ Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 28.

⁶ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 5-6; Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 3-4; Aşık, İbrahim: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 18-19; Gaul, Hans Friedhelm: Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım) (İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 82-117), s. 100-101; Pekcanitez/Atalay/Özkeses s. 48-49; Taşpınar, Sema: Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Av.Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787), s. 765-766; Yıldırım, M. Kâmil: İhtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360), s. 356; Yılmaz, Ejder: Medenî Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 2010, s. 30-31.

⁷ Alangoya, Yavuz: Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler (MHAD 1969/5, s. 125-

B) Uyuşmazlıkların Dava Yoluyla Çözümünde Tatminkâr ve Kalıcı Çözümler Bulunamaması

İki kişinin olduğu her yerde uyuşmazlık olması kaçınılmazdır. Tek kişinin olduğu bir mekânda bile, kişinin iç uyuşmazlığının ortaya çıkması doğaldır. Dolayısıyla bir toplumda kişiler arasındaki uyuşmazlıkların doğması önlenemese de, bu uyuşmazlıkların dava konusu olmadan, taraflarca uzlaşmak suretiyle çözümü sağlanabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi, sosyal ilişkiler geliştikçe hukukî ilişkiler de çeşitlenmekte ve uyuşmazlıkların sayısı ve karmaşıklığı artmaktadır. Bu noktada cevaplanması gereken soru, uyuşmazlıkların kesin olarak çözümünü amaçlayan dava yolunun, tarafları tatmin edici bir çözüm bulmayı başarıp başaramayacağıdır⁸.

Hukuk yargılamasının, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, her iki tarafı da tatmin edecek şekilde, uyuşmazlığın doğal gelişim süreci içinde ferdî ve içtimaî ilişkileri zedelemeyen çözmesi beklenir. Doktrinde haklı olarak vurgulandığı gibi *“hukuk yargılamasının amacı, ‘adaletli karar vermek’ biçiminde özetlenebilir. Kararın adaletli olması ise, kararın taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin eder biçimde tümüyle ortadan kaldırmasının (diğer deyişle, ‘uyuşmazlığı sonsuza kadar yoketmesinin’) yanında ve ondan çok daha önemli olarak, toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması demektir. Bunun için ise, kararın maddî gerçekleri yansıtması ve yapılan yargılamanın ucuz, basit ve çabuk bir yargılama olması gerekir”*⁹.

Ancak uyuşmazlıkları kesin olarak çözmeyi amaçlayan hukuk yargılamasının, uyuşmazlıklara, tarafları tatmin edecek şekilde ve kalıcı çözümler bulmakta her zaman başarılı olduğu söylenemez¹⁰. Doktrinde işaret edildiği üzere, *“yargılama sonu-*

194), s. 171.

⁸ Brown/Marriott s. 2; Özbek s. 79 vd.; Ware s. 3.

⁹ Yılmaz-İslah s. 30-31.

¹⁰ Deren-Yıldırım, Nevhis: Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 81-96), 86.

cu, tarafları tatmin etmese (yani aslında karar taraflar arasında bozulan dengeyi her iki tarafı da tatmin edecek ölçüde yeniden kurmasa) bile, yargısal gerçeklik ve bağlayıcılık niteliği gereği taraflar bununla yetinmek zorunda kalacaklardır"¹¹. Hayat tecrübeleri, hukuk yargılamasının uyuşmazlıkları geleceğe yönelik olarak çözmekte yetersiz kaldığını; zira birçok davadan sonra yeni hukuk veya ceza davaları ile icra takiplerinin başlatıldığını göstermektedir. Üstelik bu durum, sadece tarafların dava sonunda verilen hükümden tatmin olmaması, hükmü kabullenememesi ve hükme itaat etmemesi sebebiyle değil, kimi zaman da hukuk yargılamasında "*davaların yeni davalar doğurması*"na yol açan yasal düzenlemeler yüzünden ortaya çıkmaktadır¹².

Esasen hukuk yargılamasının yapısı incelendiğinde, dava süreci sonunda her iki tarafın da tatmin olabileceğini söylemek çoğu zaman mümkün de değildir. Dava yolunun bünyesinde barındırdığı mücadelecilik ve çekişmeli süreç ve doğurduğu kazan-kaybet sonucu, bu yolun tatmin edici olma niteliğini sınırladığından¹³, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının arayışına girmek kaçınılmaz olmaktadır. Devletin tekelinde olan "yargı", dava konusu uyuşmazlıkları mahkemeler eliyle "yargılayarak" çözer. "Yargı", "yarmak" kökünden gelir. Her uyuşmazlık bir kördüğüm oluşturur. "Yargılama" ise, kördüğüm hâline gelen uyuşmazlığın "*kesilip atılması*", "*yargı ile yarılması*" anlamına gelir. Bu nedenle yargı mercilerinin, uyuşmazlığı taraflar bakımından kesip atan kararına "yargı" denilmiştir. Eski Türk Devletlerinde uyuşmazlıkları yargı yoluyla çözen, başka bir ifadeyle Devlet adına uyuşmazlıkları, "*yargı denilen kılıçla yaran*" kişilere "*yargıcı*"; bunların görevine, "*yargı yapma*" anlamına gelen "*yargılama*" denilmesinin sebebi de budur. Uyuşmazlığı taraflar bakımından çözen karar, yani "yargı", yarıcı

¹¹ Taşpınar s. 766.

¹² Bu tür bir dava tipolojisine örnek olarak, İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen ve sona ermesinden sonra yeni dava ve icra takiplerinin başlatılmasına sebep olan işe iade davaları gösterilebilir.

¹³ Menkel-Meadow, Carrie: Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR" (Florida State University Law Review 1991-1992, Vol. 19 s. 1-46), s. 6 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 707.

ve kesici bir âlete benzer ve İskender'in kördüğümü kılıcı ile yarıp kesmesini (çözmesini) anımsatır¹⁴. Uyuşmazlığı kesip (yarıp) atmak mahkemeler için zorunludur; zira mahkemeler, davaların sonsuza kadar sürmesini önlemek ve uyuşmazlıkları kesin olarak sona erdirmek suretiyle taraflar ve toplumun keskin hüküm ihtiyacını karşılar¹⁵.

İhtilafli taraflar arasındaki ilişkiler devamlılık arz eden ilişkilerse, bu ilişkiyi yargı yoluyla kesip atmak, tarafların birbirinden daha da kopmasına ve birbirine düşman olmasına yol açmaktadır. Oysa taraflar arasında bir aile ilişkisi veya ticarî ilişki olabilir ve bu tür ilişkilerin kopartılması değil, onarılması gerekir. Zira dava yoluyla uyuşmazlığa bağlayıcı bir çözüm bulunsa da, bu çözüm taraflar arasındaki gerginlik ve kutuplaşmayı artırdığından, müstakbel ilişkilerde ferdî barışı sağlamakta yetersiz kalmakta ve yeni uyuşmazlıkların doğmasına, müşterek çocuklar ya da iş ortakları gibi uyuşmazlık dışındaki kişilerin de ciddi zararlar görmesine sebep olmaktadır. Arabuluculuk gibi müzakereye dayalı uyuşmazlık çözüm yollarının üstünlüğü, süreklilik arz eden ilişkileri kesip atmak yerine, bu ilişkileri onararak çözmeye gayret etmesinden kaynaklanır¹⁶. “Uyuşmazlık çözümünde en kötü sulh en iyi davadan daha iyidir” özdeyişinin temelinde de bu gerçek yatmaktadır¹⁷.

Görüldüğü gibi, varlığı veya yokluğu iddia edilen hak veya hukukî ilişki konusundaki uyuşmazlık düğümünün, “yargı” adlı kılıçla yarılması, belli usûl kuralları çerçevesinde gerçekleşmekte ve yargılamada tarafların menfaatleri değil, maddî hukuktan kaynaklanan hakları esas alınmaktadır. Bu süreçte, tarafların menfaatlerine uygun çözümler geliştirilmesi amaçlanmamakta; maddî hukuka uygun bir karar vererek maddî

¹⁴ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 59, 136, 140; Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2005, s. 2.

¹⁵ Arslan s. 4-5.

¹⁶ Deren-Yıldırım-Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler s. 89; Özbek s. 224.

¹⁷ Pekcantez/Atalay/Özekes s. 38.

gerçeğe ulaşmaya çalışılmaktadır. Uyuşmazlığın yargı ile çözülmesi demek, taraflarca uyulması zorunlu şekilde çözülmesi demektir. Tarafların, görünürdeki uyuşmazlığın temelinde yatan menfaatleri nazara alınmadan verilen ve uymak (itaat etmek) zorunda oldukları (bağlayıcı) hüküm, kimi zaman davayı kazanan tarafı bile yeterince tatmin etmemektedir. Oysa uyuşmazlığın yargı ile çözülmesi tek seçenek değildir. Tam tersine uyuşmazlığın aslî çözüm yolu, yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarıdır ve tarafların müzakere veya arabuluculuk gibi yollarla uzlaşması mümkün olmazsa, mahkeme tarafından dava yoluyla çözülmesi gündeme gelir. Dolayısıyla uyuşmazlık çözümünde başvurulacak ilk çare her zaman arabuluculuk (alternatif uyuşmazlık çözümü), son çare dava yolu olmalıdır¹⁸. Dava yoluna hâkim olan mücadelecî yargılama anlayışına (*adversarial system of procedure*) tamamen zıt şekilde kazan-kazan (*win-win*) anlayışına dayanan arabuluculukta, kısa sürede her iki tarafın da kazançlı çıkacağı bir sonuca ulaşılması hedeflenir ve tarafların yasal haklarından ziyade menfaatleri üzerinde yoğunlaşılır¹⁹.

Hukuk yargılamasının hususiyetlerini nazara alarak yukarıda özetlenen amaçtan hareket edildiğinde, arabuluculuğun, Anayasada ısrarla belirtilen “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” şeklindeki temel ilkeye uygun olduğunu, hatta bu ilkenin bir gereği olarak devlet ve adalet sistemi tarafından desteklenmesi gerektiğini söylemek mümkündür. Arabuluculuğun aslî amacı mahkemelerin iş yükünü azaltmak değil; kişiler arasındaki uyuşmazlıkları dostane bir

¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 37, 48-49.

¹⁹ Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H./Cole, Sarah Rudolph: *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 2003, s. 6; Ildır-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 31 vd.; Kovach-Principles and Practice s. 4-7; Nolan-Haley, Jacqueline M.: *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul 2001, s. 4; Özbek, Mustafa: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış* (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 261-292), s. 262; Özekes, Muhammet: *Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi* (HPD 2006/7, s. 40-45), s. 42; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 705-706; Pekcanitez, Hakan: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (HPD 2005/12-16), s. 14.

usûlle, ilişkileri zedelemeyen ve yeniden şekillendirerek çözmek suretiyle, bozulan hukukî barışı ve toplumdaki uzlaşmayı tekrar tesis etmek, bozulan menfaat dengesini kurarak sosyal barışa (*social reconciliation*) katkıda bulunmaktadır²⁰. Dava sayısının azaltılması ise aslî amaç değil, arabuluculuğun olumlu sonuçlarından sadece biridir.

Nitekim Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde bu hususa, isabetli olarak şu şekilde dikkat çekilmiştir:

“Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin işi yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır”.

C) Sosyal Sorunlara Dava Yoluyla Çözüm Bulma Eğilimi ve Artan Dava Alışkanlığı

Hukuk yargılamasının sosyal barışı sağlamak ve hukuk barışını korumak şeklinde genel kabul gören amacı, 21. yüzyılda daha da önem kazanmıştır. Zira günümüzün sanayileşmiş ve bilgi teknolojisine dayalı çağdaş toplumlarında, uyuşmazlıklar giderek artmaktadır. Modern toplumda yaygın bir olgu hâline

²⁰ European Committee on Legal Co-Operation: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 23; Özbeke, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 234; Wilkinson, John H.: Advantages and Obstacles to ADR (Donovan Leisure Newton And Irvine ADR Practice Book, New York 1998, s. 11-29), s. 19.

gelen “*dava alışkanlığı*” (*litigiousness*), 17. yüzyıldan beri kullanılan bir kavram olup, dava açmaya aşırı düşkünlüğü ifade etmektedir. Latince *litigiosus* kelimesinden türeyen dava alışkanlığı, uyuşmazlıklarını mahkemeye taşımaya hevesli olan kavgacı kişileri tasvir etmektedir. Bu bağlamda dava alışkanlığı, kişilerdeki aşırı dava açma eğilim ve isteğidir.

Psikolojik düzeyde tanımlanabilen dava alışkanlığı, sosyal bir fenomen olarak hukuk sosyolojisinin kapsamına girmektedir. Bu sosyal fenomen, çağdaş batı toplumlarında “dava patlaması” (*litigation explosion*) ve hükmedilen tazminatların çok yüksek olmasından kaynaklanmaktadır. Çağdaş toplumlarda mahkemelere yönelik taleplerin, dava sayısındaki hızlı artışın ve yüksek miktarlı tazminatlar içeren mahkeme kararlarının genel bir eğilim olup olmadığı açık olmamakla beraber, yanlış tıbbî tedavi ve haksız fiillerden doğan tazminat davaları gibi bazı alanlarda, dava sayısında belirgin bir artış olduğu açıkça görülmektedir.

Toplumda görülen dava alışkanlığı, kişilerin günlük sorunlarına karşı gösterdikleri tepkinin bir sonucudur. Kişiler, bir anlaşmazlığın dava konusu olup olmayacağını ve olursa nasıl sonuçlanacağını genellikle merak ederler. Bir kişi dava açmayı göze aldığı anda, hukuk sistemini harekete geçirmiş olur (*legal mobilization, mobilisierung des rechts*). Doktrinde bu süreci açıklayan çeşitli görüşler, hak arayan kişilerin karar verme sürecini irdelemişlerdir. *Zemans* bu karar verme sürecini, “*hakkını öne süren bir kişinin zihnindeki arzunun somutlaşarak talebe dönüşmesi*” şeklinde tanımlamıştır²¹. Ancak dava açma kararı, hak arama isteğinin kendiliğinden ortaya çıkan bir sonucu değildir. Davaya giden yol üç aşamaya ayrılabilir ve bu aşamaların herhangi birinde talep sahibi, çeşitli nedenlerle dava hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Doktrinde *Felstiner*, *Abel* ve *Sarat* bu üç aşamayı, “adlandırma” (*naming*), “sorumlu tutma” (suçlama, *blaming*) ve “talep etme” (*claiming*) şeklinde sıralamıştır.

²¹ Aeken, Koen Van/Gibens, Steven/Franssen, Gerrit: *Civil Litigiousness* (Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives, Los Angeles 2007, s. 962-966), s. 962.

Buna göre, örneğin bir zarar ilk önce adlandırılmalı (tayin ve teşhis edilmeli), ikinci olarak zararın sorumluluğunun kime yükletileceği belirlenmeli ve üçüncü olarak zarar gören kişi, haksız fiilden sorumlu tuttuğu (suçladığı) kişinin zararını tazmin etmesini talep etmelidir²².

Kişilerin dava açma eğilimini belirleyen çeşitli etkenler vardır. Bu etkenler hukukî, sosyal ve ekonomik koşullara dayanır. Çağdaş toplumlarda iş bölümünün giderek artmasıyla, kişiler hayatlarının idamesi için birbirlerine daha fazla bağımlı hâle gelmiş ve böylece birbirlerinden karşılıklı beklentilere sahip olmuşlardır. Sosyal kontrol ve anlaşmazlık çözümünde aile, din adamları, komşu çevresi ve akil kişiler gibi geleneksel kişi ve kuruluşların oynadığı rol azaldıkça, kişiler beklentilerinin karşılanmasını sağlayacak diğer yolların arayışına girmiştir. Böylece sosyal ilişkiler, daha resmî ve hukukî olarak şekillenmiştir. Sonuçta çeşitli sorunlarla karşılaşan kişiler, hukukî anlaşmazlıklarının çözümü için mahkemelere daha fazla başvurur olmuştur. Bilim ve teknolojideki gelişmeler, bir yandan yeni ürün, fırsat ve risklerin (örneğin sağlık risklerinin) doğmasına yol açarken, diğer yandan, hukukî düzenleme ve sorumluluklar hakkındaki belirsizlikler, yeni davaları tahrik etmiştir. Kitle hâlindeki üretim ve tüketimiyle küreselleşen bir ekonomide teknik olarak ayıplı ürünler, çok sayıda kişiyi etkileyebilmektedir. Bu durum toplumu, karşılaştıkları sorunlara karşı daha hassas kılarak, yasal yollara ilişkin talebi artırmıştır.

Sosyal sorunların adlî sorunlara dönüşme sürecinde çeşitli etkenlerin katkısı olmuştur. Sosyal sorunların hukukî ihtiyaçlara, yasal taleplere ve davaya dönüşmesinde, her şeyden önce hak arama bilincinin yerleşmesi etkilidir. Hak arama bilinci, kişilerin eğitim düzeyine ve menfaat grupları (örneğin tüketici birlikleri veya ticaret odaları gibi), medya ve devlet tarafından

²² Felstiner, William L.F./Abel, Richard L./Sarat, Austin: The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming (Law and Society Review 1980-1981, Vol. 15, s. 631-654), s. 635; Şahin Ceylan, Şule: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009, s. 88-90.

yapılan bilgilendirmeye bağlı olarak artmaktadır. Dava yolu dışında kalan arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri topluma iyi bir şekilde tanıtılmazsa, kişiler dava yolundan kaçınmalarını sağlayacak farklı seçenekleri tercih etme imkânından mahrum kalacaklardır²³.

Dava alışkanlığı ve sosyal sorunlara dava yoluyla çözüm bulma eğilimi, kanun koyucunun politikalarından ve hukukçuların yaklaşımlarından da etkilenmektedir. Özellikle medenî usûl hukuku ve haksız fiil hukuku alanlarında yapılacak düzenlemeler, kişilerin dava açma yönündeki eğilimini olumlu veya olumsuz şekilde etkileyebilir. Örneğin yargılama giderlerinin düşük tutulması, daha fazla kişinin uyuşmazlık çözümünde dava yolunu tercih etmesine yol açacaktır. Yargılama harç ve giderleri düşük olur veya taraflar arasında paylaşılırsa, davanın kaybedilmesi hâlinde üstlenilecek malî risk düşük olacağından, bu durum dava eğilimini artıracaktır. Benzer şekilde, dar gelirli kişilerin adlî yardımdan yararlanma imkânı arttıkça veya hukuk sigortası sistemi geliştikçe, dava açmak kolaylaşacaktır. Ayrıca avukatlık ücretinin davada başarıya göre alınması veya davanın kaybı hâlinde avukatlık ücreti ödenmeyeceği ilkesinin (*the principle of no win no pay*) kabulü, dava açma isteğini tahrir edebilir.

Nihayet medenî usûl hukuku gibi maddî hukuk da, kişilerin dava eğilimini tetikleyebilir. Sosyal hayatın birçok alanında, mevzuat veya mahkeme kararlarıyla hukukî sorumluluğun (örneğin tüketici hukukunda ayıplı mal ve hizmetlere ilişkin üreticilerin sorumluluğunun, motorlu araç işletenlerde olduğu gibi tehlike sorumluluğunun veya meslekî sorumluluğun) kapsamı genişletildikçe, toplumun talepleri artmakta ve dava kültürü yayılmaktadır.

21. yüzyılda bazı toplumlar (örneğin Amerika Birleşik Devletleri), dava alışkanlığının yüksekliğiyle tanınmıştır. Popüler

²³ Aeken/Gibens/Franssen s. 963.

Amerikan gazeteleri ve medyası, bazı davaları öne çıkararak²⁴ toplumun dava yoluna ilgisini çekmiştir. Farklı hukuk sistemlerinde dava oranları üzerinde yapılan mukayeseli araştırmalar, dava alışkanlığı yüksek olan bir toplum olarak bilinen Amerika Birleşik Devletleri hakkında farklı bir gerçeği ortaya çıkarmıştır. Buna göre her 1000 Amerikalının 75'i dava açmıştır. Kişilerin dava eğilimi Almanya'da % 123, İsveç'te % 111 ve Avustralya'da % 96 olup, Amerika Birleşik Devletleri'nden daha yüksektir. Buna göre Amerikalıların dava eğiliminin diğer milletlerden daha yüksek olduğu yönündeki genel kanı, aslında bir yanılgıdan ibaret olup, belki de Amerika Birleşik Devletleri'nde her konuda dava açılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu konuda diğer bir marjinal örnek, dava alışkanlığı olmayan bir toplum olarak bilinen Japonya'dır. Japonya'da tahmini dava oranı % 9'dur. Sadece Çin, Hindistan, Tayland ve Paraguay gibi gelişmekte olan ülkelerde dava oranı düşüktür. Etiyopya % 2'lik dava oranıyla, dava eğilimi en düşük ülkedir. Avrupa ülkeleri ve diğer çağdaş ülkeler, genel olarak orta ve yüksek düzeyde dava oranına sahiptir. Dava alışkanlığına ilişkin ülkeler arasındaki farklılıklar açıklanırken, bu durumun ekonomik gelişme düzeyine, hukukî yapı ve kültür farklılığına ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının bulunmamasına bağlı olduğu vurgulanmaktadır²⁵.

Türkiye açısından konuya bakıldığında, 20. yüzyılın son çeyreğinde haberleşme ve ulaştırmanın gelişmesi, başta iletişim ve bilgisayar teknolojisi olmak üzere bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelerin hızlanması, ekonomik ilişkilerin karmaşıklaşması, tüketim eğiliminin yükselmesi, toplumda şehirleşmenin ve yabancılaşmanın artması uzlaşma kültürünün

²⁴ Örneğin üzerine kahve dökülmesi sonucu yanan Stella Liebeck'in McDonald'a karşı açtığı tazminat davası, üniversitelerde iyi ders vermeyen öğretim üyelerine karşı öğrencilerin açtığı davalar, tiyatronun koltukları dar olduğu için koltuğa oturamayan obez müşterinin tiyatroya karşı açtığı dava gibi.

²⁵ Aeken/Gibens/Franssen s. 964.

zayıflamasına yol açmış ve buna bağlı olarak da, kişiler arasındaki anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çözümünde dava yolu daha çok tercih edilir olmuştur²⁶. Sosyolojik değişim, hukukî ilişkilere de yansımış ve toplumda dava alışkanlığı artmıştır. Bu sebeple gerek adlî gerek idarî yargıda, ilk derece ve üst derece mahkemelerinde aşırı iş yükünden kaynaklanan bir kriz baş göstermiştir²⁷. Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün, 100.000 kişiye düşen hukuk davası sayısının bölgelere ve yıllara göre dağılımını gösteren verilerine göre, dava eğilimi 2000 yılında % 17.96, 2005 yılında % 20.29, 2006 yılında % 20.82, 2007 yılında % 21.35 ve 2008 yılında % 21.68 olmuştur²⁸. Hukuk mahkemelerinin iş yükünün mahkeme türüne göre dağılım oranına bakıldığında, ülkemizde hukuk mahkemelerinin 2008 yılındaki toplam dava sayısı 2.521.418 adettir. Bu davaların 900.625 adedi 2007 yılından 2008 yılına devretmiş, 1.572.467 adedi yıl içinde açılmış ve 48.326 adedi ise Yargıtaydan bozularak gelmiştir²⁹. Buna göre 2008 yılındaki toplam dava sayısının %62'sini, yeni açılan davalar oluşturmaktadır ki, bu oran da ülkemizdeki dava alışkanlığının yüksekliğini göstermektedir.

Dava alışkanlığının, toplum ve hukuk sistemine ciddi zararları vardır. Birinci olarak, talep ve uzlaşmazlık kültüründeki sürekli artış, yargı erki üzerindeki baskıyı artırmaktadır. Dünya genelinde, davaların gecikmesi nedeniyle yargı sisteminden şikâyetler görülmektedir³⁰. Alternatif uyuşmazlık çözümü, anlaşmazlıkların ortadan kaldırılması için harcanan zaman ve masrafları önemli ölçüde azaltabilir³¹.

²⁶ Konuralp, Halûk: 20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış (Yeni Türkiye 1996/10, s. 537-542), s. 537.

²⁷ Bu konudaki istatistikler için bkz. <http://www.adli-sicil.gov.tr/>

²⁸ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/hukuk/hukuk2.pdf

²⁹ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/hukuk/hukuk1.pdf

³⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure (Adrian A.S. Zuckerman ed.), Oxford 1999.

³¹ Konuralp, Halûk: Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2005/14, s. 65-79), s. 72.

İkinci olarak, bir tazminat kültürünün ortaya çıkması, ekonomiye ağır yük yükler. Örneğin Birleşik Krallık'ta 2002 yılında, tazminat taleplerinin sayısındaki artış yüzünden, ticarî işletmelerin ödediği sigorta primlerinde yaklaşık %50 oranında bir artış görülmüştür. Bu prim artışı, mal ve hizmet fiyatlarına dolaylı olarak yansıyor, tüketicilerin zarar görmesine yol açacaktır.

Son olarak, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı görüşler, sınır tanımayan bir talep kültürünün, belirli sektörlerde şirketlerin mal ve hizmet arzından vazgeçmesine yol açtığını ileri sürmektedir. Yerel yönetimler de sorumluluklarını sınırlamak amacıyla, bazı kamu hizmetlerinde kısıntıya gidebilmektedir. Dava açma tehdidi, gelişmeleri sınırlamakta ve sigorta şirketlerinin, belirli alanlardan (örneğin sağlık sektöründen) çekilmesine dahi sebep olmaktadır.

D) Dava Alışkanlığındaki Artışa Karşı Büyük Adliye Binalarının İnşa Edilmesi

Dava sayısının azaltılmasının iki temel yolu vardır. Bunlar, dava açma eğiliminin kırılması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesidir. Kişilerin dava açma isteğini azaltacak politikalar, dava açmayı zorlaştırarak veya daha az ödüllendirerek dava eğilimini sınırlandırmaya çalışmaktadır. Bu politikalar, davacının alabileceği tazminat miktarını sınırlayarak, cezaî tazminatları ve şarta bağlı avukatlık ücretlerini yasaklayarak uygulanmaktadır. Ancak bu tedbirler, hak arama hürriyetiyle bağdaşacak ölçüde benimsenmeli ve hak arama hürriyetini kısıtlamamalıdır.

Dava alışkanlığının azaltılması mahkemelerin iş yükünü hafifleteceğinden, yargının verimliliğinin ve etkililiğinin artırılmasına doğrudan katkı sağlayacaktır. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Yargı Reformu Stratejisinde, yargının verimliliğinin ve etkililiğinin artırılmasının önemine şu şekilde dikkat çekilmiştir:

“Adil, iyi ve hızlı işleyen, etkili ve verimli bir yargı sisteminin varlığı hukuk devleti olmanın önemli gereklerinden biridir. Bir yargı sistemine güven duyulması için de bu niteliklerin varlığı, olmazsa olmaz bir koşuldur”³².

Ülkemizde dava alışkanlığının artmasına karşı alınan tedbirlerden biri de, Türk yargısının alt yapısını güçlendirmek adına yeni ve modern adliye binalarının inşa edilmesi olmuş ve Yargı Reformu Stratejisinde, bu yöndeki çalışmaların kararlılıkla devam ettiği ifade edilmiştir. Yeni ve modern adliye binalarının inşa edilmesi amacı kapsamında, ülkemizin adliye saraylarına baktığımızda, gerçekten bu konuda büyük miktarda yatırımlar yapıldığı görülmektedir. Türkiye'nin zamanında en büyük adliyesi olarak inşa edilen 50.000 m² alanlı Ankara ve 105.000 m² alanlı İzmir Bayraklı adliyelerinin ardından İstanbul'da yeni inşa edilen adliyeler, “dünyanın ve Avrupa'nın en büyük adliyeleri” unvanını almıştır. Örneğin, 343.000 m² alanda 238.000.000-TL keşif bedeliyle inşa edilen ve günde yaklaşık 70.000 kişinin ziyaret etmesi beklenen İstanbul Çağlayan Adliyesi, Bayındırlık Bakanlığının en büyük keşif bedelli ihalesi olmuştur. Bunun gibi 350.000.000-TL'ye mal olacağı tahmin edilen Anadolu Yakası adliyesi, 360.000 m² kapalı alana ve 350 duruşma salonuna sahiptir. Dünyanın en büyük adliyesi olan Anadolu Yakası Adliyesinde yaklaşık 5.000 personel görev yapacak olup, adliyeye günde yaklaşık 100.000 kişinin giriş çıkış yapması beklenmektedir³³. Nihayet 328.544 m² alanda faaliyet gösteren Avrupa Yakası (Bakırköy) adliyesinin maliyeti 392.525.000-TL olmuştur³⁴. Adalet Bakanlığının öngörüsüne göre bu dev adliye saraylarının, 15-20 yıllık ihtiyaca cevap vermesi beklenmektedir³⁵.

Bilgisayar teknolojisinin yargı teşkilâtında etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayacak yeni ve modern adliye binaları

³² Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi, Ankara 2009, s. 14. Ayrıca bkz. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html>

³³ Adalet Bakanlığı: Adalet Bakanlığı Faaliyetleri, Ankara 2007, s. 53 vd.

³⁴ Adalet Bakanlığı-Adalet Bakanlığı Faaliyetleri s. 86.

³⁵ Adalet Bakanlığı-Adalet Bakanlığı Faaliyetleri s. 58.

nın inşa edilmesine, kuşkusuz hiç kimsenin bir itirazı olamaz. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, dünyanın en büyük adliyelerini inşa eder hâle gelmesi düşündürücü olduğu kadar ciddi bir tehlikenin ve sosyal çöküntünün de habercisidir. Türkiye Cumhuriyeti, nüfusu itibariyle dünyanın en kalabalık ülkesi olmadığı hâlde, uyuşmazlık sayısı itibariyle dünyanın en fazla uyuşmazlığına sahip, dava alışkanlığı yüksek olan ülkeleri arasına girmeyi başarmış ve bu yüzden dünyanın en büyük adliyelerini inşa etmek zorunda kalmıştır. Bir devletin “dünyanın en büyük ihracatçısı”, “bilgi ve eğitim yatırımcısı” gibi unvanları hak etmesi ne kadar memnuniyet vericiyse, “dünyanın en büyük adliyelerine sahip olması” da bir o kadar endişe vericidir. Dolayısıyla kanımca, vergi mükelleflerinin paraları yanlış yerlere kanalize edilmektedir. Dünyanın en büyük adliyelerini inşa etmek, uyuşmazlık sayısını azaltmayacaktır. Nitekim Ankara ve İzmir adliyeleri, inşa edildiği yıllarda dev adliye sarayları olarak yapılmış ve uzun yıllar şehrin adliye gereksinimini karşılayacağı plânlanmış olmasına rağmen, kısa süre sonra bu plânların gerçekçi olmadığı anlaşılmıştır. Halen Ankara ve İzmir adliyelerinde büyük bir yer sıkıntısı vardır. İhtiyacı karşılamayan bu adliyelere ek binaların arayışı içine girilmiştir³⁶.

Dev adliye sarayları, inşa edilmesinden sonraki işletme giderleri (elektrik, ısınma, su harcamaları, tadilat ve bakım giderleri gibi) ve yönetim sorunlarıyla vergi mükelleflerinin sırtında bir yük olarak varlığını sürdürmekte, oluşturduğu kalabalık yüzünden trafik ve alt yapı sorunlarıyla çevre için başka sorunlar doğurmakta ve hem Devlet hem yerel yönetimler için ayrı bir sorun yumağı hâline gelmektedir. Dev adliyeler ve ilk derece mahkemelerindeki artan iş yükü, üst mahkemele- rin de tıkanmasına ve yetersiz kalmasına yol açmaktadır. Dava alışkanlığını azaltılmadıkça, dev adliye binalarının sorunlara çözüm bulması beklenemez. Bu tür adliyeler, uyuşmazlıkları önlememekte, tam tersine daha da körüklemektedir. Dava dos-

³⁶ Örneğin İzmir’de, 39.302 m² kapalı alanlı Karşıyaka Adalet Sarayının yapılması için çalışmalar sürdürülmektedir.

yalarının sayısı, her yıl artarak (yıllık artış oranı ortalama %20'dir) devam etmektedir. Sonuçta artan iş yükü karşısında, uzun zaman geçmeden bu adliye binalarının da yetersiz kalması kaçınılmazdır. Bu sebeple, uyuşmazlık çözüm yolları konusunda yapılacak yatırımlar doğru yönlendirilmeli, “dünyanın en büyük adliyeleri” yerine “dünyanın en büyük uzlaşma merkezleri” inşa edilmeli, uyuşmazlıkların dava aşamasına gelmeden veya dava açılmışsa da yargılama yapılmadan önce çözülmesini sağlayacak usûller geliştirilmelidir.

Toplumdaki artan dava alışkanlığına çözüm bulmak için büyük adliye sarayları yapılması doğru bir yaklaşım olmayıp, doğrusu uyuşmazlıkların adliyeye taşınmasını önlemektir. Nitekim, uyuşmazlık çözümü alanında Osmanlı devletindeki model, Türkiye Cumhuriyeti için iyi bir örnek teşkil etmektedir. Osmanlı Devletinde tevzi edilmeyen (yerine getirilmeyen) adalet, adaletsizlik sayılmıştır. Osmanlı Devleti'nin hızlı yargıdaki şöhreti bütün dünyada bilinmektedir³⁷. Bu konuda *D'ohsson*; “iki veya üç celse nadirdir. Ekseri davalar, bir celsede hükme bağlanır” demektedir. *Ricault* ise, “En mühim davalar bir saat içinde hükme bağlanır. Hüküm derhal infaz edilir. Avrupa'da olduğu gibi hükmü geciktirecek oyunlardan hiçbiri tatbik edilmez” demektedir³⁸.

Osmanlı Devleti'nde uyuşmazlıklar, mahkemeye gitmeden aile meclisi, eşraftan zatlar, esnaf kethüdaları (sendika başkanları) tarafından çözülmüştür. Halkın yapısı ihtilaf çıkarmaya müsait olmamıştır.

Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi hukukumuzda da uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan çözülmesi esas olmalıdır. Maddî yatırımlar dava yoluna veya dev adliye saraylarına değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının öğretilmesi, yayılması ve geliştirilmesi için yapılmalıdır. Ülkemiz bu konudaki

³⁷ Kazasker mahkemesinde kararı bozulan kadı, çok kötü sicil almış sayılmış ve terfi imkanı kapanmıştır.

³⁸ <http://www.turkcebilgi.net/bilim/osmanli-tarihi/adliye-adli-teskilat-adalet-teskilati-31773.html>

adımları atmakta ve gerekli yatırımları yapmakta geç kalmıştır. Uzlaşma kültürünün topluma kazandırılması şarttır. Böylece sosyal barışa katkıda bulunulacak ve toplum uyumsuzluk çıkarmayan bir yapıya sahip kılınacak; ortaya çıkan uyumsuzluklarını da uzlaşmayla çözmeyi öğrenecektir. Toplumu oluşturan fertlerin, kendi uyumsuzluklarını uzlaşma yoluyla kendilerinin çözmeye ve her anlaşmazlığı mahkemelere taşımayarak adli birer sorun hâline getirmeme alışkanlığını küçük yaştan itibaren edinmeleri için, gerekli eğitim ve müfredat programları hazırlanmalıdır. Devlet, yargı organı eliyle, mahkemelere taşınan sorunların da dava yolundan önce, müzakere veya arabuluculuk gibi yöntemlerle çözülmesi için gereken yasal zemini oluşturmalı; hâkimler, savcılar ve avukatlar bu sistemin işlemesi için destek olmalıdır. Anayasanın devlete yüklediği, “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama” şeklindeki temel vazife ve hukuk yargılama usûlünün “sosyal barışı tesisi etme” şeklindeki yüksek gayesi, alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının geliştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

E) Arabuluculuğun Yargının Değil Dava Yolunun Alternatifi Olması

Müzakere, arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme ve tahkim gibi yöntemler, alternatif uyumsuzluk çözümü üst başlığı altında birleşmektedir. Alternatif uyumsuzluk çözüm yollarında yer alan “alternatif” kelimesiyle kastedilen, “dava yoluna seçimlik olarak kişilere sunulan uyumsuzluk çözüm yolları”dır. Alternatif uyumsuzluk çözüm yolları, mevcut yargı sistemiyle rekabet içinde olmayıp, yargı yolunun yerine geçmeyi amaçlamazlar. Nitekim Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde de isabetli olarak bu husus şu şekilde belirtilmiştir:

“Alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyumsuzlukların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır”.

Her ne kadar doktrinde, “mahkemelerce kullanılan yargı yetkisine alternatif bir yöntemi” çağrıştırmaları bakımından, gerekçede “alternatif uyuşmazlık çözümü”ne yer verilmesi eleştirilmişse de³⁹, arabuluculuğun niteliğini belirtmek amacıyla bunda bir sakınca görmemek gerekir. Zira bu yöntemlerde, organik veya şekli anlamda bir “yargılama faaliyeti” kesinlikle yapılmaz⁴⁰ ve mahkemenin yargı yetkisine alternatif bir çözüm arayışı bulunmaz. Arabuluculukta tarafları bağlayıcı bir karar verilmez, tahkikat ve yargılama yapılmaz; tanık dinlenmesi, yazılı delil ibrazı, keşif yapılması, bilirkişi incelemesi gibi delil inceleme ve değerlendirme faaliyeti olmaz. Arabulucu hâkim veya hakem olmadığından, dolaylı dahi olsa, yargı yetkisini kullanamaz⁴¹.

Arabuluculuğun, HUAKT m. 2’de yapılan tanımını incelendiğinde, bir yargılama faaliyeti olmadığı kolaylıkla anlaşılmaktadır. HUAKT m. 2, 1/a’da arabuluculuğun, ihtilaflı tarafların çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için, onlar arasındaki iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren bir arabulucunun katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de bu hususta şu bilgiye yer verilmiştir:

“...Bir başka ifade ile, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakerre ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümleri kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi

³⁹ Kuru, Baki: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler (MİHDER 2010/2, s. 237-246), s. 237.

⁴⁰ Arslan, Ramazan/Tanrıver, Süha: Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 2001, s. 35-36.

⁴¹ Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi (Prof.Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656), s. 651.

değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarfederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır”.

Görüldüğü gibi, yargıya başvurma yolunu kapatmayan çeşitli hukukî çözüm arayışlarının ve ikna yöntemlerinin önünün açılmasını amaçlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında arabulucu, gayriresmî uyuşmalık çözüm müzakerelerinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığa gene tarafların çözüm bulmasına yardımcı olur⁴². Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, “yargılamanın değil dava yolunun alternatifidir” ve uyuşmazlık çözümünde dava yolu yanında öngörülen, dava sürecine yardımcı olan yöntemleri ifade etmektedir. Anayasanın 9. maddesine göre “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerde kullanılır”. Yargı yolunda, uyuşmazlığı çözmekle görevli olan bağımsız mahkemeler, Anayasa tarafından kendilerine tanıyan yargı yetkisini Türk Milleti adına kullandığından, yargı yetkisinin temeli toplumsal anlaşmaya (*contrat sociale*) dayanır. Arabulucu sıfatıyla müzakereleri kolaylaştıran tarafsız üçüncü kişi ise yetkisini milletten değil, uyuşmazlığın taraflarından alır ve taraflarla yaptığı sözleşmeye göre karar verir. Arabulucu, niteliği gereği taraflardan bağımsız olsa da, milletten bir yargı yetkisi almaz. Devletin tekelinde olan yargı sisteminin mutlak egemenliğine hiçbir şey “alternatif” olamaz⁴³. Müzakere

⁴² Konuralp, Halûk: 75. Yılda Cumhuriyet Yargı Düzeninin Düşünsel ve Yapısal Kesiti Üzerine Bazı Gözlemler (Yeni Türkiye 1998/23-24, s. 3820-3825), s. 3824; Konuralp-Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları s. 71; Öztekin, Selçuk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”na İlişkin Görüş ve Eleştiriler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 15-34), s. 17.

⁴³ Özbek s. 136-137; Raftesath, Gerald I.: Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99), s. 92; Street, Laurence: The language of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1992/September, Vol. 1, s. 144-148), s. 144; Street, Laurence: Mediation and the judicial institution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1997, Vol. 6, s. 88-90), s. 88; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma

ve arabuluculuk gibi bazı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının dava sürecinin bir kesiti olarak düzenlenmesi de (örneğin mahkeme bağlantılı arabuluculuk⁴⁴), bu yöntemlerin tamamlayıcı bir işleve sahip olduğunu ve uyuşmazlıkların büyüyerek birer adli sorun hâline gelmeden önce çözülebilmesini amaçladığını göstermektedir⁴⁵. O hâlde yargının *sürrogatı* olmayan, dava yolunu kapatmayan, sadece dava yolu yerine başvuru seçimli yöntemlerden ibaret olan⁴⁶ alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru imkân tanınmalı ve bu yöntemler kamuoyuna tanıtılmalıdır.

Esasında uyuşmazlıkların mücadelecî dava süreciyle değil uzlaşmayla çözülmesi, Türk hukukunun eskiden beri bildiği bir yöntemdir. Nitekim sulh mahkemelerinin kurulma gayesi, uyuşmazlıkların sulh (uzlaşma) yoluyla çözülmesini sağlamak olup, sulh mahkemelerinin aslî işlevi, ihtilafî tarafları uzlaştırmaktır. Sulh ve asliye hukuk mahkemeleri arasındaki tarihi misyon farklılığı, sulh mahkemelerinin ferdî ve içtimâî sulhü tesisi etmeyi amaçlamış olmasından kaynaklanmaktadır. Buna mukabil, zamanla bu iki mahkeme arasındaki amaç farklılığı kaybolmuş, her iki mahkeme de yargılama yapan bir hüviyete bürünmüş, sulh ve asliye mahkemelerinde farklı yargılama usûlleri (basit ve yazılı yargılama usûlü) uygulanmasına rağ-

Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2025-2036), s. 2029. Karş. Balkar, Süheylâ: Online Tahkim (GSÜHFD, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 463-497), s. 465, dn. 6.

⁴⁴ Mahkeme bağlantılı arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. Niemic, Robert J./Stienstra, Donna/Ravitz, Randall E.: Guide to Judicial Management of Cases in ADR, Federal Judicial Center 2001, s. 93 vd.; Özbek s. 260 vd.; Plapinger, Elizabeth/Stienstra, Donna: ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers, Federal Judicial Center and CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 72 vd.

⁴⁵ Twining, William: Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics (The Modern Law Review 1993, Vol. 56, s. 380-392), s. 382; Yıldırım-Ihtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi s. 338; Yıldırım, M. Kâmil: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul 2008, s. 35-80), s. 36; Deren-Yıldırım-Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler s. 83.

⁴⁶ Aeken/Gibens/Franssen s. 965.

men, uygulamada yargılama usûlleri arasındaki farklılık da belirgin olmaktan uzaklaşmış ve mevcut ayırım, sadece basit bir görev ayırımına (5235 s.K. m. 4-6; HUMK m. 8) dönüşmüştür⁴⁷. Özel olarak sulh hâkiminin⁴⁸ ve daha genel olarak diğer genel ve özel mahkemelerdeki hâkimlerin⁴⁹ uzlaştırma işlevini kaybetmesi⁵⁰ sadece mahkemelerin iş yükünü artırmakla kalmamış, asliye ve sulh mahkemeleri arasındaki görev ayırımının doktrinde haklı olarak sorgulanmasına da sebep olmuştur⁵¹.

2. ADALETE ERİŞİM HAKKI GEREĞİNCE ARABULUCULUĞA BAŞVURU İMKÂNININ TANINMASI

Adalet erişim hakkı, kaynağını Anayasa'da bulan bir haktır. Adalet erişim hakkının dayanağı, Anayasanın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti olmayıp, Anayasanın 2. maddesindeki "sosyal devlet ilkesi"dir. Çünkü hak arama hürriyeti sadece, adalete erişim hakkının unsurlarından biri olan "mahkemelere erişim hakkı"nın dayanağıdır. Oysa adalete erişim hakkı bundan daha geniş bir kavramdır⁵².

⁴⁷ Özbek, Selçuk: Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri (Yeni Türkiye 1996/10, s. 494-501), s. 496; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine (AÜHFD 2000/1-4, s.67-83), s. 68.

⁴⁸ Örneğin bkz. HUMK'un mülga 494 ilâ 499. maddeleri.

⁴⁹ Örneğin HUMK m. 213, 1'e göre genel mahkeme hâkiminin, İş Mahkemeleri Kanunu m. 7, 1'e göre iş mahkemesi hâkiminin ve Aile Mahkemeleri Kanunu m. 7, 1'e göre aile mahkemesi hâkiminin.

⁵⁰ Hâkimin yargılama sırasında tarafları sulhe teşviki ve uzlaştırma işlevi konusunda geniş bilgi için bkz. The Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, 1st European Conference of Judges, 24 and 25 November 2003, Strasbourg, Council of Europe 2005.

⁵¹ Kuru, Baki: Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (İBD 1984/4-6, s.166-185), s. 179; Tanrıver, Süha: Adliye Mahkemeleri ile Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 53-57), s. 54; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargılama Usûlü Kanun Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler (Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 71-75), s. 72-73; Yılmaz, Ejder: Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye 1996/10, s. 470-493), s. 477; Yılmaz, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76), s. 60-61.

⁵² Özbek s. 641.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş ve Anayasanın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevi olarak sayılmıştır.

Anayasamızda açıkça ifade edildiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir devlettir. Sosyal devlet (refah devleti, *sozialstaat*, *welfare state*, *Etat providence*) doktrinde, “*devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış*” olarak tanımlanmaktadır⁵³. Böylece sosyal devlet, kişilere sadece klâsik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda herkese insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat seviyesi sunmayı ve bunun için zarurî olan maddî ihtiyaçları karşılamayı vazife bilir⁵⁴. Sosyal devlet çok yönlü siyasal bir kavram olup, kişilerin sosyal durumlarını iyileştirmeyi, sosyal adaleti sağlamayı, kişilere insanca bir yaşayış düzeni ve sosyal güvenlik hakkı sağlamayı, ekonomik-sosyal bakımdan zayıf kesimleri korumayı ve sosyal kutuplaşmayı önlemeyi kendisi için ödev bilir⁵⁵. Sosyal devlet, bir yandan adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişilere fırsat eşitliği sağlarken, diğer yandan taraflar arasında ekonomik bir denge kurmalı ve bu dengeyi yargılamanın sonuna kadar korumalıdır⁵⁶. Sosyal devlet, çok sayıda kamu hizmeti, idarî işlem

⁵³ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2000, s. 124.

⁵⁴ Özbudun s. 130; Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 94.

⁵⁵ Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s. 155, 160-162; Gözübüyük, A.Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku, C. 1 Genel Esaslar, Ankara 2010, s. 49-50; Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 95. Ayrıca bkz. Akad, Mehmet: Teori ve Uygulama Açısından Sosyal Güvenlik Hakkı, İstanbul 1992; Göze, Ayferi: Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul 1976; Göze, Ayferi: Liberal Marxiste, Faşist, Sosyal Devlet Sistemleri, İstanbul 1995; Grey, Thomas C.: Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice (Stanford Law Review 1976, Vol. 28, s. 877-902); Tan, Turgut: Anayasa Yargısı, Anayasal Ekonomik Düzen, C. 7, Ankara 1990, s.161-178; Tanör, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978; Türk, Hikmet Sami: Sosyal Hukuk Devleti (Halkevleri Dergisi 1974/91, s. 5-13).

⁵⁶ Taşkın, Âlim: Adli Yardımın İşlevi ve Yardım Giderlerinin Geri Alınma

ve eylemlerle muhatap olan kişilere adil ve hukuka uygun davranılmasını sağladığı için, hukuk devleti ile de bağlantılıdır⁵⁷.

Sosyal devlet ilkesi kişilere, devlete olumlu edimler yükleyen bazı sosyal haklar bahşetmektedir. Kuşkusuz devlet, “sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” (Anayasa m. 65). Kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı amaç edinen devlet (Anayasa m. 5), bu kapsamda adalete erişim hakkının önündeki engelleri de kaldırmalıdır. Esasları yukarıda özetlenen sosyal devletin, hukuk yargılama usûlüne önemli etkileri vardır⁵⁸. Bu etkiler kapsamında, adalete erişimin kolaylaştırılması sosyal devletin amaçları arasında yer almaktadır.

Adalete erişim krizi, sanayileşmiş devletlerde küçümsenemeyecek bir sorundur. Bu krizin aşılması amacıyla geliştirilen adalete erişim akımı (*access to justice movement*), üç temel dalgadan müteşekkildir. 1960'lı yıllarda başlayan birinci dalga, bilgiye erişim ve avukatla temsil imkânından mahrum kalma gibi, adalete erişimin önündeki ekonomik engelleri ortadan kaldıracak hukukî kurumlara yoğunlaşmış ve adli yardımı (*legal aid*) öne çıkarmıştır. Bu dalga ile, yerel hukuk büroları (*neighborhood law offices*) uygulamasına başlanmıştır. İngiltere, Fransa ve Almanya gibi ülkelerde ortaya çıkan “*judicare*” sistemiyle, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan maaşlı personel olarak görev yapan avukatlık sisteminin birleştirilmesi sonucunda, karma adli yardım sistemleri oluşturulmuştur⁵⁹.

Zamanı (TBBD 1999/3, s. 831-854), s. 835.

⁵⁷ Jones, Harry W.: The Rule of Law and the Welfare State (Columbia Law Review 1958, Vol. 58, s. 143-156), s. 156.

⁵⁸ Alangoya, Yavuz: Anayasa'nın Medenî Usûl Hukuku'na Etkisi (MHB 1981/2, s. 1-4), s. 4.

⁵⁹ Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice and the Welfare State: An Introduction (Access to Justice and the Welfare State, European University Institute 1981, s. 1-24), s. 8.

1970'li yılların başında başlayan ikinci dalga kurumsal engelleri gündeme getirmiş ve hukuk yargılama usûlünde küçük talepler yargılama usûlü (*small claims track*), tahkikat kurallarındaki değişiklikler ve hukuk sigortası gibi yeniliklerin benimsenmesine sebep olmuştur. Keza bu dalga, sınıf davalarının⁶⁰ (*class actions*) kabulü suretiyle, grup hak ve menfaatlerinin kolektif korunması fikrini güçlendirmiştir. Kolektif menfaatlerin hukukî temsiline tüketiciler ve çevreciler gibi toplu menfaat gruplarına da teşmil edilebilmesi için, vakıflarca desteklenen, kamu menfaatini koruyan hukuk büroları (*public interest law firms*) kurulmuştur⁶¹. Kuzey Amerika ve Avrupa'da, tüketiciler ve çevreciler gibi müşterek menfaatler etrafında birleşen; fakat hiç ya da yeterince temsil edilmeyen grupların menfaatlerinin korunmasına yönelik yöntemler oluşturulmuş, böylece yeni sosyal ihtiyaçlara cevap verebilecek bir dava çeşidi olan sınıf davaları geliştirilmiştir⁶².

1970'li yılların sonunda başlayan üçüncü dalgada ise, adalet sistemindeki aksaklıklara çözüm bulunabilmesi amacıyla gerçekleştirilen adalete erişim reformları kapsamında, halkın hukukî bilgilere erişiminin kolaylaştırılması ve bilgilendirilmesi üzerinde çalışılmış, hukuk dilinin sadeleştirilmesi ve kanunî düzenlemelerin basitleştirilmesi amaçlanmıştır⁶³. Bu dalga, tarafların adalete erişimi için sunulan geleneksel dava yolunun yetersizliğinden yola çıkarak, alternatif uyuşmazlık çözümünü ve özellikle arabuluculuğu ortaya çıkarmıştır⁶⁴. Bu

⁶⁰ Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 206 vd.; Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009, s. 69 vd.

⁶¹ Cappelletti/Garth-Welfare State s. 2.

⁶² Cappelletti/Garth-Welfare State s. 11.

⁶³ Macdonald, Roderick A.: Access to Justice in Canada Today: Scope, Scale and Ambitions (Access to Justice for a New Century: The Way Forward, Toronto 2005, s. 19-112), s. 22.

⁶⁴ Alexander s. 5; Cappelletti/Garth-Welfare State s. 15; Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant G.: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI, Civil Procedure, Chapter 1, Introduction-Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, Boston 1987, s. 65 vd.; Cappelletti, Mauro/Garth, Bryant: Access to Justice: The Newest Wave in the World-Wide Movement to Make Rights Effective (Buffalo Law Review 1978, Vol. 27, s. 181-292), s. 183 vd.; Cappelletti, Mauro: Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement (The Modern Law Review 1993/May, Vol. 56, s. 282-296), s. 285 vd.; Öz-

doğrultuda Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinde (2008/52/EC) adalete erişimin, kişilerin sadece mahkemelere ve yargı yoluna değil, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimini de içerdiği şu şekilde belirtilmiştir:

“(5) Avrupa Birliğinin özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasının bir parçası olarak, adalete daha iyi erişimi güvence altına almak amacı, yargı yolu kadar yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de kapsamalıdır. Bu Yönerge, özellikle arabuluculuk hizmetlerine erişim konularında, iç pazarın uygun işleyişine katkıda bulunmalıdır”⁶⁵.

Aynı düşünceler Yargı Reformu Stratejisinde de dile getirilmiş ve “adalete erişimin kolaylaştırılması” başlığı altında, ülkemizde adalete erişimin, Anayasada anlamını bulan hak arama hürriyeti ve sosyal hukuk devleti kavramı ile güvence altına alındığı; bu kapsamda, adalete erişimin kolaylaştırılması için zorunlu müdafilik, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuk davalarında adli yardım gibi müesseseler geliştirildiği ifade edilmiştir⁶⁶.

Nihayet Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının (HMKT) genel gerekçesinde, kişilerin adalete erişim hakkının doğal sonucu olan etkin hukukî koruma ihtiyacı ve talebine⁶⁷ şu şekilde yer verilmiştir: *“Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî koruma talebi için artık günümüzde, ‘etkin hukukî koruma’ ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın ola-*

bek, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkarıldığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162), s. 123 vd.; Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (MİHDER 2006/2, s. 907-927), s. 909 vd.

⁶⁵ Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004, s. 7; Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (OJ L 136, 24.5.2008, s. 3-8). Yönergenin tercümesi için bkz. Özbek s. 939-947.

⁶⁶ Adalet Bakanlığı-Yargı Reformu Stratejisi s. 35.

⁶⁷ Akkan, Mine: Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma (MİHDER 2007/1, s. 29-68), s. 29 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 41-43.

rak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur⁶⁸.

Bu düzenlemeler ışığında, sosyal devletin amaçlarından birinin de sosyal adaleti sağlamak ve adalete erişim hakkını sınırlayan engelleri kaldırmak olduğu dikkate alındığında, arabuluculuğu geliştirmenin, sosyal devlet ilkesinin amacıyla bağdaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Sosyal devlet, kişilere uyumsuzluklarını sadece dava yoluyla değil, arabuluculuk gibi alternatif uyumsuzluk çözüm yollarıyla da çözüme imkânını sunmalı ve bunların etkin şekilde kullanılmasına yönelik tedbirleri almalıdır⁶⁹.

3. ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA HÜRRİYETİNİ KISITLAMAMASI

Anayasanın 36. maddesinde, “*Hak Arama Hürriyeti*” şu şekilde düzenlenmiştir:

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”.

Anayasa mahkemesi, hak arama hürriyetinin önemine şu şekilde dikkat çekmiştir: “*Anayasa'nın ‘Hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. ‘Sav ve savunma hakkı’ birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama*

⁶⁸ Adalet Bakanlığı: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2006, s. 151; Budak, Ali Cem: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu ve Alman Medenî Usûl Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, İstanbul 2010, s. 19.

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 43-44.

özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle **insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir.** Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanaktan kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, **hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşamaz**⁷⁰.

Arabuluculuk, gönüllü olması, sürece başvuruda, devam etmekte veya sonuçta alınan karara uymakta her iki tarafın da karşılıklı rızasını gerektirmesi ve taraflar uzlaşmak istemediği takdirde dava yolunu kapatmaması sebebiyle, hak arama hürriyetini kısıtlamaz. Bazı mukayeseli hukuk sistemlerinde başvurunun zorunlu olduğu mahkeme bağlantılı arabuluculukta dahi, taraflar istedikleri zaman, karşı tarafın veya arabulucunun iznine gerek olmadan arabuluculuk müzakerelerini terk edebildiklerinden, hak arama hürriyetine bir aykırılık bulunmaz. Arabuluculukta uyuşmazlığın çözülüp çözülmeyeceğine ve uzlaşma koşullarının ne olacağına sadece taraflar serbest iradeleriyle karar verirler⁷¹.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi 19.09.1991, 2/30 (RG 16.09.1992, Sa. 21347).

⁷¹ Raftesath, Gerald I.: Solutions-not rights: the objective of alternative dispute resolution (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1996/June, s. 91-99), s. 93.

Arabuluculuğa temel özelliğini veren gönüllülük ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuğa hem başvurmak hem de arabuluculuğun sonucuna uymak tarafların isteğine bağlıdır. Bu nedenle arabuluculuğa başvurulması, tarafların dava yoluna gitmesini engellemez. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaya taraflarca uyulmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder⁷² ve taraflar arabuluculuk sonunda anlaşma yapmayarak dava yoluna başvurabilir⁷³.

HUAKT m. 3, 1'de, "*iradî olma ve eşitlik*" başlığı altında arabuluculuğun gönüllü olma esası korunmuştur. Bu maddeye göre, "*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler*". HUAKT m. 3, 1'in madde gerekçesinde arabuluculuğun gönüllü olmasının, bu yolun başarısı için gerekli olduğu ifade edilerek, tarafların uzlaşmaları için teşvik edilebileceği; ancak zorlanamayacağı belirtilmiştir. Tasarıda tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamanın, herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana getireceği ve gönülsüz yapılan bir anlaşmanın kalıcı olmayacağı haklı olarak vurgulanmıştır. Buna göre taraflar, arabuluculuk sonunda, uyumsuzluğu tamamen veya kısmen çözen bir anlaşmaya varabilecekleri gibi, arabuluculuğu uzlaşmadan da sonuçlandırabilirler. Uzlaşmama hâlinde, tarafların dava yoluna başvurma hakları saklıdır.

HUAKT m. 2'nin gerekçesinde vurgulandığı gibi, gönüllülük ilkesi uyarınca arabulucu, "*tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen*

⁷² Ancak arabuluculuk sonunda gönüllü bir anlaşma yapıldığı için, bu anlaşmaya uyulma oranı, dava yoluyla mahkemece dikte edilen çözümlere uyma oranından daha yüksektir. Dava sonunda alınan hüküm genelde gönüllü olarak yerine getirilmediğinden, alacaklı ilâmlı icraya (İİK m. 24 vd.) başvurmak zorunda kalmakta; oysa arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma, cebri icraya başvurmaya gerek kalmadan çoğunlukla yerine getirilmektedir.

⁷³ İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü (75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385-401), s. 397.

çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir”.

Doktrinde, bir görüş arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması gerektiğini savunurken⁷⁴, diğer görüş, gönüllülüğe dayalı sistemi desteklemekte, hak arama hürriyetine aykırılık olabileceği ve yargılamanın uzayabileceği mülâhazalarıyla zorunluluğa karşı çıkmaktadır⁷⁵. Gönüllü arabuluculuk, uzlaşma kültürünün yaygın ve arabuluculuğa başvurma alışkanlığının olduğu toplumlarda başarılı olur. Buna karşılık dava alışkanlığının yaygın olduğu toplumlarda gönüllü arabuluculuğun başarılı olması çok güçtür. Arabuluculuğun bilinmediği toplumlarda, başlangıçta tarafların arabuluculuk sürecine katılmaya zorlanması, bu yolun yaygınlaşmasını ve tanınmasını sağlayacak, böylece taraflar ve avukatlar bu konuyu öğrenecektir. Bu sayede, arabuluculuğa başvurma alışkanlığı zamanla artacak, uyuşmazlık çıktığında ilk önce arabuluculuğa yönelmek doğal bir davranış tarzı hâline gelecek ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda, arabuluculuğa gönüllü katılım oranı yükselecektir⁷⁶. Bu sebeple ülkemizde belli bir geçiş döneminde (örneğin HUAKT'nın yasalaşmasından itibaren 10 yıl süreyle), ceza uyuşmazlıklarındaki uzlaşmada (CMK m. 253) olduğu gibi, miktar veya değeri belli tutarın altındaki malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, arabuluculuğa uygun olduğu belirlenen diğer bazı dava türlerinde (örneğin kira sözleşmesinden, tüketici uyuşmazlıklarından veya Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan davalarda) zorunlu arabuluculuk modelinin benimsenmesi daha yararlı olabilir⁷⁷.

⁷⁴ Kuru-Görüş ve Öneriler s. 239.

⁷⁵ Pekcanitez-Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı s. 254; Tanrıver-Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı s. 639; Yıldırım-İhtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi s. 355.

⁷⁶ Özbek s. 351-352.

⁷⁷ Yıldırım-İhtilâfların Mahkeme Dışı Usûllerle Çözülmesi s. 358.

Arabuluculuğa başvuru ister gönüllü ister zorunlu olsun, arabuluculuk sonunda dava yolunun daima açık olması sebebiyle, arabuluculuk hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkına aykırı değildir⁷⁸. Nitekim Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesinin, arabuluculuğa başvurulmasını düzenleyen 5.2. maddesinde bu hususta şu hükme yer verilmiştir:

“Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez”.

Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesine ilişkin olarak verdiği iptal kararında⁷⁹, gönüllülük ilkesine uyulması şartıyla alternatif uyuşmazlık çözümünün, hak arama hürriyetini kısıtlamayacağını şu şekilde ifade etmiştir:

*“Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz’ denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. **Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sü-***

⁷⁸ Golann, Dwight: Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues (Oregon Law Review 1989, Vol. 68, s. 487-568), s. 497 vd.

⁷⁹ Özbay, İbrahim: Avukatlık Kanunu m. 167 Hükümünün İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme (AYMK, E. 2003/98, K. 2004/31, K. 3.3.2004) (Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 946-962), s. 947 vd.

rede çözmek üzere **baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir.** Ancak bu aşamadan sonra **kararı benimsemeyen tarafa ilk derece ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlemesi gerekir.** Ayrıca **hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usûl ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlemesi de zorunludur.**-İtiraz konusu kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir"⁸⁰.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinin beşinci ve son fıkralarının, Anayasanın 9 ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemini reddeden kararında da, alternatif uyuşmazlık çözümünü şu şekilde desteklemiştir:

“Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek 'Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.' denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kurulların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerler altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi 03.03.2004, 98/31 (RG 10.7.2004, Sa. 25518).

tutulmuştur. -Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değerler altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İFLÂS Kanunu'nun ilâmların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getirileceğinin öngörülmesi, **bu kararların ilâm niteliğinde olduğunu değil ilâmlar gibi infaz olunacağını göstermekte ve ilâmların yerine getirilmesi usûlüne ait bir kural koymaktadır.** Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez. -Açıklanan nedenlerle İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir"⁸¹.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararları değerlendirildiğinde, doktrinde haklı olarak tespit edildiği gibi, "dünyadaki alternatif uyuşmazlık çözümünün geliştirilmesi düşüncesinden yana olduğu anlaşılmaktadır. Bu husus, alternatif uyuşmazlık çözümü anlayışı adına sevindiricidir ve ilerisi için umutvericidir"⁸².

Doktrinde, HUAKT m. 5'te, gizlilik ilkesinin bir gereği olarak, arabuluculuk müzakereleri sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin daha sonra yargılamada delil olarak kullanılmayacağına ilişkin hükmün, hak arama hürriyetine aykırı olacağı ileri sürülmüşse de⁸³, bu düzenlemede hak arama hürriyetine herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira, gizlilik ilkesi, arabuluculuk yoluna başvuru uyuşmazlığın çözülememesi ve uyuşmazlık hakkında daha sonra doğrudan veya dolaylı bir yargılama yapılması hâlinde, uzlaşma müzakerelerinin içeriği ile müzakerelerde kullanılan bilgi ve belgelerin gizli kalmasını gerektirir. Delil ve tanıklık yasağı, gizlilik ilkesinin bir tamamlayıcısıdır⁸⁴.

HUAKT m. 5'te, tarafların tüm delillerinin gizlilik kapsamında olduğu ve delil yasağına gireceği öngörülmemiştir. Haddizatında taraflar, arabuluculuk müzakerelerinde tüm delillerini sunmayacaklardır; zira arabuluculuk bir yargılama

⁸¹ Anayasa Mahkemesi 20.03.2008, 78/84 (RG 01.07.2008, Sa. 26923).

⁸² Yılmaz, Ejder: Avukatlık Ücretinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 361-383), s. 382.

⁸³ Kuru-Görüş ve Öneriler s. 240-241.

⁸⁴ Özbek s. 503-512.

faaliyeti değil, uzlaşma faaliyetidir ve arabulucu da yargılama yetkisi kullanan bir hâkim veya hakem değil, sadece müzakere hünerlerini kullanarak müzakereleri kolaylaştıran tarafsız üçüncü kişidir. Arabulucu, tarafların delillerini dikkate almadan müzakereleri kolaylaştırır. Uzlaşma sürecinde haklı ve haksız arayışı olmadığından, delil ikamesi ve değerlendirilmesi faaliyeti yapılmaz. Dolayısıyla arabuluculuk müzakerelerinde, kural olarak delil ibrazı söz konusu olmaz. HUAKT m. 5'te bu mülâhazalarla, tarafların ellerindeki tüm deliller değil, sadece dört bent hâlinde sayılan beyan ve belgelerin yargılamada delil olarak kullanılmayacağı ve bu konuda tanıklık yapılamayacağı öngörülmüştür. Bu kapsamda, tarafların arabuluculuk daveti, arabuluculuğa katılma isteği, arabuluculuk müzakereleri sırasında taraflarca ileri sürülen görüş, öneri ve teklifler ile herhangi bir vakıa veya iddianın kabulüne yönelik beyanlar ve sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler delil yasağı kapsamındadır. Bu sebeple, tarafların uyuşmazlık konusu hakkında sahip oldukları tüm belge ve deliller yasak kapsamında değildir. Böylece arabuluculuk sonuçsuz kalıp davaya devam edildiğinde, tarafların delillerini ileri sürmeleri mümkündür. Tarafların arabuluculuk müzakerelerinden bağımsız olarak sahip oldukları bilgi ve belgeler, sırf arabuluculuğa başvurulmuş ve müzakerelerde kullanılmış olması sebebiyle yasak kapsamına girmez. Nitekim HUAKT m. 5, 5'te bu husus özel olarak düzenlenmiş ve bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen kabul edilebilir delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kabul edilemez hâle gelmeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle söz konusu hükmün, hak arama hürriyetiyle bir çatışması yoktur.

Esasen aşağıdaki emsal mevzuat hükümleri de, HUAKT m. 5'teki düzenlemenin isabetli olduğunu göstermektedir:

HUMK m. 236, 4: "Sulh müzakeresi esnasında sebmeden ikrar muteber değildir".

Mülga HUMK m. 497: "Sulh teşebbüsü sulh hâkiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafiyen icra olunur. Sulh hâkimi karı ve kocayı aralarında ihtilâf olan mesele hakkında

şifahen isticvap edildikten sonra sulh etmeye çalışır. Sulh teşebbüsü esnasında geçen sözler zabıtnameye yazılmayacağı gibi bilâhare dahi dermeyan olunamaz”.

CMK m. 253, 20: “Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz”.

Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 19: “(1) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırıcı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamalar herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Müzakerelere katılanlar bu bilgilere ilişkin olarak tanıklık yapmak zorunda bırakılamaz”.

HUAKT m. 5, arabuluculuk ile ilgili milletlerarası ilkelere ve belgelere de uygundur. Örneğin, Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesinin “arabuluculuğun gizliliği”ni düzenleyen 7. maddesi, üye devletler için aynı yönde bir öneride bulunmaktadır. Bunun gibi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki Rec (2002) 10 Sayılı Tavsiye Kararının⁸⁵ dördüncü ilkesinin on üçüncü maddesinde, arabuluculuğun özel bir ortamda yönetilmesi ve müzakerelerin gizli tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bu hükmün anlamı, arabulucunun, arabuluculuk sürecinde elde ettiği bilgi ve belgeleri, tarafların açık rızası olmadan veya kanunî bir düzenleme izin vermeden hiç kimseye açıklamamasıdır. Arabulucunun, söz konusu bilgi ve belgeleri mahkemeye delil olarak sunmaktan imtina etme hakkına sahip olup olmayacağı iç hukuk sistemlerine bırakılmıştır. Arabulucuların, taraflar arasında yapılan anlaşmaların muhtevasını belirten ve taraflarca kabul edilen bir raporu yar-

⁸⁵ Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003, s. 5-9.

gı mercilerine veya diğer yetkili mercilere sunmasının kabul edilebilir olmasına rağmen arabulucular, gizliliği ihlâl etmek için, arabuluculuk müzakerelerinin içeriği hakkında rapor hazırlamakla yükümlü tutulmamalıdır⁸⁶.

4. ARABULUCULUĞUN SÖZLEŞME HÜRRİYETİ VE TASARRUF İLKESİNE DAYANMASI

Yukarıda tespit edildiği gibi arabuluculuk bir hak arama yönteminden ziyade, özel bir uyuşmazlık çözme yöntemi olup, hak arama yöntemleri kullanıldıktan sonra bile arabuluculuğa başvurulabilir. Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığından, arabuluculuğun hukukî dayanağı da Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti değil, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen ve kişilerin ekonomik haklarından olan sözleşme hürriyetidir. Anayasamızın 48. maddesinin 1. fıkrasında göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir”.

Özel hukuktaki hukukî ilişkilerde var olan irade serbestisi (irade özerkliği, irade muhtariyeti) ilkesinin bir sonucu olan sözleşme hürriyeti (akit serbestisi), sözleşme yapma ya da yapmama, sözleşmenin türünü, şeklini, tarafını, konusunu ve koşullarını belirleme özgürlüğüdür. Keza, sözleşme hürriyetinin sınırını belirleyen Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre⁸⁷, tarafların

⁸⁶ Council of Europe-Mediation in Civil Matters s. 19. Amerika Birleşik Devletleri Tek Tıp Arabuluculuk Kanunu'nun 7. maddesine göre de arabulucunun, arabuluculuk müzakereleri hakkında rapor hazırlaması, değerlendirme veya tavsiye yapması yasaktır (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws: Uniform Mediation Act, Chicago 2001, s. 36). Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği hakkında geniş bilgi için bkz. Brown/Marriott s. 487-504; Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L.: Confidentiality in Mediation: The Need for Protection (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1986, Vol. 2, s. 37-45); Goldberg, Stephen B./Sander, Frank E.A./Rogers, Nancy H.: Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 1999, s. 419-445; Weston, Maureen A.: Confidentiality's Constitutionality: The Incursion on Judicial Powers to Regulate Party Conduct in Court-Connected Mediation (Harvard Negotiation Law Review 2003, Vol. 8, s. 29-79).

⁸⁷ Aynı şekilde Borçlar Kanunu Tasarısının 26. maddesine göre “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunun çizdiği sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”. Borçlar Kanunu Tasarısının 27. maddesine göre, “Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı

kanundaki düzenlemelere aykırı biçimde yaptıkları sözleşmeler, ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça geçerlidir⁸⁸.

Ortak hukukta benimsenen sözleşme hukuku ilkelerine göre, sözleşme hürriyeti (*freedom to contract*) şu hürriyetleri içerir⁸⁹:

1) Tarafların hukuken borç doğuran bir sözleşme kurma hürriyeti. Bu hürriyet, sözleşmenin koşullarını belirlemede kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini ifade eder.

2) Tarafların, sözleşmenin hukuken bağlayıcı olmayacağını kararlaştırma hürriyeti;

3) Hukukî bir uyuşmazlık hakkında tarafların uzlaşma (*freedom to settle*) veya hukukî sorumluluktan feragat etme hürriyeti ya da gelecekte ortaya çıkabilecek sorumluluklardan kurtulmalarını öngören bir uzlaşma anlaşması yapma hürriyeti.

Sözleşme hürriyetinin birbiriyle bağlantılı bu unsurlarının ortak hukukta sınırları, fiil ehliyeti, kamu düzeni, tarafların hileden doğan sorumluluklarını bertaraf edememesi ve tarafların kanundan dolayı sözleşme yapma zorunluluğudur.

Yukarıda sıralanan bu hürriyetler, tarafların hukukî işlemlerdeki haklarının maddî olarak kontrolüyle ilgilidir. Bu bağlamda davada taraf olan kişiler, özel hukuktaki irade serbestisi ilkesine paralel olarak, hukuk yargılaması üzerinde de Kanunun izin verdiği ölçüde belli yetkilere sahiptir. Birinci olarak taraflar, yargılamada maddî hukuktan kaynaklanan savunma vasıtalarını (itiraz ve def'ilerini) ileri sürme hakkına sahiptir.

veya konusu imkânsız olan sözleşmeler batıldır”.

⁸⁸ Battal, Ahmet: Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları (Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Mayıs 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 383, s. 47-88), s. 49; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006 s. 270 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 150-153; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Alttop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 362 vd.

⁸⁹ Andrews, Neil: The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Tübingen 2008, s. 194.

İkinci olarak çağdaş hukuk yargılama usûlünün önde gelen ilkelerinden biri de, tarafların üzerinde serbest tasarruf edebileceği davalarda “uzlaşma hürriyeti” dir (*freedom to reach settlements*). Kuşkusuz mahkemenin, insan haklarına ilişkin konular başta olmak üzere, kamu düzenine yönelik hususlarda uzlaşma hürriyetini sınırlaması mümkündür⁹⁰.

Ortak hukukta hukuk yargılama usûlündeki uzlaşma hürriyeti, kıta Avrupası hukukunda tasarruf ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Tarafların dava konusu ve hukuk yargılamasının kapsamı üzerinde kontrol sahibi olmasını ifade den “tasarruf ilkesi” (*Dispositionsmaxime, Dispositionsgrundsatz*), hukuk yargılama usûlüne hâkim olan temel bir ilke olup, kanun hükümleri ve yargı içtihatlarında ifadesini bulmaktadır.

Taraf ilkesi (*Parteiprinzip*) olarak da bilinen bu ilke uyarınca hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz; dava ancak taraflarca açılabilir. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya, takip etmeye ve sona erdirmeye zorlanamaz (HUMK m. 72; 79; HMKT m. 29). Tasarruf ilkesi gereğince tarafların tasarruf yetkisi, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında dava açıldıktan sonra da devam eder. Özel hukukta hâkim olan irade serbestisi, hukuk yargılama usûlünde dava açılmakla doğan kamusal nitelikteki dava ilişkisinde, daha geniş bir ifadeyle, usûl ilişkisinde de devam etmektedir⁹¹. Bu kapsamda taraflar, dava konusunu ve talep sonucunu belirler (HUMK m. 74). Taraflar davayı geri almak (HUMK m. 185, 1), kabul etmek (HUMK m. 92), davadan feragat etmek (HUMK m. 91) ve davayı uzlaşmak (sulh) suretiyle bitirmek hakkına sahiptir⁹².

⁹⁰ Andrews s. 195.

⁹¹ Bkz. HMKT m. 30'un gerekçesi (Budak s. 58).

⁹² Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 2-3; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 183; Becker-Eberhard, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Çev. M. Kamil Yıldırım) (İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 17-42), s. 19-23; Fisher, Howard: The German Legal System and Legal

İrade serbestisinin hukuk yargılama usûlündeki yansıması olan tasarruf ilkesi, Amerika Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*, ALI) ve Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü⁹³ (*International Institute for the Unification of Private Law*, UNIDROIT) tarafından 2004 yılında oluşturulan, Milletlerarası Medenî Usûlün İlke ve Kurallarının (*ALI/UNIDROIT The Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*) 10.5. maddesinde de tanınmıştır⁹⁴. Bu maddeye göre taraflar, feragat, kabul veya sulh yoluyla yargılamanın tamamı veya bir kısmını, iradî olarak sona erdirmek veya değiştirmek hakkına sahiptir. Bir tarafın zararına olacaksa, davanın sulh dışında sona erdirilmesi veya değiştirilmesine izin verilmemelidir⁹⁵.

Language, London 2002, s. 174; Koch, Harald/Diedrich, Frank: *Civil Procedure in Germany*, München 1998, s. 28; Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. 2 İstanbul 2001, s. 1917-1918; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2010, s. 359; Murray, Peter L./Stürner, Rolf: *German Civil Justice*, Durham 2004, s. 156-157; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 228-229; Üstündağ, Saim: *Medenî Yargılama Hukuku*, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 239-241; Yavaş, Murat: *Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakim Rolü* (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 283-335), s. 284-285.

⁹³ <http://www.unidroit.org>.

⁹⁴ ALI/UNIDROIT Milletlerarası Medenî Usûl İlke ve Kurallarının (Uluslararası Hukuk Usûlü İlkelerinin) şerhi için bkz. ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: Proposed Final Draft (9 March 2004) (*The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, The British Institute of International and Comparative Law 2004, s. 177-297); ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure (*Uniform Law Review* 2004/4 s. 758-808); Hazard, Geoffrey C./Stürner, Rolf/Taruffo, Michele/Gidi, Antonio: *Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure* (N.Y.U.J.Int.L.Pol. 2001, Vol. 33, s. 785-792); Hazard, Geoffrey C./Taruffo, Michele/Stürner, Rolf/Gidi, Antonio: *Rules of Transnational Civil Procedure* (N.Y.U.J.Int.L.Pol. 2001, Vol. 33, s. 793-859); Glenn, H. Patrick: *The ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication* (*Uniform Law Review* 2004/4 s. 829-845); Kerameus, Konstantinos D.: *Scope of Application of the ALI/UNIDROIT Principle of Transnational Civil Procedure* (*Uniform Law Review* 2004/4 s. 847-857); Waterstraat, Daniel: *ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Baden-Baden 2006, s. 81 vd. Ayrıca bkz. Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesi İçin Milletlerarası Enstitü'nün Uluslararası Hukuk Usûlü Prensipleri (Çev. Ali Yeşilirmak) (MİHDER 2005/2, s. 391-405); ALI/UNIDROIT Uluslararası Medenî Yargılama İlkeleri (Çev. Kâmil Yıldırım) (<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>).

⁹⁵ ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure s. 228-229.

Görüldüğü gibi yargılamaya hâkim olan ilkelerden tasarruf ilkesi, tarafların dava açılmadan önce uyuşmazlık konusu üzerindeki tasarruf yetkisinin, dava açıldıktan sonra da sürmesi sonucunu doğurduğundan, tarafların uyuşmazlığı başlatmak, uyuşmazlığın konusunu belirlemek, uyuşmazlığı sürdürüp sürdürmemek veya sona erdirmek konusundaki yetkisini ifade etmektedir. Tasarruf ilkesi gereğince taraflar, derdest bir davada hüküm verilmeden önce, mahkeme önünde veya dışında doğrudan müzakere ederek ya da arabuluculuk yoluyla uzlaşabilirler (sulh olabilirler). Uzlaşma sonunda davanın kabulü, davadan feragat edilmesi veya alınan ilâmın icraya konulmaması mümkündür⁹⁶. O hâlde arabuluculuk, yargılamaya hâkim olan ilkelerle uyum içindedir.

5. HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI VE USÛL EKONOMİSİNİN ARABULUCULUKLA BAĞLANTISI

Yargılamaya hâkim olan ilkelerden hukukî dinlenilme hakkı (HUMK m. 73), Anayasanın 36. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamada yer alan tarafların tam olarak bilgi sahibi olmalarını, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmalarını ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesini gerektirir. Bu yönüyle hukukî dinlenilme hakkı, hukuk devletinin gereği, adil yargılanma hakkının unsuru ve yargılamada usûlî anlamda eşitliğin uzantısıdır⁹⁷. Adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesiyle bir bütünlük arz eden hukukî dinlenilme hakkı, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla doğrudan ilgili bir ilke değildir; zira alternatif uyuşmazlık çözümünde (tahkim dışında) kazan-kaybet anlayışına dayalı mücadelecî bir yargılama

⁹⁶ Andrews s. 196; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 228.

⁹⁷ Alangoya-Anayasa'nın Medenî Usûl Hukuku'na Etkisi s. 3; Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 29, 48, 86 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 253-257.

yoktur. Yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilmektedir. Oysa kazan-kazan anlayışına dayalı alternatif uyuşmazlık çözümünde silahlar kullanılmaz.

Ancak hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavram olup, ihtilaf-lı tarafların bilgilendirilmesini, açıklamada bulunmasını ve uyuşmazlık çözüm sürecine eşit şekilde etki etmesini de ifade ettiğinden, arabuluculukla bağlantılı görülebilir. Nitekim HUAKT m. 3, 2' de tarafların, hem arabulucuya başvururken hem de tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu belirtilerek, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği vurgulanmıştır. Böylece eşitlik, yargılama yapılarak varılan çözüm yöntemleri ile yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilke olarak öne çıkarılmıştır. O hâlde arabuluculukta hukukî dinlenilme hakkını, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde taraflara eşit davranılması ve eşit söz hakkı verilmesi şeklinde anlamak gerekir⁹⁸.

Nihayet hâkimin, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlü olmasını ifade eden usûl ekonomisi ilkesi⁹⁹ (Anayasa m. 141; HUMK m. 77; HMKT m. 35), yargılamanın etkinliğine hizmet etmesi ve bu kapsamda uyuşmazlıkların davanın başında sona erdirilmesini içermesi bakımından, uzlaşmaya dayalı çözümün teşvik edilmesi ve gerektiğinde yargılamanın durdurularak davanın mahkeme bağlantılı arabuluculuğa gönderilmesini gerektirmektedir¹⁰⁰. Dolayısıyla usûl ekonomisi ilkesi de, arabuluculuğu destekleyen diğer bir yargılama hukuku ilkesi olarak zikredilebilir.

⁹⁸ Council of Europe-Mediation in Civil Matters s. 8.

⁹⁹ Arslan/Tanrıver s. 181; Kuru-Usûl 2 1934-1938; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 411; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 258-259; Yılmaz, Ejder: Usûl Ekonomisi (AÜHFD 2008/1, s. 243-274), s. 244.

¹⁰⁰ Erlangen, Reinhard Greger: Yargı ve Arabuluculuk-Model Projesinin Tamamlanmasından Sonra Gelişim Çizgileri (Çev. Cenk Akil) (AÜHFD 2008/4, s. 369-380), s. 373, 378; Özbek s. 452 vd.

SONUÇ

Anayasal hak ve hürriyetler çerçevesinde arabuluculuk, Türk hukukunda Anayasa ile tam bir uyum içinde olup, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelerle bağdaşmaktadır. Sosyal barışın tesisi için dava yoluyla uyuşmazlık çözümünden mümkün olduğu kadar sakınmak ve arabuluculuk gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmek şarttır. Bu durum, toplum barışını tesis edeceği gibi, mahkemelerin iş yükünü de azaltacaktır.

Mücadeleci uyuşmazlık çözüm sistemine dayanan dava yolunda, tarafların ve avukatların dostane bir temelde sorun çözme imkânı çok kısıtlıdır. Dava yolu, tarafların savaşmasını ifade etmektedir¹⁰¹. Her ne kadar bu savaşta silahların eşitliği esas olsa da¹⁰², her savaşta taraflardan sadece biri kazanır. Aslında dava yoluyla kazanılan zaferi, kazanan tarafın da kaybının çok fazla olmasından dolayı “*Pirüs zaferine*” benzetmek mümkündür. Pirüs zaferi, “*çok büyük kayıplar sonucunda kazanılan zafer*” anlamına gelir. Zira Pirüs zaferinde kazanılan savaş, Kral Pirüs’e, ordusunun tamamen yok olmasına malolmuştur¹⁰³. Böyle bir zafer ise, gerçekte bir zafer değil, büyük bir yenilgidir. Özellikle ticarî uyuşmazlıklarda veya aile uyuşmazlıklarında olduğu gibi, tarafların süreklilik arz eden ilişkiler içinde olması hâlinde, bu savaşta aslında kazanan taraf

¹⁰¹ Goldberg, Steven H.: “Wait a Minute: This is Where I came in”. A Trial Lawyer’s Search for Alternative Dispute Resolution (Brigham Young University Law Review 1997, Vol. 1997, s. 653-685), s. 671.

¹⁰² Özkes-Hukukî Dinlenilme Hakkı s. 49.

¹⁰³ Makedonya İmparatoru Büyük İskender’in (M.Ö. 356-323) uzaktan akrabası olarak kabul edilen Yunan Epir Kralı Pirus (M.Ö. 318-272), M.Ö. 280’lerde güney İtalya’da bir Yunan kolonisi olan Tarentum’un, kendisinden devrin en güçlü ordusuna sahip olan Romalılara karşı yardım istemesi üzerine harekete geçerek, yirmibeşbin kişilik ordusu ve elli fille birlikte İtalya’yı fethetmiştir. Romalılarla beş yıl süren ve çok kanlı geçen savaşlar yapan Pirus, ne pahasına olursa olsun savaşı kazanmak için herşeyini feda etmiş ve Romalıları yenmiştir. Pirus sonunda savaşı kazanmışsa da, fillerin de desteklediği büyük ordusunun tamamını kaybetmiştir. Pirus’un bu zaferin ardından “Tanrım, bir daha böyle bir zafer verme” dediği söylenmiştir. Pirus Zaferi, aslında “yenilmeye mahkûm galibiyetleri” anlatmak için kullanılmaktadır. Bu olaya affen, benzer şekilde kazanılan savaşlara Pirus zaferi denir (http://tr.wikipedia.org/wiki/Pirus_zaferi).

da bazı şeyler kaybetmiştir. Kazan-kaybet (*win-lose*) anlayışına dayanan dava yolu, gerek kişisel gerek ticarî ilişkileri tahrip eder. Üstelik dava yoluyla ulaşılan çözümler sınırlıdır ve dava sonucunda çoğunlukla, uyuşmazlığa düşmüş tarafların ihtiyaçlarını karşılayan yaratıcı çözüm seçenekleri bulunamaz. Dava sonucunda verilen hüküm zamanında verilemeyebilir ve tarafları tatmin etmeyebilir. Sonuçta “hiçbir savaşın galibi yoktur” özdeyişi, dava yolu için de önemli bir anlam ifade etmektedir.

Arabuluculuk, mahiyeti gereği ne yargı ile rekabet içindedir ne de avukatlık mesleğiyle çelişmektedir. Esasen avukatlığın amacını belirleyen Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi de avukatlığın amacının hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini sağlamak olduğunu ifade ederek bu tezi desteklemektedir.

Türk mahkemeler teşkilâtında, uyuşmazlıklara sadece dava yoluyla çözüm sunan adliye anlayışından uzaklaşarak, başta arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme ve tahkim olmak üzere, dava dışındaki alternatif uyumazlık çözüm yollarını da ihtilaflı taraflara bir seçenek olarak sunan “çok seçenekli adliye” (*multi-door courthouse*) anlayışına geçilmesinin zamanı gelmiştir¹⁰⁴. Bu amaçla, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı vakit kaybedilmeden kanunlaştırılmalıdır. Nitekim Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında, “*uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi*” amacı altında şu iki hedef ve faaliyete yer verilmiştir¹⁰⁵:

Hukukî uyuşmazlıkların yargı öncesi çözülmesi için arabuluculuk usûlünü öngören ve TBMM komisyonlarında yer alan Kanun Tasarısının kanunlaşma sürecinin takip edilmesi.

¹⁰⁴ Çok seçenekli adliye teşkilâtı hakkında bilgi için bkz. Özbek s. 292 vd.

¹⁰⁵ Adalet Bakanlığı: Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, Ankara 2009, s. 28. Ayrıca bkz. <http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html>

Hukuk yargılamasında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi için üniversiteler ve ilgili kurum, kuruluşlarla birlikte çalışmalar yürütülmesi.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında, aynı zamanda Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmaları kapsamında da ayrı bir hedef olarak ortaya koyulmuştur¹⁰⁶. Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planında, bu hedef ve faaliyetlerin kısa vadede hayta geçirilmesinin plânlanmış olması, fevkalâde olumlu bir yaklaşımdır.

Dava yoluyla uyuşmazlık çözümü, tek başına toplumun beklentilerini karşılamakta ve sosyal barışı sağlamakta yetersiz kalmaktadır. Bilhassa aile uyuşmazlıklarının çözümünde hukukumuzda aile arabuluculuğunun hâlâ uygulamaya başlanmamış olması, ciddî sosyal sorunlar doğurmaktadır. Aile ilişkileri gibi psikolojik ve sosyal boyutu ağır basan uyuşmazlıklara, dava yoluyla uzun vadeli ve tatminkâr çözümler aranması yanlıştır. Bu maksatla hukuk arabuluculuğu kapsamında aile arabuluculuğu da geliştirilmelidir¹⁰⁷. Keza hukuk yargısı yanında ceza yargısı ve idarî yargıda da aynı amaçlar ve ihtiyaçlarla, ceza arabuluculuğu ve idarî arabuluculuğun kısa sürede uygulamaya koyulması için gereken tedbirler alınmalıdır.

Ülkemizde arabulucu avukatlığın yaygınlaştırılması acil bir ihtiyaçtır ve buna hukuk eğitiminden başlanmalıdır. Ayrıca ilköğretime kadar inilmeli, gelecekte uzlaşma kültürüne sahip bir nesil yetiştirebilmek amacıyla, akran arabuluculuğu (*peer mediation*) gibi yöntemlerle¹⁰⁸, bireylerin küçük yaşlardan uzlaşma kültürüyle yetişmesi için gereken eğitim ve öğretim faaliyetleri, daha fazla zaman kaybetmeden uygulamaya ko-

¹⁰⁶ Adalet Bakanlığı-Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı s. 33.

¹⁰⁷ Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı (DEÜHFD 2005/2, s. 71-102), s. 77 vd.

¹⁰⁸ Özbek, Mustafa: Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu (Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466), s. 451 vd.

yulmalıdır. Hâlen büyük şehirlerde tıkanmış olan mahkeme ve icra teşkilâtının, artan dava alışkanlığı ve iş yükü karşısında daha fazla bu yükü çekmesi mümkün değildir.

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Oturum Başkanı): Şimdi, öğleden sonraki oturumun ikinci tebliğ konusu üzerinde durmaya başlayacağız. İkinci tebliğimizin konusu: “Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”

Bu konudaki tebliği Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Yrd. Doç. Dr. Ali Yeşilirmak arkadaşımız sunacak.

Kendisi otuz dakikada bitirme sözü verdi. Böylelikle benim için de on beş dakikalık bir korsan tebliğ sunmak için zaman doğmuş olacak. Bu açıdan da kendisine özellikle teşekkür ediyorum.

Buyurun Ali Bey.

Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi): Hocam beni zorladı, otuz dakikada bu işi bitirin diye.

Değerli hocalarım ve büyüklerim, sevgili arkadaşlar; benim işim zor biraz, zira yemekten sonraki son oturum. Ama umarım çay ve kahvelerinizi içmişsinizdir. Yarım saat içinde de Hocama verdiğim söz üzere bitirmeye gayret edeceğim.

Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK*

KURUMSAL ARABULUCULUK KURALLARININ KARŞILAŞTIRILMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ

Giriş

İnsan nüfusu ve kişiler arası ulusal ve uluslararası etkileşim (ve ticaret) arttıkça, uyuşmazlık sayısının artması kaçınılmazdır. Bu sayının azalması da beklenmemektedir. Hem uyuşmazlıkların çözümünde etkin olarak kullanılmak üzere hem de toplumsal barışın sağlanması için, uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü kültürü yaratmak amacı ile tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution* ("ADR")) yöntemlerinin kullanımı birçok ülkede yaygın hale gelmiştir. Uyuşmazlık çözümü konusunda artan ihtiyaçlara cevap verebilmek için bir çok ülkede müzakere ve arabuluculuk¹ teşvik edilmiş ve bu kurumlar diğer alternatif uyuşmazlık

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Arabuluculuk hakkında genel olarak bkz. Christopher W. **Moore**, *The Mediation Process-Practical Strategies for Resolving Conflict*, 3. bası (San Francisco 2003); Christian **Bühring-Uhle**/Lars **Kirchhoff**/Gabriele **Scheerer**, *Arbitration and Mediation in International Business*, 2. bası (Kluwer 2006); Alan Scott **Rau**/Edward F. **Sherman**/Scott R. **Peppet**, *Mediation and Other Non-binding ADR Processes*, 3. bası (New York 2006); Henry **Brown**/Arthur **Marriott**, *ADR Principles And Practice*, 2. bası (Londra 2002); Eileen **Carroll**/Karl **Mackie**, *International Mediation-The Art of Business Diplomacy*, 2. bası (Kluwer 2006); Robert A. Baruch **Bush**/Joseph P. **Folger**, *The Promise of Mediation-The Transformative Approach to Conflict* (San Francisco 2005); Suzan **McCorkle**/Melanie J. **Reese**, *Mediation Theory and Practice* (Boston 2005); Gülgün **İldır**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)* (Ankara 2003); Mustafa Serdar **Özbek**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. bası (Ankara 2009);

çözüm yöntemleri ile birlikte, uyuşmazlık çözüm veya (idare-si) sistemi içinde yerini almıştır². Nitekim aynı amaca ulaşmak için özellikle arabuluculuk kurumunun Avrupa Birliği ("AB") ülkelerindeki kullanımı bir AB Tüzüğü ile zorunlu hale getirilmiştir³. Birçok Avrupa ülkesi ise bu zorunluluğu beklemeden arabuluculuğa ilişkin yasal altyapıyı hazır hale getirmiştir. Tüm bu gelişmelerden çok önce arabuluculuk kurumunun Amerika Birleşik Devletleri ve Uzak Doğu'daki başarısını gören⁴ ve gelecekteki önemini kavrayan birçok tahkim kurumu arabuluculuk kuralları hazırlayıp kullanıma sunmuştur⁵. Amaç şüphesiz belirli disiplin ve düzen içinde kullanıcılara arabuculuk kurallarını sunmak ve hizmet ağını genişletmektir. Benzer amaçlarla, tahkim kurumlarının dışında ağırlıklı olarak arabuluculuk hizmeti veren yeni kurumlar da ortaya çıkmıştır⁶. Zira arabuluculuk kurallarının kullanımına ilişkin özellik- le iş dünyasından gelen bir talep⁷ mevcuttur⁸:

Hakan **Pekcanitez**, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", HPD, S. 5 (2005), s. 12-16; Süha **Tanrıver**, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBB Dergisi, S. 64 (2006), s. 151-177; Muhammet **Özekes**, "Uyuşmazlık Çözüm Yolları içinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi", HPD, S. 7 (2006), s. 40-45.

² Arabuluculuk, uyuşmazlıkların alternatif çözümü yöntemleri içinde en çok bilinen ve kullanılan yoldur. Bkz. **Carroll/Mackie**, s. 17, dipnot 1.

³ Medenî ve ticari hususlara ilişkin arabulucuğun bazı yönlerine ilişkin 2008/52/EC sayılı ve 21 Mayıs 2008 tarihli AB Tüzüğü.

⁴ Arabuluculuk kurumunun günümüzdeki yaygın kullanımına ilişkin olarak bkz. genel olarak Moore, s. 22-42.

⁵ Arabuluculuk kurumu yeni keşfedilmiş bir kurum değildir. Özekes, s. 43. Arabuluculuğun kullanımı Eski Yunan'da da önceye Fenikelilere kadar uzanır. Bkz. <http://www.socaldrc.com/history_of_mediation.htm>. Arabuluculuk kurumunun kısa tarihçesi için bkz. **Moore**, s. 20-22.

⁶ Bkz. örneğin 1990 yılında kurulan Londra, İngiltere merkezli Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) (bkz <www.cedr.com>), Roma merkezli ADR Center (bkz <www.adrcenter.com>); Nijmegen, Hollanda Hollanda merkezli ACB Mediation (bkz <www.mediation-bedrijfsleven.nl>); Paris, Fransa merkezli Center for Mediation and Arbitration of Paris (bkz <www.cmap.fr>).

⁷ Evelyn **Zach**, Institutional, Statutory and General Mediation Rules for International Dispute Settlement (Viyana 2009) (yayımlanmamış doktora tezi), s. 1-2; Lovells, The Striking World, Research Report: How European in-house counsel are managing multinational disputes (2008), <www.lovells.com/NR/rdonlyres/DA3B6810-910E-43D2-B8E9-4E4230C99871/0/LovellsTheStrikingWorldDRReportSpring2008.pdf>.

⁸ Jan Eijbouts in: **Carroll/Mackie**, s. 18.

“Arabuluculuk uyuşmazlığın kontrolünün elde tutulması ile hukuki çarelere başvurulmasından ziyade ticari çözüme ulaştırılmasını sağlar. [Arabuluculuk] [u]yuşmazlığı, ticari tehlikeden ticari fırsata dönüştürebilir. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ilk tercih, tahkim ve mahkemeler ise alternatiftir.”

Arabuculuk *ad hoc* veya kurumsal arabuculuk kurallarına göre yapılabilir. Bir kurumun yardımı olmaksızın tarafların hazırladığı veya daha önce belirlenmiş kurallara göre yapılan ya da bir ülkenin arabuluculuk hukukuna göre yapılan arabuluculuk *ad hoc* arabuluculuktur. Buna karşılık bir kurumun kurallarına göre ve yardımı ile yapılan arabuluculuk ise kurumsal arabuluculuktur. Kurumsal arabuluculuk kurallarının *ad hoc* kurallara göre avantajları şunlardır⁹: (a) denenmiş ve uygulanması ispat edilmiş kurallar, (b) etkin uyuşmazlık çözümünde gerekli yardımı yapabilecek uzmanlar, (c) uzman arabulucular listesi ve gerekli olursa uyuşmazlığa uygun arabulucuların atanmasının sağlanması.

Konuya ilişkin olarak ülkemizde halihazırda iki yasama çalışması yapılmıştır: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı¹⁰ (“Tasarı”) ve İstanbul Tahkim Merkezinin Kurulmasına İlişkin Kanun Taslağı. Bu iki çalışmayı, arabuluculuk kurumu açısından tamamlamak, yine bu açıdan resmin tam olarak görünmesini sağlamak için hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin uluslararası arabuluculuk kurallarının incelenip değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Böyle bir değerlendirme uluslararası arabuluculuk kurallarını çok az kullandığını düşündüğümüz Türk iş dünyası için de hem mukayese hem de seçim yapma açısından yararlı olacaktır.

⁹ C Mark Baker/Arif Hyder Ali, A Cross-comparison of institutional mediation rules Dispute Resolution Journal (Mayıs-Temmuz2002); <findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200205/ai_n9060837/pg_2/?tag=content;col1>.

¹⁰ Tasarı hakkında bkz. örneğin Baki Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler” in MİHDER, C. 6, S. 16 (2010), s. 237-246; Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı (Ankara 2007), s. 247-300.

Bu çalışmada uluslararası alanda sıkça kullanılan Avrupa kökenli bazı kurumların arabuluculuk kurallarını karşılaştırmalı olarak incelenip değerlendirilecektir¹¹. Bu kurallar Alman Tahkim Derneği ("ATD") Arabuluculuk Kuralları ("AK"), Milletlerarası Ticaret Odası ("MTO") ADR Kuralları, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu ("UNCITRAL") AK ve Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (LMTD") AK'dır. Aşağıda öncelikle bu kurumlar hakkında kısa bilgi verildikten sonra kurumların arabuluculuk kuralları, arabuluculuk anlaşması, arabulucu ve atanması, arabuluculuk usûlü, gizlilik, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi, masraflar ve tahkim ve yargılama ile ilişkiler açısından ayrı ayrı incelenecektir.

I. Arabuluculuk Hizmeti Veren Kurumlar: ATD, MTO, UNCITRAL, LMTD

İnceleyeceğimiz kurumlar ve onların arabuluculuk kuralları hakkında kısa bilgi şöyledir:

Alman Tahkim Derneği (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)): ATD¹², 1992 yılında kurulmuş kamu yararı güden dernek statüsünde bir kurumdur. Kurum Almanya'daki en geniş kabul gören uluslararası tahkim kurumudur. Kurumun Arabuluculuk Kuralları 2002 yılında kabul edilmiştir.

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce (ICC)): MTO¹³, 1919 yılında uluslararası ticaret ve yatırımları teşvik etmek, mal ve hizmetler için yeni pazarlar yaratmak ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamak için kurulmuştur. MTO Milletlerarası Tahkim Divanı ve Sekreteryası, en

¹¹ Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir: 2006 tarihli Viyana Milletlerarası Tahkim Merkezi (Vienna International Arbitration Center) 2006 yılında 6 maddeden oluşan Tahkim ve Arabuluculuk Kurallarını kabul etmiştir. Merkez, 1975 yılında Avusturya Federal Ekonomi Odası tarafından kurulmuştur. Kurumun Merkezi Viyana'dadır. Kurum hakkında geniş bilgi için bkz. <wko.at/arbitration>.

¹² Kurum hakkında geniş bilgi için bkz. <www.dis-arb.de>. Kurumun merkezi Köln'dedir.

¹³ Kurumun merkezi Paris'tedir. Kurum hakkında geniş bilgi için bkz. <www.iccwbo.org>.

çok bilinen tahkim kurumlarının başında gelir. MTO ilk olarak 1988 yılında Arabuluculuk Kuralları hazırlayıp kullanıma sunmuştur. 2001 yılında bu kuralları revize eden kurum daha geniş çaplı hizmet vermek için, kuralları ADR (alternatif uyuşmazlık çözümü) olarak nitelendirmiş ve tarafların istedikleri ADR mekanizmasını kullanabilmeleri imkanı verilmiştir. Ancak taraflarca aksi belirtilmedi ise ADR Kurallarına yapılacak atfın, arabuluculuğa yapılmış olarak anlaşılacağı kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)):¹⁴ Komisyon 1966 yılında kurulmuştur ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından seçilen altmış üyeden oluşur. Bu kurumun ana amacı diğer uluslararası organizasyonlarla da işbirliği yaparak uluslararası ticaret ve yatırımlara ilişkin anlaşmalar, model kanunlar ve kurallar hazırlamaktır. Kurumun arabuluculuk konusunda hazırlamış olduğu bir model kanun ve arabuluculuk kuralları vardır. 2002 tarihli Uluslararası Ticari Arabuluculuğa ilişkin UNCITRAL Model Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun taslağımızın hazırlanmasında dikkate alınan metinlerden biridir. Kurum, arabuluculuk veya tahkim kurallarının kullanımında, örneğin arabulucu veya hakem atanmasında vs taraflara yardımcı olmamaktadır. Kurum, bu anlamda klasik bir tahkim ve arabuluculuk kurumu yapısına sahip değildir. Ancak, birçok tahkim kurumu¹⁵ 1980 tarihli UNCITRAL AK'nın uygulanmasında gerekli yardımı vermeye gönüllü olmuş ve yardımın nasıl sağlanacağına ilişkin kurallar kabul etmiştir.

Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (London Court of International Arbitration (LCIA)). Kâr amacı gütmeyen bir şirket olan LMTD'nin kuruluşu tarihi 1891'dir. LMTD'de bir Tahkim Divanı ve bir de Sekreteryası vardır. Arabuluculuk faaliyetlerini bu iki yapı yürütür. LMTD, 2010 yılında yeni AK'nı hizmete sunmuştur.

¹⁴ Kurum hakkında geniş bilgi için bkz. <www.uncitral.org>. Kurumun Sekreteryası Viyana'dadır.

¹⁵ Kahire Milletlerarası Ticari Tahkim Bölgesel Merkezi ve Londra Milletlerarası Tahkim Divanı bu kurumlara gösterilebilir.

Arabuluculuk hizmeti veren kurumların arabuluculuk kurallarının ortak özelliği bu kuralların “evrensel karakterde” olmasıdır. Yani bu kurallar arabuluculuk faaliyeti için tarafların milliyetine ve uyuşmazlığın niteliğine bakmaksızın etkin, esnek ve tarafsız bir platform sağlar. Ayrıca tüm Kurallar hem milli hem de uluslararası uyuşmazlıkların çözümü için kullanılabilir.

Bu Kurallara göre yapılan arabuluculuk sırasında, taraflar ve arabulucu, uyuşmazlıkla ilgili ülke hukuklarını da gözönüne almalıdır. Örneğin, zamanaşımı süresi konusunda hakkın doğduğu yer hukukuna ve anlaşma belgesinin icra kabiliyeti konusunda da bu belgenin icrasının olası olduğu yer hukukuna bakmak yerinde olur.

II. ATD (DIS) Arabuluculuk Kuralları

A. Arabuluculuk Anlaşması

Arabuluculuk şartı tarafların nasıl bir arabuluculuk istediklerine göre değişik şekillerde hazırlanabilir. ATD AK son derece basit bir model arabuluculuk şartı içermektedir:

“[] sözleşmesinden doğan veya o sözleşme ile ilgili tüm uyuşmazlıklara ilişkin olarak arabuluculuk faaliyeti, bu faaliyete başlanıldığı anda yürürlükte olan DIS Arabuluculuk Kurallarına göre yapılacaktır.”

Bu arabuluculuk şartı tarafların iradesine göre değiştirilebilir.

ATD AK arabulucu sayısının, arabuluculuk yerinin ve dilinin arabuluculuk şartında yer almasını tavsiye etmektedir. Arabulucunun kolay bir şekilde yapılabilmesi için genel olarak en uygun dil ve yer seçilmelidir¹⁶. ATD AK, uyuşmazlık ortaya çıkmadan veya çıktıktan sonra seçilebilir.

¹⁶ Zach, s. 39-40.

Arabuluculuk şartı ve anlaşma belgesine uygulanacak hukuku belirtmek de yararlı olabilir. Ayrıca, arabuluculuk anlaşması konusunda incelenen kurallarda genel olarak yazılı olma şartı aranmaktadır (m. 1(2)).

B. Arabulucu ve Atanması (m. 4, 6, 9)

Arabulucu sayısını belirlemede taraflar serbesttir. Taraflar aksini kararlaştırmadı ise arabuluculuk kuralları genellikle tek bir arabulucu atanacağını düzenlemektedir (m. 4).

Arabulucu atanma aşamasında tarafsız ve bağımsız olmalı ve arabuluculuk faaliyetinin sürdüğü süre içinde de öyle kalmalıdır (m. 5(1)). Bunu temin etmek için tarafsız ve bağımsızlık konusunda şüphe uyandıracak herhangi bir durum var ise bu durum Kuruma ve karşı tarafa bildirmelidir (m. 4(2)).

Birden çok taraf var ise, arabuluculuk başvurusu tüm taraflara ulaştırılacak ve bu taraflardan arabuluculuğu kabul edenler arasında arabuluculuk faaliyetine devam edilecektir (m. 6).

Tek hakem atanacaksa tarafların oybirliği ile atama yapılır. Eğer iki hakem atanacaksa her bir taraf bir arabulucu atayacaktır. Şayet üç arabulucu atanacaksa, her bir taraf bir arabulucu seçecek seçilen arabulucular da üçüncü arabulucuyu seçecektir. Tüm bu aşamalarda arabulucu seçiminde ilgili kurumun yardımı istenebilir. Kurum da, arabulucu eğitimi almış deneyimli arabulucular listesi hazırlayıp gerektiğinde uyuşmazlığın niteliğine ve taraflara uygun gördüğü arabulucuları taraflara önermelidir.

Arabulucu atanması için taraflara 30 gün süre verilir (m. 9).

C. Usûl (m. 2, 3, 11, 14)

Arabuluculuk faaliyetinin başlaması için, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafa ve ilgili kuruma ulaştırılması gerekir. Ayrıca kurumun kayıt ücretinin de yatırılması gereklidir (m. 2). Arabuluculuk faaliyeti diğer tarafın bu talebi kabul etmesi ile başlayacaktır (m. 3(1)). Karşı

taraf, arabuluculuk talebini reddeder veya belirli bir süre içinde olumlu cevap vermez ya da kayıt ücreti ödenmez ise arabuluculuk faaliyeti başlamayacaktır (m. 3).

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini bağımsız ve tarafsız olarak ifa eder (m. 11). Faaliyetin nasıl yürütüleceğine arabulucu karar verir. Elbette arabulucu bu konuda tarafların görüşüne başvurmalıdır. Arabulucu, örneğin, taraflarla ayrı ayrı bir araya gelebileceği gibi aynı ortamda da bir araya gelebilir.

ATD AK'na göre arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin herhangi bir aşamasında uyuşmazlığın çözümü konusunda önerilerde bulunabilir (m. 11(3)). Ancak, arabulucu bu önerinin dayanakları konusunda bir açıklama yapmaktan kaçınmalıdır. ATD AK'nda getirilen bu düzenlemenin amacı bu Kurallara göre tarafların talebi üzerine arabulucunun hakem olarak atanabilmesidir (m. 14). O takdirde çözüm önerisinin dayanaklarını belirtmesi durumunda arabulucu/hakem uyuşmazlık konusunda görüşünü beyan etmiş duruma düşebilir. Amaç bu durumun önlenmesidir.

D. Gizlilik (m. 13)

Arabuluculuk faaliyetinin bir anlaşma belgesi ile sonuçlanmaması halinde, taraf dilekçe ve beyanları ile sundukları belgelerin gizli kalması arabuluculuğun başarısı için olmazsa olmaz şartlardan biridir. Zira böyle bir güvence olmaksızın tarafların samimi olarak uyuşmazlığın çözümü için çaba sarf etmelerini, çekinmeden hukuki durumlarını arabulucu ve diğer taraf ile tartışmalarını, bilgi ve belge paylaşmalarını beklemek mümkün değildir. Bu sebeple arabuluculuğa ilişkin kurallar ve kanunlar özellikle bu konuda taraflara bir güvence sağlayacak şekilde düzenlemeler getirmiştir. ATD AK'na göre:

- a) Arabulucu taraflara karşı sınırsız bir gizlilik taahhüdü altına girmeyi beyan etmektedir. Yani arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sebebiyle eline geçen ya da öğrendiği bilgi ve belgelerin tamamını gizli tutmayı beyan ve taahhüd etmektedir.

- b) Arabulucu, bir taraftan gelecek talep üzerine, taraflara gizlilik anlaşması yapmayı önerir. Bu anlaşmanın konusu her bir tarafça verilen beyan ve belgelerin gizli tutulması, uyuşmazlık dostane olarak çözülmezse mahkeme veya hakem davasında kullanılmamasıdır.

Gizlilik taahhüd ve anlaşmasının geçerliliği ve icra kabiliyeti, uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

E. Arabuculuk Faaliyetinin Sona Ermesi (m. 12)

Arabuluculuk faaliyeti genel olarak şu hallerde sona erer:

- a) Herhangi bir tarafın faaliyeti sona erdirmesi ile. Bu durumda arabuluculuğun iradi niteliği gereği herhangi bir sebep belirtmeye gerek yoktur.
- b) Arabuluculuk faaliyeti sonucu uyuşmazlık dostane olarak çözülemezse. Bu durumda arabulucu, uyuşmazlığın çözülemediğine ve arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğine dair bir tutanak tutar.
- c) Taraflar uyuşmazlığın dostane yolla çözümüne ulaşırsa, bir anlaşma belgesi düzenlenmesi ile. Bu belge arabulucu ve taraflarca imza edilir.

(a) ve (b) hallerinde arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi yeniden arabuluculuk yoluna başvurmaya engel değildir.

F. Masraflar (m. 15, 16)

Arabuluculuk kurumunun başarısında etkili olacak önemli hususlardan biri masraflardır. Masraf denildiğinde anlaşılması gereken, kuruma ödenecek idari ücret, arabulucuya ödenecek ücret ve masraflar ile arabuluculuk faaliyeti için yapılan masraflar anlaşılmalıdır.

Arabuluculuk masraflarının makul olarak belirlendiği kuralardan birisi de ATD AK'dır. Bu Kurallara göre arabuluculuk dosya kayıt ücreti 250 Euro, tek arabulucu atama ücreti 250 Euro ve tek arabulucu için saat ücreti (KDV hariç) 200 ila 400

Euro arasında olmaktadır. Arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında ilgili kurum veya arabulucu öngörülen ücret ve masraflara ilişkin bir miktar avans verilmesini taraflardan isteyebilir (m. 16).

G. Tahkim ve Yargılama ile İlişkisi (m. 14)

Taraflar arabuluculuk faaliyeti esnasında arabulucunun hakem olarak hareket edip uyuşmazlığı bu sıfatla çözmesine yazılı olarak karar verebilir (m. 14)¹⁷. Elbette taraflar ile arabulucu arasında özel bir çeşit güven oluşması halinde bu yol tercih edilecektir. Aksi halde uyuşmazlığı dostane olarak çözemeyeceklerini anlayan taraflar arabulucu dışında bir üçüncü kişiyi hakem seçip yargısal yolla uyuşmazlıklarını sona erdirmeyi deneyebilir.

III. MTO (ICC) ADR Kuralları

MTO ADR Kuralları¹⁸ taraflara istedikleri ADR yolunu seçme konusunda özgürlük vermekte ancak herhangi bir yol seçilmez ise uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümleneceğini belirtmektedir¹⁹.

Taraflar, ADR Kurallarını MTO'nun onayı ile değiştirebilir.

A. Anlaşma

İncelenen kurallar arasında arabuluculuk şartı konusunda değişik opsiyonları değerlendiren en geniş düzenleme MTO ADR Kurallarında yer almaktadır. Buna göre taraflara 4 ayrı duruma göre seçim imkanı tanınmıştır:

¹⁷ Bu durumda uyuşmazlık ATD Tahkim Kurallarına göre çözülecektir.

¹⁸ Bu konuda bkz. Peter M. Wolrich, "ICC ADR Rules: The Latest Addition to ICC's Dispute Resolution" in 2001 Special Supplement to ICC Int'l Ct. Arb. Bull., s. 7-22; Paul-A. Gélinas, "Dispute Settlement According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution) Rules" in ICC Milletlerarası Tahkim Semineri (Ankara, 5 Kasım 2001), s. 21-33; Dyalá Jiménez-Figueres, "Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work" in J. Int'l Arb., C. 21, S. 1, s. 99-101. MTO ADR Kurallarındaki ADR her ne kadar "Alternative Dispute Resolution" anlamında kullanılmış olsa da kuralların ADR yani "Amicable Dispute Resolution" yani dostane uyuşmazlık çözümü kuralları olduğu da belirtilmiştir.

¹⁹ MTO ADR Kurallar, Önsöz, para.2.

İhtiyari ADR şartı. Bu şart taraflara herhangi bir zamanda, diğer hukuki yollara başvurma imkanına halel gelmeksizin MTO ADR Kurallarına başvuru imkanı vermektedir.

Arabuluculuğu düşünme zorunluluğuna ilişkin ADR şartı. Bu şarta göre uyuşmazlık çıktığında taraflar öncelikle ADR Kurallarına başvuruyu tartışıp değerlendireceklerdir.

Kendiliğinden sona erme mekanizması içeren arabuluculuğa ilişkin ADR şartı. Bu şarta göre uyuşmazlık çıktığında taraflar ADR Kurallarına başvurmayı kabul eder. Şayet uyuşmazlık 45 gün veya tarafların kabul edeceği başkaca bir zaman dilimi içinde ADR kurallarına göre çözülemez ise tarafların ADR'ye başvurma yükümlülüğü kendiliğinden sona erecektir.

MTO tahkimini de içeren öncelikli ADR yönteminin uygulanmasına ilişkin şart. Bu şarta göre taraflar öncelikle arabuluculuk (veya seçtikleri bir başka ADR yoluna) başvuracak ancak ADR talebinin yapılmasından itibaren 45 gün içinde uyuşmazlık çözülmez ise uyuşmazlık MTO Tahkim Kurallarına göre çözümlenecektir.

Görüldüğü gibi MTO ADR Kuralları, ADR yöntemlerinin iradî niteliğine halel gelmeksizin tarafları bu yöntemleri kullanmayı teşvik edecek ana olasılıkları dikkate alarak arabuluculuk şartları önermektedir.

B. Arabulucu ve Atanması (m. 2)

1. Arabuluculuk Faaliyetinin Başlaması

a) Arabuluculuk anlaşması yapılmış ise (m. 2A)

Bu durumda uyuşmazlık çıktığında bir taraf MTO'sına arabuluculuk talebini göndermelidir. Bu talepte şu hususların belirtilmesi gerekir: Taraflar ve iletişim detayları, uyuşmazlığa ilişkin açıklama ve uyuşmazlık miktarı, taraflarca birlikte hareket edilip önerilen arabulucu, tarafların birlikte hareket etme imkanı yoksa arabulucunun niteliklerine ilişkin husus ve öneriler, arabuluculuk şartının bir kopyası, kayıt ücretinin yatırıldığı hususu (makbuz da eklenmelidir). Şayet talep yalnızca

bir tarafça doldurulmuş ise, MTO talebin bir kopyasını derhal diğer tarafa iletir.

b) Arabuluculuk anlaşması henüz yapılmamış ise (m. 2B)

Uyuşmazlık çıktıktan sonra bir taraf MTO Kurallarını kullanmak isterse, bu konudaki iradesini yazılı bir talep ile MTO'ya ulaştıracaktır. Bu talepte tarafların iletişim detayları, uyuşmazlık hakkında genel bilgi ve uyuşmazlık miktarı ve kayıt ücretinin yatırıldığı hususu yer almalıdır. Ayrıca talebe arabulucu veya arabulucuda bulunması gereken niteliklere ilişkin başvuru sahibinin önerilerinin eklenmesi yararlı olur. MTO, talebi derhal diğer tarafa ileticek ve 15 gün içinde arabuluculuk talebi hakkında görüşünü bildirmesini isteyecektir. Şayet diğer tarafta arabuluculuk faaliyetine devam etmek isterse, durumu varsa arabulucu veya arabulucuda bulunması gereken niteliklere ilişkin önerileri ile birlikte MTO'sına bildirecektir. Ancak, diğer taraf, arabuluculuk faaliyetinde bulunmak istemediğini belirtir veya 15 gün içinde hiçbir cevap vermez ise arabuluculuk talebini reddettiği varsayılır. Uygulamada bu yöntem sıklıkla başvurulmaktadır²⁰.

2. Arabulucunun Atanması (m.3)

Her iki tarafça müşterek olarak seçilmiş ve arabulucu olmayı kabul etmiş kişinin atanması MTO tarafından yapılır. Şayet taraflar herhangi bir seçim yapmamış ise, MTO arabulucu atanmasını yaparken tarafların arabulucuda bulunmasını önerdikleri ortak nitelikleri azami ölçüde dikkate alır.

Her bir arabulucu adayı, özgeçmişini bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin beyan ile birlikte MTO'ya bildirmelidir. Tarafların gözünde bağımsızlık ve tarafsızlığına halel getirecek herhangi bir durum var ise arabulucu bu durumu MTO'sına bildirmelidir. MTO da bu durumu taraflara bildirir.

Taraflardan biri herhangi bir sebeple arabulucu atanmasına,

²⁰ Jiménez-Figueres, s. 94.

atamayı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde itiraz ederse, MTO yeni bir arabulucu atar.

Taraflar anlaşırrsa birden çok arabulucu atayabilir. MTO da gerekli görürse birden çok arabulucu atanmasını taraflara önerilebilir.

C. Usûl (m. 5)

Taraflar başkaca bir ADR yönteminin kullanılmasına karar vermedi ise arabuluculuk yöntemine başvurulacaktır. Uygulamada taraflar genellikle arabuluculuk yolunu seçtikten sonra MTO'sına başvurmaktadır²¹.

Arabulucu uygun gördüğü şekilde faaliyeti yürütecektir. Ancak her halde, arabulucu tarafsız ve bağımsız kalmalı ve taraf istemlerini dikkate almalıdır.

Arabuluculuk faaliyetinin yapılacağı yer ve arabuluculuk dili konusunu, taraf anlaşmasının yokluğunda, arabulucu kararlaştıracaktır.

Taraflar iyiniyetle arabulucu ile işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır.

D. Gizlilik (m. 7(1)-(2), (4))

Gizlilik konusunda taraflar ayrıca bir anlaşma yapabilir. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda MTO Kurallarına göre arabuluculuk faaliyeti özel ve gizlidir. Gizlilik, anlaşma belgesi için de geçerlidir. Ancak uygulanacak hukuka göre bu belgenin ibrazı gerekiyor ise ya da belgenin mahkemede delil olarak sunulması veya cebri icraya konulması gerekli ise bu durumlar gizliliğin ihlali sayılmaz.

Uygulanacak hukuka göre açıklanması zaruri değilse veya aksine taraf anlaşması yoksa şu hususların (tahkim veya dava-ya ilişkin) yargılama yapılırken delil olarak sunulması yasaktır:

²¹ Jiménez-Figueres, s. 97.

- Bir tarafça diğer taraf veya arabulucuya sunulan beyan ve belgeler ile yapılan yazışmalar. Bağımsız olarak bu beyan, belge ve yazışmaya ulaşmak mümkün ise bunlar yasak kapsamına girmez.
- Tarafların, arabuluculuk faaliyeti esnasında, uyuşmazlığa ilişkin yaptıkları beyanlar ve teklifler.
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında yapılan kabuller.
- Arabulucu tarafından ifade edilen görüş ve teklifler.
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında bir tarafın sulh olma yolunda irade beyanında bulunduğu hususu.

Taraflar aksini kararlaştırmadı ise veya uygulanacak hukuk zorunlu kılmıyorsa, arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin herhangi bir yönü hakkında tanıklık yapamaz.

E. Arabuculuk Faaliyetinin Sona Ermesi (m. 6)

Arabuluculuk faaliyeti şu hallerde sona erer:

- Tarafların bir anlaşma belgesi imzalaması halinde.
- Taraflardan biri veya tamamının arabuluculuk faaliyetine devam etmeyeceklerini beyan etmesi halinde.
- Kararlaştırılan usûl ve sürecin tamamlanması halinde.
- Arabulucunun, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülemeyeceğine ilişkin yapacağı bildirim halinde.
- Arabuluculuk faaliyetine ilişkin bir süre belirlenmiş ve uzatılmamış ise bu sürenin bitimi halinde.
- Arabuluculuk giderlerinin ihtara rağmen yatırılmaması durumunda, MTO'nun bu konuda yapacağı yazılı ihtar ile.
- Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek için arabulucu atanmanın, MTO'nun kararına göre, mümkün olmadığı hususunun taraflara yazılı olarak bildirilmesi halinde.

Yukarıdaki herhangi bir halde, MTO, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğini yazılı olarak taraflara bildirir. Uygulamada arabuluculuk faaliyeti genellikle ya anlaşma belgesinin imza edilmesi ya da tarafların anlaşması ile sona ermektedir²².

F. Masraflar (m. 4)

Arabuluculuk talebinde bulunabilmek için taraflar 1.500 ABD Doları tutarında geri ödemesi olmayan kayıt ücretini yatırmalıdır.

Arabuluculuk talebini aldıktan sonra, MTO taraflardan idari masraflar ve arabulucunun ücret ve masrafını karşılayacak bir meblağın avans olarak ödenmesini isteyebilir. Bu meblağ ödenmez ise MTO, arabuluculuk sürecini bekletebilir.

MTO'nun idari masrafları 10.000 ABD Doları ile sınırlıdır²³. Bunun dışında arabulucuya ödenecek ücret, taraflar ve arabulucuya danışılarak, arabulucunun iş için harcadığı zamana göre belirlenecek makul bir saat ücreti üzerinden belirlenecektir²⁴. Bu ücrete KDV ve uygulanacak diğer olası vergiler dahil değildir. Taraflar bu vergileri de ödemelidir²⁵.

Arabuluculuk faaliyeti sona erdiğinde MTO aldığı avanstan masraf ve ücretleri düşüp geriye kalan meblağı taraflara geri verir.

Aksine bir anlaşma yoksa, arabuluculuk giderlerine taraflar eşit olarak katlanır. Şayet taraflardan biri bu giderleri ödemez ise diğer taraf giderleri ödeyip arabuluculuk faaliyetinin MTO tarafından durdurulmasını engelleyebilir.

Arabuluculuk giderleri dışındaki diğer masrafları her bir taraf kendisi karşılar.

²² Jiménez-Figueres, s. 99.

²³ ADR Masraf Tarifesi, para. B.

²⁴ ADR Masraf Tarifesi, para. C.

²⁵ ADR Masraf Tarifesi, para. D.

G. Tahkim ve Yargılama ile İlişkisi (m. 7)

Taraflar aksini kararlaştırmadı ise, arabulucu, arabuluculuk faaliyetine konu uyuşmazlığa ilişkin olarak, hakem, hakim, avukat, danışman ve benzeri şekilde hareket edemez. Ancak taraflar özellikle arabulucunun, belirli bir süreçten sonra, hakem sıfatıyla hareket edebileceğini ve bu durumda MTO Tahkim Kurallarının uygulanması gerektiğini kararlaştırabilir.

H. Sorumsuzluk şartı (m. 7(5))

Kurallar, arabuluculuk faaliyetine ilişkin arabulucu, MTO ve MTO çalışanlarını fiil ve ihmallerinden dolayı sorumlu olmayacağı düzenlemesini getirmektedir. Ancak böyle bir düzenleme uygulanacak hukuka göre değerlendirilecektir. Örneğin Türk hukukuna göre kişinin kasıt ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeler geçersizdir.

IV. UNCITRAL Arabuluculuk Kuralları

A. Anlaşma

UNCITRAL AK'nda yer alan model şarta göre:

“Bu sözleşme ile ilgili veya sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık bulunması ve tarafların bu uyuşmazlığın dostane olarak çözülmesi için arabuluculuğa başvurmak niyetinde olması halinde, arabuluculuk başvuru tarihinde yürürlükte olan UNCITRAL Arabuluculuk Kurallarına göre yapılır.”

Bu şart taraflarca değiştirilebilir. Ayrıca taraflar AK'nı da istedikleri gibi değiştirebilir (m. 1(2)). Ancak her halde uygulanacak hukukun emredici kuralları dikkate alınmalıdır (m. 1(3)).

B. Arabulucu ve Atanması (m. 3-4)

Taraflar aksini kararlaştırmadı ise tek bir arabulucu atanacaktır. Birden çok arabulucu atanırsa birlikte bunlar hareket edecektir.

Tek arabulucu atanacaksa, taraflar bu atamayı birlikte yapacaktır. Taraflar iki arabulucu atanmasına karar verdi ise her bir taraf bir arabulucu atayacaktır. Şayet üç arabulucu atanacak ise her bir taraf bir arabulucu atayacak, arabulucular da üçüncü arabulucuyu atayacaktır. Taraflar, arabulucunun atanması konusunda bir kurum veya kişinin yardımını alabilir. Bu durumda bu kurum veya kişi uyuşmazlığı çözmek için en uygun niteliklere sahip arabulucuların listesini taraflara sunabilir. Şayet taraflar atamayı bu kurum veya kişinin yapmasına karar verdi ise, atamanın yapılmasında arabulucunun bağımsız ve tarafsızlığı ile milliyetinin taraflardan farklı olması hususu dikkate alınır.

C. Usûl (m. 1, 5, 6)

Uyuşmazlığını arabuluculuk yoluyla çözümlenmeye karar veren taraf uyuşmazlık konusunu kısaca belirtip diğer tarafı arabuluculuğa davet eder. Bu davet kabul edildiğinde arabuluculuk faaliyeti başlar. Bu davet reddedilir ise arabuluculuk faaliyetine başlanamaz. Davetten itibaren 30 gün içinde veya davette belirtilen bir başka süre içinde davet kabul edilmez ise davet sahibi davetin reddedildiğini kabul edebilir. Bu durumda davet sahibi, davetin reddedilmiş kabul edildiğini diğer tarafa bildirir.

Arabulucu atanmasını takiben taraflardan uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve delilleri içeren beyanlarını sunmalarını ister (m. 5). Bu beyanlar diğer tarafa da iletilir. Arabulucu tarafların her ikisinden veya sadece bir taraftan ilave beyan ve belge sunmasını isteyebilir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti esnasında bir temsilci bulundurabilir. Bu kişi avukat olmak zorunda değildir (m. 6).

Arabulucu taraflarla iletişimini yazılı veya sözlü olarak yapabilir (m. 9). Arabulucu her bir taraf ile ayrı ayrı bir araya gelebileceği gibi iki tarafla aynı anda da bir araya gelebilir. Arabuluculuk faaliyetinin nerede yapılacağı konusunda taraflar bir anlaşmaya varabilir. Böyle bir anlaşma yok ise arabulucu,

tarafra danıştıktan sonra faaliyetin ve uyuşmazlığın niteliğini ve gereklerini de gözöntüne alıp, arabuluculuk yerini belirler.

şayet arabulucuya taraflardan birisi bir bilgi ya da belge sunar ise, arabulucu bilgi ve belgenin içeriği hakkında diğer tarafa bilgi verip onun bu konuda görüş ve açıklamasını alır (m. 10). Ancak sunulan bilgi ve belgenin diğer tarafa bildirilmemesi, gizli tutulması istenilmiş ise arabulucu bu talebi yerine getirir.

Taraflara arabuluculuk faaliyetinde iyi niyetle hareket etme ve (bilgi ve belge sunmak, toplantılara katılmak ve benzeri konularda) arabulucunun taleplerini yerine getirmek konusunda elinden geleni yapması yükümlölüğü yüklenmiştir (m. 11).

Her bir taraf gerek kendi girişimi gerekse arabulucunun teşviki ile anlaşma önerisinde bulunabilir (m. 12).

şayet arabulucu tarafların anlaşmaya yakın olduğu düşünceinde ise anlaşma belgesi taslağı hazırlayıp tarafların görüşlerine sunabilir (m. 13(1)). Daha sonra bu metni taraf görüşlerine göre düzeltebilir. Taraflar da anlaşmaya varırlarsa anlaşma belgesini hazırlayıp imza edebilir (m. 13(2)). Taraflar anlaşma belgesinin hazırlanması konusunda arabulucudan yardım isteyebilir. Anlaşma belgesinin hazırlanıp imza edilmesi ile uyuşmazlık sona erer. Bu durumda taraflar anlaşma belgesinin şartlarına uymak yükümlölüğü altına girer (m. 13(3)).

D. Gizlilik (m. 14, 20)

Arbulucu ve taraflar arabuluculuk faaliyetine ilişkin her hususu gizli tutmalıdır. Gizlilik anlaşma belgesini de kapsar (m. 14). Ancak anlaşma belgesinin uygulanması veya icra edilmesi hususları gizlilik kapsamına girmez.

Taraflar aşağıdaki hususları herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim veya mahkeme yargılaması sürecinde delil olarak kullanmamayı taahhüd eder (m. 20):

- Uyuşmazlığın çözümü konusunda diğer tarafın görüş veya önerileri.
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında diğer tarafın yaptığı ikrarlar.
- Arabulucu tarafından sunulan çözüm önerileri.
- Arabulucunun sunduğu bir öneriyi diğer tarafın kabul edebileceği yönünde irade beyanında bulunduğu hususu.

E. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi (m. 15)

Arabuluculuk faaliyeti şu hallerde belirlenen tarih itibarı ile sona erer:

- Anlaşma belgesinin imza edilmesi ile (imza tarihinde).
- Arabuluculuk faaliyeti konusunda daha fazla çaba sarf etmeye gerek olmadığı konusunda taraflara danıştıktan sonra arabulucu tarafından yapılan beyan ile (beyan tarihinde).
- Taraflarca arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği konusunda arabulucuya yapılan beyan ile (beyan tarihinde).
- Arabuluculuk faaliyetinin sona erdiğine ilişkin tarafça diğer taraf ve arabulucuya yapılan beyan ile (beyan tarihinde).

F. Masraflar (m. 17-18)

Arabulucu, masraflar için taraflardan avans veya ek avans isteyebilir (m. 18). Şayet avans talepten itibaren 30 gün içinde ödenmez ise, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini durdurabilir veya taraflara yapacağı bildirim ile sona erdirebilir.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi üzerine arabulucu, masrafları hesap eder ve taraflara bildirir (m. 17). Masraf olarak kabul edilecek hususlar şunlardır:

- Arabulucu ücreti.
- Arabulucunun seyahat ve diğer giderleri.
- Tarafların rızası ile arabulucu tarafından çağrılan tanıkların seyahat ve diğer giderleri.
- Tarafların rızası ile alınan uzman görüşünün ücreti.
- Arabulucu atanması konusunda bir kişi veya kurumun yardımı alınmış ise bu yardım karşılığı ödenecek ücret.

Arabulucu, masrafları aldığı avanstan düştükten sonra kalan meblağı taraflara geri verir.

Taraflar arabuluculuk ücretini eşit şekilde karşılar. Ancak anlaşma belgesinde farklı bir paylaşım kabul edilebilir. Tarafların diğer tüm giderleri kendileri tarafından karşılanır.

G. Tahkim ve Yargılama ile İlişkisi (m. 16, 19)

Kuralların kabul edilmesi ile arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflar uyuşmazlığa ilişkin yargısal faaliyetlere başlamamayı ve tahkime gitmemeyi kabul eder (m. 16). Ancak taraf hak kaybına uğramamak için dava açabilir ve tahkime başvurabilir.

Taraflar ve arabulucu, arabulucunun daha sonra aynı uyuşmazlığın çözümü için hakem olmayacağını, tahkim veya yargılama sürecinde taraf temsilcisi veya danışmanı olarak davranmayacağını taahhüd eder (m. 19). Taraflar arabulucuyu tanık olarak dinletmemeyi de taahhüd eder.

V. LMTD (LCIA) Arabuluculuk Kuralları

A. Anlaşma

LMTD basit bir model arabuluculuk şartı öngörmektedir:

“Sözleşmenin varlığı, geçerliliği ve sona ermesine ilişkin uyuşmazlıklar da dahil, bu sözleşme ile ilgili ve sözleşmeden doğan bir

uyuşmazlık var ise, taraflar bu uyuşmazlığın LMTD Arabuluculuk Kurallarına göre arabuluculuk yoluyla çözümüne başvurur. Kurallar atfen bu şarta eklenmiş sayılır.”

Taraflar model arabuluculuk şartını ve AK'nı değiştirmek isterse, LMTD Sekreteryası ile temasa geçip onlara danışmalıdır. Aksi halde LMTD uyuşmazlık çözümüne katılmayı reddedebilir.

B. Arabulucu ve Atanması (m. 1(4), 2(5), 3)

Daha önce yapılmış bir arabuluculuk anlaşmasına göre arabulucu atanacaksa, bu sözleşmede yer alan arabulucu önerisi ve arabulucu seçim yolunu dikkate alınıp belirlenen avansın da yatırılması ile LMTD, arabuluculuk talebini aldıktan sonra kısa bir süre içinde, bir arabulucu atar.

Daha önce yapılmış bir arabuluculuk anlaşması yok ise, tarafların arabulucuyu veya arabulucu atanmasına ilişkin yolu belirlemesi ve belirlenen avansın yatırılması üzerine LMTD bir arabulucu atar.

Her iki halde de arabulucu sayısını taraflar belirlemedi ise LMTD bir arabulucu atayacaktır.

Atamanın yapılmasından önce arabulucu Divana özgeçmişini ve bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin bir beyanname vermelidir. Bu beyanname arabulucu adayını beyan edilen hususlar dışında tarafsızlık ve bağımsızlığını etkileyecek herhangi bir hususun olmadığını belirtmelidir. Hem özgeçmiş hem de beyanname taraflara gönderilir. Taraflardan herhangi biri, gerek beyan edilen gerekse kendi bilgisi dahilinde olan ve arabulucunun tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin bir sebebe dayanarak ve tamamen kendi ihtiyarında olarak atamaya itiraz edebilir. Bu durumda LMTD yeni bir arabulucu atar.

C. Usûl (m. 1, 2, 4, 6)

Kurallar, arabuluculuk faaliyetinin başlaması açısından da ikili bir ayırıma gitmiştir:

a) Daha önce yapılmış bir arabuluculuk anlaşması var ise, yazılı arabuluculuk talebinin LMTD Sekreteryasına ulaşması ile arabuluculuk faaliyeti başlar. Bu talepte, kısaca uyuşmazlığın niteliği, uyuşmazlık konusunun parasal değeri, arabuluculuk anlaşmasının bir kopyası, tarafların ve varsa temsilcileri ile önerilen arabulucunun iletişim detayları yer almalıdır. Talebe 500 İngiliz Sterlini tutarındaki kayıt ücretinin yatırıldığına ilişkin belge de eklenmelidir. Şayet talep diğer tarafla birlikte yapılmadı ise başvuru sahibi diğer tarafa talebin bir kopyasını da gönderir.

b) Daha önce yapılmış bir arabuluculuk anlaşması yoksa, arabuluculuk talebini diğer tarafın kabul ettiğine dair teyidin LMTD Sekreteryasına ulaştığı tarihte arabuluculuk faaliyeti başlar. Bu talepte, kısaca uyuşmazlığın niteliği, uyuşmazlık konusunun parasal değeri, arabuluculuk anlaşmasının bir kopyası, tarafların ve varsa temsilcileri ile önerilen arabulucunun iletişim detayları yer almalıdır. Talebe 500 İngiliz Sterlini tutarındaki kayıt ücretinin yatırıldığına ilişkin belge de eklenmelidir. Şayet talep diğer tarafla birlikte yapılmadı ise başvuru sahibi diğer tarafa talebin bir kopyasını da gönderir. Bu durumda diğer taraf talebin kendisine ulaşmasından itibaren 14 gün içinde uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözülmesi talebini kabul etmediğini Sekreterya yazılı olarak bildirir. Eğer bu süre içinde bir bildirim olmaz ise, arabuluculuk faaliyetine başlanmaz ve bu durum her iki tarafa da Sekreterya tarafından bildirilir.

Taraf dilekçelerinin nasıl olacağı konusunda özel bir düzenleme vardır. Buna göre taraflar arabulucuya dilekçelerini hangi formda ve ne şekilde ulaştıracaklarını kararlaştırmakta serbesttir. Taraflar, aksine bir anlaşma yapmadı ise, arabulucu ile tarafların kararlaştırdıkları ilk arabuluculuk oturumundan en geç 7 gün önce uyuşmazlığa ilişkin kendi pozisyonunu, uyuşmazlığın geçmişi ve çözülmesi gereken meseleleri kısaca anlatan bir dilekçeyi arabulucuya verir. Her bir dilekçe atıfta bulunduğu belgeleri de içerir. Her bir taraf arabulucuya verdiği dilekçe ve dayanaklarını diğer tarafa da gönderir.

Arabulucu, davanın özel durumunu ve taraf isteklerini de gözönünde bulundurmak suretiyle arabuluculuk faaliyetini istediği gibi idare eder. Arabulucu, taraflar ile sözlü iletişim

kurabileceği gibi yazılı olarak ta iletişim kurabilir. Ya da taraflar teker teker bir araya gelebileceği gibi birlikte de bir araya gelebilir. Arabulucu taraflara danıştıktan sonra kararlaştırdığı yerde arabuluculuk oturumu veya oturumları düzenleyebilir. Arabulucuya, faaliyeti esnasında bir tarafın özel olarak iletmış olduğu bir bilgi ya da belge o tarafın açık izni olmadan diğer tarafa bildirilemez; aktarılamaz. Her bir taraf arabulucuya, faaliyete katılacak kişilerin kim olduğu ve sayısını bildirmelidir. Her bir taraf faaliyet esnasında sulh olma yetkisi ile kimin kendisini temsil edeceğini ve bu kişinin yetkisine ilişkin belgeyi arabulucuya bildirmelidir. Taraflar aksini kararlaştırmadı ise arabuluculuk dili, arabulucu tarafından belirlenecektir.

D. Gizlilik (m. 10)

Arabuluculuk faaliyeti ve süreci, tüm görüşmeler, dilekçe ve beyanlar ile sunulan belgeler gizlidir ve sulh görüşmesi imtiyazına tabidir. Yani mahkemelerce sunulması istenemez. Bunun dışında, arabuluculuk oturumları özeldir; bu oturumlara sadece arabulucu, taraflar ve tarafların belirttiği kişiler girebilir.

Taraflar aksini kararlaştırmadı ise veya uygulanacak hukuk aksini emretmiyorsa, taraflar ve arabulucu arabuluculuğa ilişkin anlaşma belgesinin içeriği veya arabuluculuğun sonucu konusunda hiç bir kimseye hiç bir bilgi veremez.

Arabuluculuk faaliyeti esnasında sunulan veya hazırlanan hiçbir belge, ilke olarak, tahkim veya mahkemede delil olarak sunulamaz. Taraf, diğer tarafın veya arabulucunun arabuluculuk faaliyeti esnasındaki beyan, teklif veya kabullerini hakem veya mahkeme önünde delil olarak sunamaz.

Arabuluculuk faaliyeti resmi olarak kayıt altına alınmaz.

E. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi (m. 6-7)

Arabuluculuk faaliyeti şu hallerde sona erer:

- Tarafların imza edeceği anlaşma belgesi ile. Anlaşma belgesini ya taraflar ya da onların talebi ile arabulucu hazırlar. Bu belgeyi taraflar imza eder. Anlaşma belgesini imza etmekle taraflar şartları ile bağlı hale gelir.

- Tarafların arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeye yönündeki iradelerini arabulucuya iletmeleri ile.
- Arabulucunun, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesine imkan görmediğine ilişkin kararını taraflara bildirmesi ile.
- Arabuluculuk faaliyeti için tarafların daha önce belirlemiş oldukları sürenin uzatılmadan sona ermesi ile.

F. Masraflar (m. 8)

Masraflar, idari masraflar ve arabulucunun ücret ve masraflarından oluşur ve masraflar taraflarca eşit olarak karşılanmalıdır. İdari masraflar arasında idari personelin saat ücreti ve diğer giderleri yer almaktadır²⁶. Arabulucunun ücreti saat ücreti şeklinde belirlenmektedir²⁷.

Arabuluculuk talebini takiben LMTD belirli bir miktar avans belirler. Avans taraflar arasında eşit olarak ödenmelidir. Ancak bir taraf avanstan kendi payına düşen miktarı ödemez ise diğer taraf ödeme yapabilir. Avans ödenmedikçe LMTD arabulucu ataması yapmaz veya arabuluculuk faaliyetine devam edilemez.

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi ile LMTD arabulucuya danışıp masrafları belirler. Şayet masraflar avanstan az ise aradaki fark taraflara ödenir. Aksi halde taraflar avanstan karşılanmayan masrafı eşit miktarda öder.

G. Tahkim ve Yargılama ile İlişkisi (m. 9)

Taraflar aksini kararlaştırmadı ise, arabuluculuk faaliyetine başlamak veya devam etmek uyuşmazlığa ilişkin olarak tahkime veya mahkemeye başvurmaya veya yargılamayı devam ettirmeye engel teşkil etmez.

²⁶ LMTD Arabuluculuk Masrafları Tarifesi, m. 1. Saat ücreti 100 ila 225 İngiliz Sterlini arasında değişmektedir.

²⁷ LMTD Arabuluculuk Masrafları Tarifesi, m. 2. Saat ücreti 400 İngiliz Sterlininin üzerine çıkamaz.

H. Sorumsuzluk şartı (m. 11)

Kasıt olmadıkça, LMTD üyeleri, Sekreteryâ çalışanları veya arabulucular fiil veya ihmallerinden dolayı sorumlu değildir. Bu sorumsuzluk anlaşması yukarıda belirtilen kısıtlamalara tabidir²⁸. Ayrıca Kurallar anılan kişilerin tanık olarak dinlenmeyeceğini de kabul etmiştir. Bu hüküm elbette uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

Sonuç

İncelenen Arabuluculuk Kurallarına hâkim ortak ilkeler şunlardır:

a) Gönüllülük ilkesi: Kurallar arabuluculuk anlaşmasının yapılmasından, anlaşma belgesinin hazırlanmasına kadar tamamen gönüllülük esası üzerine kurulmuştur. Taraflar iradi olarak arabuluculuk faaliyetine başlayıp istedikleri zaman herhangi bir külfet altında kalmadan bu faaliyeti sona erdirebilir.

b) Tarafların işbirliği ilkesi: Gönüllülük ilkesinin bir yansıması olarak tarafların işbirliği esası kabul edilmiştir. Taraflar gerek arabulucu atamasında birbirleriyle ile faaliyetin yürütülmesi esnasında arabulucu ile işbirliği yapmalıdır.

c) Esneklik. Kurallar gönüllülük ve taraf işbirliği ilkelerini gerçekleştirmek ve uyusmazlığın en etkin şekilde çözümünü için esneklik ilkesini kabul etmiştir. Taraflar, kuralları ilke olarak değiştirebilir. Ayrıca arabulucuya faaliyeti gerçekleştirmek için geniş bir hareket alanı bırakılmış; yani faaliyetin yürütülmesi, tarafların görüşünü almak kaydıyla, arabulucunun inisiyatifine bırakılmıştır. Arabulucu, arabuluculuk yöntemini tarafların istemine göre belirleyip şekillendirebilecektir²⁹.

d) Gizlilik. Tarafların ve arabulucunun herhangi bir endişeye kapılmadan rahatça uyusmazlık hakkında tartışabilmeleri,

²⁸ Bkz. yukarıda Bölüm IV.H.

²⁹ Örneğin kimi arabulucu caucusus modelini benimseyip taraflarla ayrı ayrı görüşmeler yaparken kimi arabulucu taraflarla ikisi ile birlikte bir araya gelir. Bkz. örneğin Zach, s. 35-37.

bilgi ve belge sunmaları ve teklifte bulunabilmeleri için mümkün olabildiğince geniş anlamda gizlilik ilkesi kabul edilmiştir. Arabuluculuk, güven temeline oturmuş bir uyuşmazlık çözüm yoludur ve güveni sağlayıcı unsurların en önemlisi de gizlilik tir³⁰. Uygulanacak hukukun da gizliliğe ilişkin geniş koruma sağlaması yerinde olur³¹.

e) Az masraflılık. Arabuluculuk mahkeme ve tahkim yargılamasına göre çok daha az masraflıdır. Örneğin, arabuluculuk yolu kullanılıp 370 milyon ABD Doları değerindeki bir uyuşmazlığı üç günde yaklaşık 40.000 ABD Doları (arbuluculuk) masrafı ile bitirmek mümkündür³². Yine de arabuluculuk masrafları bir kurumdan diğerine değişkenlik gösterecektir. Ayrıca uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü ile taraflar arasındaki ilişki mümkün olan en az zedelenme ile sona ermektedir.

f) Hızlılık. Arabuluculuk faaliyeti başarıya ulaşırsa uyuşmazlığın çıkmasından sonuçlanmasına kadar geçen süre her halde yargılamadan kısa sürecektir. Tüm kurallar arabuluculuk faaliyetinden “çıkış kolaylığı” sağlamıştır. Faaliyetin başarıya ulaşması imkanı gözükmez ise gerek taraflar gerekse arabulucu faaliyete son verebilir.

Sonuç olarak, arabuluculuk kurumunun seçiminde kurumun ve kuralların güvenilirliği, arabuluculuk faaliyeti sırasında kurum adına idari yardımda bulunacak kurum çalışanlarının bilgi ve tecrübeleri, arabulucu listesinde yer alan arabulucuların nitelikleri ve arabuluculuk masrafı belirleyici olacaktır.

İstanbul Tahkim Merkezi kurulup faaliyete geçtiğinde yapması gereken işlerden biri de yukarıda anlatılan ilkeler ışığında arabuluculuk kuralları hazırlayıp arabuluculuk hizmeti vermeye başlamak olmalıdır.

³⁰ Arabuluculukta gizlilik ilkesi konusunda bkz. James H. Carter, “Issues Involving Confidentiality” in Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series No. 12 (Kluwer 2005), s. 484-496; Zach, s. 33-35.

³¹ Tasarı, m. 5.

³² Carroll/Mackie, s. 174-175.

Yukarıda incelenen Kurallar ancak belirli bazı konuları düzenlemekte bunun dışındaki hususları irade serbestisine ve özellikle uygulanacak hukuka bırakmaktadır. Taraflar uyumsuzluğun niteliklerine göre arabuluculuk yolunu istedikleri gibi düzenleyebilir. Ancak bazı konular ancak uygulanacak hukuk tarafından düzenlenebilir. Örneğin, arabuluculuk faaliyetine başlamanın zamanaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi³³, yine faaliyetin yargılamayı durdurup durdurmayacağı veya anlaşma belgesinin icrasına³⁴ ilişkin özel bir düzenlemenin olup olmayacağı hususları ancak uygulanacak hukuk içinde yer alabilir.

³³ Tasarı m. 16.

³⁴ Tasarı, m. 18.

TARTIŖMALAR

Prof. Dr. Süha TANRIVER (Oturum BaŖkanı): Kendisi, kurumsal bazda iki model üzerinde gayet açık, net bilgiler verdi ve bu çerçeveden hareketle her iki modeli birlikte değerlendirerek ortak birtakım ilkelere iŖaret etti.

Ben de arabuluculukla ilgili imkân doęmuŖken birkaç Ŗey söylemek isterim. Hl arabuluculuk faaliyetinin niteliği konusunda tartiŖmalar var, bu Kanun Tasarısı hazırlanalı epeyce bir zaman geçti. Çok sayıda oturum, sempozyum yapıldı. Çok sayıda yazı yazıldı. Hatta Tasarı çıkmadan önce monografiler vardı. Buna rağmen kuruma karŖı hâlâ bir önyargılı, temkinli, kaygılı bir yaklaŖımın olduğunu görüyoruz.

Belki psikolojik kavramlar insanlar üzerinde hakikaten önemli etkiler yaratıyor. Bizler arabuluculuğun dhiliyesi konumunda bulunması sebebiyle "alternatif uyuŖmazlık çözümleri" kavramını kullanıyoruz, Anglo-Sakson kaynaklı bir kavram. Hemen kafada bir istifham uyanıyor: Neyin alternatifi? Yargının alternatifi. Dolayısıyla daha ilk planda kiŖilerde hemen birtakım soru iŖaretleri, tereddütler oluŖmaya baŖlıyor

ve temkinli yaklaşıma ihtiyacı doğuyor. O nedenle, “alternatif uyuşmazlık çözümleri” değil de, Almanların yaptığı gibi “mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları” yahut “barışçıl yollara müracaat suretiyle uyuşmazlık çözüm yolları” demek veya o kavramı terminolojik bazda yerleştirmek son derece yerinde olacak gibi geliyor. Çünkü alternatif lafı, evet Anglo-Sakson sisteminde gerçekten alternatiftir, çünkü yargıya gidiş zaten pahalı ve kişileri bir şekilde uzlaşmaya sistem mecbur bırakıyor. Ama bunu yerleştirirken, özellikle bizim gibi toplumlarda kavramlara biraz özen göstermek gerekiyor. Sabah da ilişkilendirilmeye çalışıldı, hatta birisi dedi ki: “Yargılama faaliyetinin bir parçası gibi algılıyoruz biz bunu”. Sürekli deniyor, yargılama faaliyeti olmadı. O hâlde, arabulucunun işlevi konusunda bir bilgi eksikliği mevcut. Ne yapar bu arabulucu? Temel çizgileriyle, birkaç cümleyle de olsa kristalize biçimde onlara işaret etmekte yarar var.

Uyuşmazlık işine düşmüş olan tarafları, kendi çözümlerini üretmek amacıyla bir araya getiren, aralarında iletişim kuran kişiye biz arabulucu diyoruz. Arabulucu asla bir yargılama faaliyeti yapmamaktadır, sadece tarafları bir araya getirme, konuşma, karşılıklı müzakere edebilme, çözüme uygun rahat ilişki kurulabilecek bir ortamı yaratma ve bunu dinamik tutma gayreti içerisinde olan kişidir. Hatta taraflara somut çözüm önerileri sunamaz, bir katalog arz edemez, tarafların kendi ürettiği somut çözüm önerileri üzerinde müzakereye falan zorlayamaz. Sadece ve sadece onun işlevi, tarafları bir araya getirme, aralarında iletişimi kurma, taraflar arasındaki ortak noktaları tespit etme, uzlaşma olanağı varsa müzakerelerin, görüşmelerin koparılmadan o ortak noktalar üzerinde yoğunlaşmasıdır.

Arabulucu, yargılama yetkisinin kullanımı anlamına gelecek hiçbir tahkikat işlemi yapamaz. Tanık dinleyemez, tarafları isticvap edemez, bilirkişi incelemesi gibi birtakım inceleme yöntemlerini uygulayamaz. Onun böyle bir misyonu da yoktur, yetkisi de bulunmamaktadır. O nedenle hep yargılamayla ilişkilendirmenin bir anlamı da yok. Hatta bu tartışma, bu fonksiyon, bu boyut bilinmediği için “Acaba arabuluculuk fa-

aliyeti sadece hukukçulara mı hasredilmelidir?" Hep yargıya yakın bir yolmuş gibi algılanmasına yol açtığı için "hukukçulara hasredilmelidir" tartışması da belki bu bilgi eksikliğinden kaynaklanıyor olabilir. O nedenle, bu kurumu belki çok daha iyi, değişik platformlarda anlatmakta yarar var.

Ben, hem Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nda Komisyon üyesi olarak çalıştım hem Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nda Komisyon üyesi olarak çalıştım. Bu Kanun Tasarıları hazırlandıktan sonra, biliyorsunuz değişik kurumlara, kişilere, mercilere görüş için gönderiliyor. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı uzun soluklu bir çalışmanın ürünüdür. Gelen eleştiriler ancak bir klasörde belki toplanabilecekken, Arabuluculuk Kanun Tasarısı'na gelen eleştiriler belki 4-5 klasör. Yani Anadolu'da bir laf var, hoş bir laf değil, bir ara televizyonlarda da kullanılıyordu, "ağzı olan konuşuyor" denen bir düzeyde cereyan etti. İnanılmaz bir saldırı. Hatta bazen komisyon üyelerinin şahsına dahi yönelimler oldu.

Burada belki şunu dillendirmekte yarar var, Mustafa arkadaşım da işaret etti: Eleştiriler hep şu noktalarda toplanıyor, çoğu da ya sosyolojik bir temeli var veya psikolojik kökenli.

1-Temkinli bir yaklaşım var.

2-Önyargılar var.

3-İdeolojik maksatlı yaklaşımlar var, bir ideolojinin aracı olmak yaklaşımı var.

4-Korku ve endişeler var.

Hatta bu devreye girdiği takdirde, o kadar enteresan değerlendirmeler yapıldı ki, bir kere arabulucunun faaliyetinin hukuk uygulamasıyla bir ilişkisi yok. Neden? Menfaat temelli bir süreç, haklılık temeline dayanmıyor, haklının haksızın belirlenmesine yönelik bir süreç değil. Dolayısıyla tarafların delilleri, haklılık durumları, geçmişte yaşananlar bu süreçte herhangi bir rol de taşımamaktadır. Buna rağmen, sanki hu-

kuk uygulanıyormuş gibi, yargılama faaliyetiyle ilişkilendirip, yargılama faaliyeti ile bağ kurularak arabuluculuk sistemi devreye girecek olursa ülkede çok hukukluluk egemen olacak, şer'î esaslar yeniden gelecek, Medine Sözleşmesi hükümleri tekrar uygulanacak, ulusal yargı etkisizleştirilecek, ulusal yargı özelleştirilecek, yargı tamamen tahrip edilecek gibi birtakım eleştiriler dile getirildi. İşlevi sadece haklıyı ve haksızı belirlemek olmayan, taraflar arasında iletişim kuran, bunu da canlı tutan, ortak noktaları yakalayıp tarafların o noktada yoğunlaşmasını sağlamaya yönelmiş olan bir figürün bunu nasıl sağlayacağını artık sizin insafınıza takdir ediyorum. Böyle bir şey olması düşünülemez. Hatta -biraz sonra o tepkilere de kısaca birkaç cümleyle değineceğim- "bu sadece avukatlara hasredilsin, avukatların yapacağı iştir" gibi birtakım karşı koymalar da ortaya çıktı. Maalesef, işin garip tarafı, arabuluculuk kurumuna en çok direnç gösteren çevre hukuk çevreleri olmuştur, hukukçular olmuştur. En başta da yargı görevlileri gelmektedir. Bu süreç Batı'da da yaşanmış, Almanya'da da olmuş, Avusturya'da olmuş mudur onu belki sabah sorabilirdik ama, unuttuk. Almanya'da bu süreç çok yaşanmış. İlk başta hâkimler direnmiş. Hâkimlerin direnme gerekçeleri enteresan -belki akşamın bu saatinde biraz daha ilginizi de çekeceğini zannediyorum- enteresan gerekçeler var. Birinci gerekçe diyor ki: "Uyuşmazlık çözümü hâkimlerin asli işidir, hâkimlerle bu bağlamda yeterlilik açısından hiç kimse yarışamaz". Bu bir anlamda He-Man moduna geçme anlamına gelir. Kimse bizde Voltran'a yanaşmıyor, herkes He-Man modunda, Voltran oluşturma gayreti içerisinde olmuyor. Hani Mazhar-Fuat-Özkan'ın "ben neymişim be abi" diye bir parçası var, hatta adamın birisi "Ben sizin babanızım, ben ne dersem o olur" diye televizyonlarda bir ara sürekli bağırarak enteresan parçalar da söylüyordu. Birinci gerekçe diyor ki: "Uyuşmazlık çözmek bizim asli işimizdir". Bu psikolojik kaygı, yaşanmış tecrübeleri söylüyorum. Bu, hatta bir Anayasa Mahkemesi üyeliği yapmış, daha sonra arabuluculuk sürecine geçmiş bir Alman hâkimin tespitleridir, Komisyondan hocalarımız da burada, o zaman bize de çok ilginç gelmişti, onu sizinle paylaşma ihtiyacı duydum.

İki; ilk başta ne olur, bilmediğiniz yabancı bir kurum oldu mu bir direnç oluşur, temkinli yaklaşma, bir ön yargılı yaklaşma ihtiyacı yine kendini göstermiş, bazılarında ön yargı ile yaklaşıyor. Hatta bazıları diyor ki: “Uyuşmazlığı çözme benim işim, ben zaten bunun eğitimini aldım. Ben uyuşmazlığı arabulucuya havale edip ona etkinlik kazandıracak olursam bu benim toplumsal saygınlığımanın örselenmesine de sebebiyet verir. Bir anlamda prestij kaybı anlamına da gelebilir”.

Bir başkası çok daha rijit: Hatta bu biraz da arabuluculuk kurumuna belki de bir ironik yaklaşımın ürünü. Mediasyon var, bir de meditasyon var biliyorsunuz moda oldu bu ara, önüne gelen meditasyon yapıyor şimdi. Bilsin bilmesin, geçen gördüm, Sinan Çetin’in karısı da meditasyoncu olmuş, tütsüler falan böyle, âlem-i melekûta doğru gidiyorsunuz. Meditasyon ile mediasyon arasındaki bu kelimesel yakınlıktan hareketle, deniyor ki: “Tarafların terapiye değil, karara ihtiyacı vardır. Eğer karara ihtiyacı olmasaydı bana gelmezlerdi, gidip terapi uzmanına müracaat edebilirlerdi”.

Yine bir başka gerekçe, sabah da tartışıldı tahkim yargılaması bağlamında: Hakemin rolü, işlevi açısından “arabulucunun kullanacağı yöntemleri ben zaten yargılama içinde kullanıyorum. Eğer bir şey varsa, uzlaşmaya bir zemin oluşacaksa ben tarafları zaten uzlaştırabilirim. Bu yöntemleri ben de biliyorum. O hâlde niye ben uyuşmazlığı arabulucuya havale edeyim?” şeklinde bir kaygı, bir düşünce yine egemen konumda. Bunları çok çeşitlendirmek mümkün. Belki bu kurumun iyi bilinmemesinden, yeterince anlatılamamasından... Bizim bir de en büyük olumsuz tarafımız, bizde herkes her konuda konuşuyor. İlim sahibi olmadan fikir beyan etmek diye bir alışkanlığımız var. Bu da o şekilde cereyan eden, çoğunlukla eleştiriler bu kapsamda mütalaa edilecek nitelikte.

Avukatlar açısından da yine bir tespit yapılmış, bir değerlendirme. Birinci kaygı: “Yeni bir meslek doğuyor, avukatlıkla rekabet edecek, bir anlamda onu etkisizleştirecek yeni bir meslek doğdu”. Bizde bir şey olduğu zaman hemen “Bir şey elden gidiyor” diye bizim biliyorsunuz genetiğimizde de o var,

TARTIŞMALAR

hemen bir şeye karşı aşırı yönelim olduğunda “aman o elden gidiyor” diye, tarihten gelen bir yatkınlığımız var belki. “Avukatlık elden gidiyor, avukatlık etkisiz bırakılıyor”. O nedenle de zaten hep eğilim neye yönelmiştir? Avukatlara hasredilsin yahut hukukçular yapsın, belki o zırhı koruma gayretinin bir ürünü.

İkinci gerekçe ise, psikolojik değil, daha ziyade ekonomik temelli. Vekâlet ücreti bağlamında, daha az vekâlet ücreti alınacağı bağlamında bir kaygının olması. Biliyorsunuz, bizler ne kadar dava uzarsa sizin müvekkil o kadar çok gayret sarf ettiğinize inanır. İki celsede bitirseniz “Sen ne yaptın ki benden ne istiyorsun?” alışkanlığı bilinçaltımıza yerleşmiştir. Çünkü Avukatlık Kanunu, bana göre 35/A maddesi vardı, pekâlâ da işletilebildi. Çalışmama nedenlerinden birisi olarak belki de bu söylenebilir. Batı’da bu kaygı da giderildi. Hukukçuların bu direnci kırılmadan bu arabuluculuk kurumunun yaygınlaşması, kendinden beklenen misyonu yerine getirmesi mümkün değil.

Şimdi, güven tesisi için de -biraz önce Mustafa arkadaşım söz etti- en büyük güven unsurları kimdir? Hâkimler veya diğer yargı görevlileri. Onlardan yararlanma seçeneği tercih edilmiştir. O nedenle, Almanya’da hep mahkeme içi arabuluculuğa özen göstermiştir. Kişinin böyle bir alternatifi olduğunu da bilmesi, hatta arabuluculuk işlevinin yerine getirilmesinde eğitilmek kaydıyla ilk evrede hâkimlerden yararlanılması ön plana çıkarılmıştır. Çünkü hâkim kimliği başlı başına bir güven unsuru oluşturmaya yetiyor, böyle bir kaygı, böyle bir endişe de var.

Böyle şeylerin olması son derece doğaldır ama kategorik yaklaşımlardan sürekli kaçınmak lazım. Bir şey tümüyle kötüdür, tümüyle iyidir şeklinde bir yaklaşım hiçbir zaman doğru değil. Menşesine bakarak bir kuruma düşmanlık yapmak, yine karşı çıkmak, karşı tezler geliştirmek doğru değil. Onu kendi bünyenize uygun hâle getirmek zorundasınız. Şimdi Arabuluculuk Kanun Tasarısı’na karşı inanılmaz bir direnç var. Bazı platformlarda konuşamıyorsunuz bile, Adalet Komisyonu’nda falan konuşmaya kalksanız herhalde döverler sizi, yani bazen

öyle tepkilerle de karşı karşıya kalıyorsunuz. Komisyonlarda dillendirdiğiniz anda hemen bir zırh ve klasik, aynı söylem biçimleriyle sürekli karşı karşıya kalınıyor. Önce bir tanı, öğren, ondan sonra eleştir. Zaten getirilen şey, sadece bir öneridir, olgunlaştırmaya muhtaçtır.

Çok da fazla zamanınızı almak istemiyorum, sadece bu sosyolojik tespitlere de, psikolojik tespitlere de işaret etmek istedim. Bunun nasıl aşılacağına dair ben bir makale de yayımladım, isteyen arkadaşlarım ona da müracaat edebilirler. Fırat Öztan Armağan'da bu tespitlere, burada biraz önce sizinle paylaştığım tespitlere kısaca işaret ettim. Bunun aşılması yollarına da işaret ettim. Onun için, kurumu iyi tanıyıp ondan sonra hakkında hüküm verme yoluna gitmek gerekir.

Teşekkür ediyorum.

Şimdi sorular kısmına geçiyoruz.

Söz almak isteyen arkadaşlarım işaret buyursunlar.

Arş. Gör. Nazlı GÖREN-ÜLKÜ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Benim sorum özellikle Sayın Özbek'e olacak.

Sayın Özbek, yargılamada silahların eşitliği ilkesinden bahsetti, tabii ki hepimiz biliyoruz bu hâkim ilkelerimizden bir tanesi. Arabuluculukta da bir faaliyetten bahsediyoruz, burada yargılamanın olmadığını söylüyoruz üstüne basa basa. Tabii ki ikisinin farklı prensipleri, farklı özellikleri var. Arabuluculuk faaliyetinde taraflardan birinin diğerine nazaran açık bir şekilde güçlü konumda olması, örneğin bu ekonomik olabilir, sosyal olabilir, başka bir açıdan olabilir, bunun yaratabileceği birtakım olumsuzluklar olabilir. Bir baskı unsuru olabilir. Özellikle bu arabuluculukta seçilen, -işte görüyoruz mukayeseli hukukta da farklı sistemler var- farklı modeller var. Bu gibi sakıncaların aşılması için acaba ne gibi tercihler yapılabilir, bunlar nasıl aşılabilir? Bunu öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Buyurun Sayın Demir.

Av. Şamil DEMİR (Ankara Barosu): Mustafa Hocam az önceki tebliğinde, adliyelere ne kadar büyük yatırımlar yapıldığı ve yapılmaya da devam edildiği, bu konudaki ihtiyacın da giderek ne kadar arttığından bahsetti. Aynı zamanda arabuluculuk gibi bir yöntemin de adliyenin yükünü ne kadar azaltabileceğinin gerekliliğinden bahsetti.

Şimdi, arabuluculuk gibi bir kurum adliyelere yatırım yapan, buna devasa paralar harcayan bir Adalet Bakanlığı bünyesinde mi canlandırılmalı veya desteklenmeli, yoksa acaba Kanun Tasarısı hâlindeki ve ilk yıldan sonraki bütçesinin kimin tarafından karşılanacağı veya ne kadar tutarda karşılanacağı belli olmayan, uzun vâdede işlev kazanması beklenen tahkim merkezi gibi bir merkezde mi faaliyet göstermesi, bunun çarısı altında toparlanması daha uygun olur? Nasıl bir politik tercih yapılmalı? Bu konuda acaba arabuluculuk gibi bir yöntemin devlet desteğiyle yine nasıl dumansız hava sahası gibi propagandalarla topluma tanıtılması devlet bütçesinin direkt olarak kullanılması imkânı varken, yine bütçesinin nereden karşılanacağı belli olmayan bir merkezde faaliyet göstermesi veya palazlanmasının beklenmesi ne kadar doğru olur? Sayın Süha Hocam ve Mustafa Hocamdan cevap bekliyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Buyurun Sayın Ali Cem Budak.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Mustafa Özbek arkadaşımıza bir sorum var, ayrıntıyla ilgili kalacak belki ama.

Dava alışkanlığıyla ilgili rakamlar verdi konuşmasının başında ve belli milletlere ilişkin işte binde 7, binde 9, binde 90, binde 100 civarında rakamlar verdi. Neyi ifade ediyor acaba bu dava alışkanlığı? Ülke nüfusuna, dava adedinin oranı mı, nedir? O konudaki ayrıntıyı merak etmişim.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı): Ben medenî usûlcü değilim. Dokuzuncusu yapıyor, dokuzuncusuna ancak katılabildim. Ama gıptayla izlediğim bir oluşumdur bu. Herhalde başlangıcında da mensubu bulunduğum fakültenin büyük bir katkısı vardır. Bu toplantıları bugünlere getiren, önce başlatanlar sonra da bu salonu dolduran bütün meslektaşlarıma teşekkür ediyorum. Bir başlatıcıyı da huzurunuzda rahmetle anıyorum, Halûk Konuralp'i.

Arabuluculuk konusu gündeme gelince ben de bulunduğum toplantılarda mutlaka bir şeyler söyleme ihtiyacı duyuyorum. Vergi hukuku asık suratlı bir hukuk dalı olarak nitelendirilebilir, çünkü vergi genelde çok sevimli karşılanan bir olgu değildir. Ama vergi hukukunun güler yüzlü bir müessesesi vardır, o da uzlaşmadır. Zaman zaman belki bu güler yüz, fazlaca güldüğü için sorunlara da yol açtığı söylenebilir. Yani o gülmeyi de kıvamında tutmakta yarar vardır.

Arabuluculuk konusunda tepkilerin bir kısmının haksız olmadığı kanaatini taşıyorum, o da ifadelendirmeden kaynaklanan bir tepkiye yol açıyor. Süha Hoca bir şeyler söyledi, söyledi, söyledi, benim söyleyeceğim şeyi söyleyecek diye korktum. Süha Hoca'dan sonra konuşmak da zor biliyorsunuz, mikrofonu ele alınca korsan tebliğ korsan olmayan tebliğe dönüşüyor. Ben de Süha Hocayla yarışabilecek biri değilim ama, yaklaşıyorum sanıyorum, o da şu: Birkaç yerde söyledim, burada da tekrar etmekte yarar görüyorum, muhtemeldir ki yurt dışında da farklı terimler kullanılıyor olabilir. Anlaşmazlıkla uyuşmazlık arasında bir farkın olması gerekir. Sürekli uyuşmazlık tabiri kullanıldığı için de uyuşmazlık çözümünde de yetkili mahkeme olduğu dikkate alındığında, buna aracılık yapanların da hukuk fakültesi mezunları olması gerektiği düşünüldüğünde şüphesiz ki hukuk fakültesi mezunlarının hâkimin, savcının, avukatın "bizim iktidar elden gidiyor" diye panik yapması kaçınılmaz olabilir. Bu tabiri, uyuşmazlığı değil de anlaşmazlığı ön plana çıkarsanız, birinde çatışma var, birinde uzlaşma var. Bizim toplum çatışmacı bir toplum, uyuşmazlığı bol olan

TARTIŞMALAR

bir toplum. Mahkemeler dünyanın en büyük, en geniş kapalı mekâna sahip mahkemelerini Türkiye yapıyor, dünyanın en fazla nüfusa sahip ülkesi Türkiye değil. İllerde gerçekten güzel adliye sarayları var. Gidiyorsunuz, oradaki baro başkanı diyor ki: “Bu adliye sarayı birkaç yıl evvel yapıldı, ama ihtiyaca cevap vermiyor. Çünkü uyuşmazlıklar çığ gibi büyüyor”. Her ile yeni yeni mahkemeler kuruluyor. Yüksek mahkemelere yeni yeni daireler açılıyor. Dosya sayıları da azalmıyor, sürekli artıyor. Niyey? Çünkü bizde şöyle bir dava açma alışkanlığından bahsetti Sayın Özbek, “bizde dava açma alışkanlığı herhalde dünyanın en yüksek oranıdır”. Onu vermedi dikkat ederseniz. Hiç kimse de sormadı, “Türkiye’de dava açma oranı nüfusa göre kaç?” diye. Biliyorsunuz, bizde şöyle bir anlayış vardır: Mahkeme sürüm sürüm süründürme yeridir. Yani bir anlamda işkence eder taraflar birbirine, mahkemeyi aracı kılarak. Tabii, bu birbirini tetikler, biri diğerini, diğeri diğerini, sonunda dosyalar yığın hâlinde, hâkimler o dosyaların arasından çıkarırlar, mahkemeler büyük gider. O zaman biz bu çatışmacı toplum yapısını uzlaşmacı toplum yapısına dönüştürmemiz gerekiyor. Bu, bugünden yarına olabilecek bir şey değil. Arabuluculuk mutlaka bizim toplumumuzda sosyal barışın sağlanması ve devam etmesi bakımından getirilmesi gereken bir kurumdur. Arabuluculuk yapmak için hukuk fakültesi mezunu olmak şart değildir, onlara da belki yasak konulmaması gerekir. Ama ben hukukçuların, hukuk fakültesi mezunlarının iyi arabulucu olacağı kanaatini de taşıyan biri değilim. Bunun için de şöyle bir örnek var, zaman zaman veriyorum, şu anda devam ediyor mu bilmiyorum: “Orta Anadolu’da bir beldede mahkemeye intikal etmiş hiçbir uyuşmazlık yokmuş” diye bir haber geçmişti. Öyle sanıyorum orada şu anda uyuşmazlıklar vardır, muhtemelen o beldede hukuk fakültesi okumuş birileri vardır. İşte “sen haklısın” diyerek, menfaate değil, hakka öncelik vererek orada insanları birbirine düşürmüştür, orada da uyuşmazlıklar mahkemelere intikal ediyordur. Ama orada -dikkat edin- uyuşmazlık çıkmamasının temeli, esası, gerekçesi “muhtemelen bir hukuk fakültesi mezunu var; o, oradaki anlaşmazlıkları çözüyor, o nedenle uyuşmazlık çıkmıyor” değil-

dir. Orada bir büyük, bir arif kişi o anlaşmazlıkları çözüyordu, uyuşmazlık hâline dönüştürmüyordu. Dolayısıyla “hukuk fakültesi mezunu mutlaka başarılı olur” şeklindeki yaklaşımın doğru olduğunu düşünmüyorum. Hatta çatışmacı bir mantıkla yetiştirildiği için hukuk fakültesi mezunları, dava açacaksınız, yürüteceksiniz, işte şu avukatlık hünerini göstereceksiniz, haksızı haklı çıkarma gayreti içerisinde olacaksınız diye kendisini formatladığı için arabuluculukta başarısız da olabilir. Ama mutlaka arabulucunun da şüphesiz ki bir eğitimden geçmesi gerekir. O nedenle de zaten galiba epeyce bir saat hukukla ilgili birtakım temel kavramlara, kurumlara, kurallara hâkimiyet sağlaması bakımından da bir eğitimden geçmesi gerekiyor.

Ben, medenî usûlcü değilim, Arabuluculuk Komisyonu’nda görev yapmadım. İstanbul’da kurulması düşünülen tahkim merkezine ilişkin düzenlemelerin içinde de bulunmadım ama, finans merkeziyle ilgili dolaylı olarak ben de ilgiliyim. Çünkü dünya finans merkezlerinden birinin İstanbul’da kurulması benim alanımı da ilgilendiriyor. Ben arabuluculuk konusunda Türkiye’nin ihtiyacı olduğunu ve bunun mutlaka bu ülkede yerleştirilmesi gerektiğini, hukuk fakültesi mezunlarının da bundan çok fazla korkmaması gerektiğini düşünüyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Buyurun Seçkin Bey.

Av. Seçkin ARIKAN: Ben daha kısa tutacağım.

Arabuluculuk konusu tartışıla tartışıla tabii siz, ben, buradaki birçok kişi birçok ortamlarda artık kaç kere bilmiyorum, on, yirmi, elli öyle sayılarda konuştuk, tartıştık. Dönüp hep geldiğimiz yerin şu olduğunu görüyorum: Biz, bulunduğumuz yerden avukatların yapması gerektiğini, ama bunu bir mesleki danışman olarak değil, işte çeşitli gerekçelerle söyledim. Şimdi onlarla burada zaman harcamak istemiyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Ben de girmedim zaten.

Av. Seçkin ARIKAN: Tabii.

TARTIŞMALAR

Bize göre haklı şeyleri ifade ettik, herkes düşüncesini ifade etti. Ama gelip de buraya takılmış olması, bir kere bana şunu söyletiyor: Yani bu üç dört yıl oldu galiba Taslak çıkmalı ortaya. O zaman “avukatlar arabuluculuk yapar” şeklinde çıkarsaydık şimdiye bayağı bir yol almıştık. Yani ya “avukatlar bunu yapamıyor” diye bir yere doğru gelmiştik ya “avukatlar bunu yapıyor” diye bir yere gelmiştik veya avukatlar “ya biz yapıyoruz ama, şöyle bir şey de iyi olur” diye bir yere geleceklerdi. Bu kısır tartışmalarla, bir tür inatlaşmayla maalesef çok uzun zaman kaybettik.

Ben, bu saatten sonra bu Tasarıyla çok fazla bir yere varacağımızı düşünmüyorum. Hatta bilmiyorum, eğer bilginiz varsa yarı soru olarak söyleyeyim: Bakanlığın bu konuda başka bir alternatif çalışma yaptığı konusunda bir şeyler de duydum. Yani öyle bir şey varsa, hani bilgi veren olursa sevinirim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Kanunlar Kararlar Genel Müdür Yardımcısı burada, o konuda kendisine sorarız gerekirse.

Av. Seçkin ARIKAN: Memnun olurum.

Ben az önce geldim, şehir dışındaydım. O yüzden de bazı şeyleri bilmeden yanlış söylüyorsam kusura bakmayın şimdiden.

Arabuluculukla ilgili yasayla, düzenlemeyle ilgili bir de şöyle bir hata olduğunu düşünüyorum: Onu şöyle kafamdan geçirdim, çok ciddi bir araştırma yapmış değilim ama, bildiğim kadarıyla dünyanın hiçbir yerinde oturup da bir konunun hocaları kanun hazırlamıyor. Lütfen üzerinize almayın. Ben artık karşılıklı her türlü eleştiriyi anlayabildiğimizi varsayarak söylüyorum, kişisel bir şey mutlaka değil. Bunu düşününce, örneğin işte Amerika’da veya Avrupa’nın birtakım ülkelerini düşününce mutlaka o ülkenin barolarından, barolar birliğinden -bir kere uygulayıcı taraf bir şekilde, yani kanun deyince zaten bir tarafta avukat bir şekilde var- katıldığını, onun dışındaki ilgili konulardan teknik kişilerin katıldığını da düşünüyorum. Burada böyle de bir hata, belki avukatlar yanlış düşünüyor. Ama yanlış düşünmekte hakları olduğunu düşünüyorum.

Çünkü karşılıklarına bir şey çıkmış, bu korkuları alaya almak “ne kadar da yanlış korkuları var” demek değil, bu korkular nereden geliyor onu düşünmek, çözmek gerekirdi. Şimdiye kadar o bakımdan da bir yol almış olurduk, onu da yapmadık.

Bir yeni adliyeden bahsedildi, aklıma şu geldi: Dün Antalya’da idim, Antalya Adliyesi’nde bir “uzlaşma odası” gördüm, hani sevineyim mi üzüleyim mi bilemedim. Şöyle bir şeydi: Üç tarafı camlı, yani bütünüyle camlı, pencere değil, yerden tavana kadar camlı. İçinde bir tane dikdörtgen masa, dört tane demir sandalye olan bir oda. Şimdi, yani bu uzlaşmayı teşvik midir diyecekseniz ki: “Şu kafese gir, orada uzlaş” der gibi bir şey bu. Bunun ciddiye alınması lazım. Yani arabuluculukta da olan bu. Bunun daha bilimsel sistematik şekilde üzerine gidilmesi lazım. Yoksa her ülkede direnilmiş. Hukukçunun direnmesi kadar doğal bir şey yok, çünkü biz statükocuyuz, yani önceden yazılmış bir şeyi savunuyoruz. Onun öyle olması için uğraşıyoruz. Dolayısıyla onun değişmesine karşı bir direncimiz olacak, herkesin. Yani hâkim, savcı tarafı, avukat tarafı veya akademisyen tarafı, herkes için aynı şey. Bu bizim doğamızdan geliyor, çok da normal buluyorum. O yüzden, bunun başka yollarla üstesinden gelmek gerekir.

Ali Bey’e sorayım: Bu yasa bir tarafta alternatif olarak düşünürsek, diğer tarafta incelediğiniz tahkim merkezlerinin arabuluculuk kuralları veya arabuluculuk merkezlerinin çok iyi işleyenleri var, işte Hollanda’yı da biliyorsunuzdur mutlaka, orada da “*Netherlands Mediation Institute*” var ki mükemmel şekilde, yedi personeliyle dernek statüsüyle bu işi yürütüyor. Artık yasadan belki vazgeçip de bu şekilde bir organizasyona gitmek, belki işte İstanbul Tahkim Merkezi böyle bir şey üstlenir veya başka bir yapı üstlenir. Bunu yapmanın bir artısı olabilir mi? Bu geldiğimiz belki çıkmaz sokak gibi görünen şeyden kurtulmamıza yardımcı olabilir mi? O konudaki görüşünüz nedir?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Buyurun Ömer Bey.

Doç. Dr. Ömer ARBEK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bu uzlaşmada taraflar anlaşır, uzlaşırsa sorun yok. Ancak uzlaşmadıkları zaman Sayın Ali Bey Hocam ifade ettiler, kısaca değindiler. Mesela, hak düşürücü sürenin işleyip işlememesi, zaman aşımının kesilip kesilmemesi. Çünkü dolaylı yünden uzlaşmacıların yapmış olduğu faaliyetler maddî hukuku da ilgilendiriyor, usûl hukuk ötesinde etkileri var. Bu konuda izahat yaparsanız memnun olurum.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Teşekkür ediyorum.

Birkaç şeye hemen temas etmekte yarar görüyorum. Sonra asıl tebliğ sahibi arkadaşlarıma bırakacağım.

Sondan başa doğru gidelim: Zaman aşımı, hak düşürücü süreler ne olacak? Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nda zaten bunun çözümü var, süreç devam ettiği sürece, süreçte geçirilen zaman kesiti zaman aşımı, hak düşürücü sürelerin hesabında dikkate alınmayacak. Kaldı ki, Avrupa Birliği'nin -biraz önce hocalarım da söz etti- 2004 tarihli meşhur bir direktifi var, şimdi galiba direktif hâline geldi, o zaman tasarıydı. O arada da ortak ilkeler bağlamında üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlu hâle getirilmesi bağlamında mutlaka güvence altına alınması gereken hususlardan birinin de zaman aşımı süreleri, hak düşürücü sürelerin korunacağı olgusu. Yani Birlik üyesi ülkeler de bu Tüzük'te belirtilen esaslara uygun olarak arabuluculukla ilgili mevzuatlarını oluştururken mutlaka ona dikkat etmek zorundalar.

Hukukçuların direnç göstermesiyle ilgili Seçkin arkadaşım dedi ki: "Hocaların kanun yapması doğru mu?" Aslında bu konu kanuna müsait mi, bizde önce onun tartışması da yapılmıştır Komisyonumuzda. Hatta Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı hazırlanırken önce "bir bölüm hâlinde bunu hazırlama, sonra ayrı bir kanun tasarısı oluşturma" şeklinde bir görüş belirdi. Kanuna müsait olup olmama tabii tartışılacak bir konu. Hiçbir hukukî düzenlemesi olmamasına rağmen, bugün

bu kurumu başarıyla yürüten ülkeler var. İşte, Hollanda bunun tipik örneklerinden birisi. Bizde biliyorsunuz, Ceza Muhakemesi Kanunu uzlaşmayla ilgili hükümleri çok daha eskidir, uzun süre hiç uygulanmadı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi. Vergi hukukundaki uzlaşmayla ilgili hükümlere “gülen taraf” falan diye Yusuf Bey esprili şekilde işaret etti. Bir anlamda gülmek değil, orada uzlaşmaya mecbur bırakma yöntemi. Vergi incelemesi geriye doğru beş yıl zaten Demokles’in kılıcı gibi sürekli bir tehdit. Kişi ister istemez -ben daha açık söyleyeyim- mecbur kalabiliyor.

Bu sürekli dillendiriliyor ve “acaba böyle bir yasal metnin oluşturulması bu bağlamda bir harekete geçmede başlangıç oluşturabilir mi?” Yani bu kurumun, bugün dillendiriliyor, tartışılıyor olması, değişik sempozyumlara konu yapıyor olması, bu kadar bu kurum üzerinde emek ve mesai sarf ediyor olması, belki de o Tasarı’nın bir ürünü. Belki o Tasarı olmasaydı hiçbir şey tartışılmayacaktı, gene herkes kendi köşesinde yazdığı kitaplarda ya da makalelerde bu konuları dillendirecek, bir harekete geçme de olmayacaktı.

Kanun Komisyonu’nda sadece hocalar yok, sizin bilginiz herhalde eksik. Kanun Komisyonu’nda her meslek grubundan insanlar vardı, Odalar Birliği’nden, Barolar Birliği’nin temsilcisi gene yanlış hatırlamıyorsam Cengiz Tural Bey, Yargıtay’dan, Danıştay’dan, Bankalar Birliği’nden, TÜSİAD’tan, kompozisyon son derece geniş, çok sayıda kişi bir araya geldi. Bu metin nihaî bir metin de değil zaten. Bu metin nedir? Adı üstünde tasarı, olgunlaştırmaya da muhtaç, her zaman Komisyonun da henüz daha bağı kesilmedi. Belki Dışişleri Komisyonu’ndan geçti, Adalet Komisyonu’na gelme aşamasında, bekliyor. Orada da muhtemelen kıyasıya çatışmalar, daha doğrusu tartışmalar, eleştiriler olacak.

Bu sadece bir model. Burada şunu unutmamak lazım: Bu bir sihirli değnek falan değil. Arabuluculuk gelecek, istila edecek, yargı devre dışı kalacak, her türlü uyuşmazlık bu yolla sulhen çözülecek, toz pembe bir tablo hep sürekli çiziliyor. Hep şu da karıştırılıyor. Hatta bizim görevlendirme yazımızda da

TARTIŞMALAR

temel bir eleştiri konusu oldu: “Yargının yükünü hafifletmek amacıyla...” Arabuluculuğun yahut diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargının yükünü hafifletmek gibi bir amacı yoktur, öyle bir amaç yok. Amaçla sonucu birbirine karıştırmamak gerekir. Bu kurum yaygınlık kazanırsa, genel kabul görürse uyuşmazlık sayısı düşecek, yargı doğal olarak daha etkin çalışabilir hâle gelecek. Ama bu bir amaç değil. Bizde hep bu ad altında lanse ediliyor. Çünkü bizim temel problemimiz ne? Yargılamanın gecikmesi sorunu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde mahkûm olduğumuz kararlardaki hep temel gerekçede buna dayanıldığı için sanki bir sihirli değnek, her şey bu yola başvuru suretiyle çözülecek gibi.

Bu, kanunla falan olacak bir iş değil, bu bir sosyal proje. Toplumun her katmanında bu kurumun anlatılması lazım. Eğitimin de her platformda verilmesi lazım. Hocalarım da burada, biz Hollanda’ya gittik. Biraz önce bizde sözü edildi, “uzlaşmacı değil çatışmacı toplumuz” falan şeklinde. O da gerçekten öyle mi sorgulanabilir, belki 1980 sonrası belki o hızlı değişimin, sosyoekonomik değişimin hızlı yaşanmasının gereği gibi hazmedilememesinden kaynaklanan bir sıkıntı da olarak görülebilir. Ta çocuklukta başlıyor, beş yaşından itibaren sorunların konuşularak, tartışılarak çözüleceği bilinci insanlara aktarılıyor ve çocuk özgüvenli olarak yetişiyor. Bizde hâlâ üniversite mezunu annesi tutuyor elinden okula götürüyor, ekmek almaya götürüyor falan filan. Böyle enteresan tipler var. Aşırı korumacılık zihniyeti insanların özgür düşünmesini, kendine olan güvenlerinin gelişmesini de engelliyor.

Bir örnek verdi, hocalarım da burada: İlkokul düzeyinde bir kavga olmuş, iki öğrenci tartışıyor. Bizde de itişmek zaten modadır, biliyorsunuz ilkokulda falan teneffüsler de uzun. Hatta babalar, anneler çocuğa şöyle der: “İyi vurdun mu, gözünü de çıkardın mı?” gibi böyle mübalağaya kaçacak “vah vah, salak niye dayak yedin geldin” falan gibi böyle birtakım alışkanlıklarımız var. “Sen kimin oğlusun?” falan gibi, böyle çocuğun inadına sürtüşmeye, kavgaya itecek yaklaşımlar içerisinde olur.

“İki çocuk kavga ettiğinde sorun nasıl çözülüyor?” dedik, enteresan bir yaklaşım, ikisi kavga ettiğinde gene kendi güvendikleri üçüncü bir arkadaşına gidiyorlarmış, her ikisi de problemlili. Anlatıyor, karşılıklı diyaloglu bir şekilde, işte şokella falan, herhalde iş çözülüyor. Tatlı-tuzlu kültürü devreye girince yumuşama belirtileri çıkıyor.

Bizde nasıl olur? Hatırlayın, hepimiz bu ülkede okuduk, ilkokul, ortaokul. Kavga ettiğimiz zaman ne yaparız? Sınıf başkanına söyleriz, o öğretmene iletir. Öğretmen nasıl çözer sorunu? İkimizi de getirir, kulaklarımızı bir çeker, kafa kafaya şöyle bir vurur, “bir daha yapmayın, yaramazlık yapmayın” der. Şimdi bu şekilde bilinçlendirilen, sürekli bu minval üzerine eğitilen birinin bu süreçte etkin olması çok düşünülemez. O nedenle öncelikle bu uzun soluklu bir iş. Zaten Hollanda’da da 1993 yılında başlamış, yıl 2010, uyuşmazlıkların çok cüzî bir kısmı bu çerçevede halledilebilir, son derece bariz yaklaşım farklılığının varlığına rağmen. Bu, hemen sonuç alınacak bir şey de değil, uzun soluklu, bıkmadan, usanmadan, hukukçusu, halkı hepsi el ele vererek. Birtakım kaygılar, endişeler var, -ki bunlarda haklılık payı da olabilir- bunları da giderecek şekilde bir zemin oluşturup başkaları bize dikte ettirmeden hiç olmazsa kendimiz bir hukukî metin oluşturalım. Avrupa Birliği’ne gireriz girmeyiz, o ayrı bir tartışma ama artık Tüzük hükmü hâline geldiğine göre, Birlik üyesi ülkeler buna uygun mevzuat oluşturma zorunluluğunda olduğuna göre, yarın mevzuat bazında da bizde karşılıklı dosyalar açıldığına göre, eğer biz kendi bünyemize uygun bir şey yapmayacak olursak, “bunu bu şekilde yapın” diye, geçmişte bunun örnekleri oldu, İcra ve İflâs Kanunu’nda bunun tipik örneklerini görmek mümkün. Uzlaşma suretiyle sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yeniden yapılandırılması diye bir fasıl var. Kimse ne olduğunu bugüne kadar çözebilmiş değil, ne uygulayıcısı biliyor ne yazanı biliyor ne tartışanı biliyor. Böyle enteresan bir tablo da ortaya çıkıyor. Ben hep şuna karşıyım: Kategorik yaklaşımlar hiçbir zaman doğru değildir. Bir tart, düşün, gene tez-antitez, gerekli süreç burada da yürüyor, tez-antitez, sonuçta mutlaka doğru bir şekilde bulunacak.

TARTIŞMALAR

Bir başka husus, yapılanma bağlamındaki tartışma. Ben her ne kadar tebliğ sunmadıysam da yapılanma tartışması bana da doğrudan doğruya soru yöneltilince cevap verme ihtiyacı duyuyorum. “Model ne olmalıdır?” tartışması bizim Komisyonumuzda çok yapıldı. Hatta Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nın hazırlandığı dönemde bunun bağımsız bir meslek olduğu, serbest bir meslek olduğu, mesleğe yakın bir iş olduğu gözetilerek, özerk, bağımsız bir yapılanma içerisinde şekillendirilmesinin doğru olacağı düşünüldü. Fakat daha sonra, işte biraz önce siz de bahsettiniz, finans problemi var. Bir şeyin arkasında devlet olmazsa, resmî bir kimlik olmazsa o kuruma karşı güven oluşturmak, kurumun yaygınlaşmasını sağlamak biraz da güç oluyor. Hatta Avusturya’ya gittiğimiz toplantıda sorduk, bizim Tasarı’da benimsediğimiz model, Bakanlık bünyesinde örgütlenme modelidir. “Adalet Bakanlığı bünyesinde örgütlenmesini doğru karşılıyor musunuz?” diye sorduk, “neticede bu devletin Adalet Bakanlığıdır, tabii ki güveneceğim. Onun bünyesinde örgütlenmesi de son derece doğru olur.” diye böyle kategorik, sektik yaklaşımlar içerisine girmek de doğru değil. Taslak’ta organın kompozisyonuna bakıldığında, Bakanlığın hiçbir etkisinin olmadığı da görülür, Bakanlık, sadece kararları icra eden organ konumundadır.

Tabii, şüphesiz bir özerk yapılanmaya gidilmesi doğru. Niye acaba bugün tahkim merkezi bünyesinde bir örgütlenme seçeneği tercih edildi? Hep dışarıdaki tahkim merkezlerine baktığınızda ayrı arabuluculuk ve uzlaştırma kuralları var. Bu özerk yapılanmaya da bir anlamda belki geçiş, daha sonra hedeflenen yapılanmaya. Peki, toplumu buna nasıl ısındıracağız? Özellikle yargı mensuplarına bu bağlamda iyi biçimde bu kurum anlatılabilir, onların desteği alınır, onların güveni kazanılırsa... İşte biraz önce söylendi, belki mahkeme içi, mahkemeye enterne şekilde bu tür arabuluculuk modelleri oluşturulursa zamanla ne olacaktır? Bunun işleyen, işletilmesi mümkün olan bir kurum olduğu görülebilecektir. Geçmişte bu tartışmalar -Hocam sabah işaret etti- Milletlerarası Tahkim Kanunu bakımından da çok yapıldı. Hatta gazetelerde yazı çıktı, “yeni kapitülasyonlar mı veriliyor?” diye. “Kanuni’den son-

raki yeni kapitülasyonlar” falan gibi... Ne kapitülasyon veren oldu ne de milletlerarası tahkim o kadar çok yaygınlık kazanan bir kurum hâline geldi. Yani yasal düzenleme yapmak sorunu çözmüyor, önemli olan onun arkasında durmak, bir harekete geçirmek, bir ivme kazandırmaktır.

Teşekkür ediyorum.

Buyurun Mustafa Bey.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Teşekkür ederim Hocam.

Ben çok kısa ve öz bir şekilde cevaplamaya çalışacağım.

Arabuluculuk müzakerelerinde taraflar arasındaki eşitlik şüphesiz çok önemli. Bu nasıl giderilebilir? Güç dengesizliği olabilir müzakerelerde. Örneğin, taraflardan biri zengin-fakir, tüketici-üretici, ev sahibi-kiracı gibi, işçi-işveren gibi konumlarından dolayı güçlü olabilir. İşte, arabuluculuk müzakereleri dediğimiz müzakere sanatı “the art of compromise” müzakere sanatı, müzakere hünerleri dediğimiz hünerler burada devreye giriyor. Onun için, sürekli arabuluculuk eğitiminin ne kadar önemli olduğunu vurguluyoruz. Hünerli bir arabulucu, müzakere taktiklerini kullanarak bu güç dengesizliğini giderecek. Taraflardan birinin bilgisizliğinden ötürü ezildiğini anlarsa, görürse müzakereyi kesebilir, kendi hukuk müşaviriyle görüşmesini, hukuk müşaviri yoksa da bir avukata danışmasını isteyebilir. Avukat yardımı almasını önerebilir. Sözleşmeyi, uzlaşma tutanağını imzalamadan önce sakinleşme mehli tanıyabilir. Bu, Anayasa hukukunda malum meşhur bir kavramdır, “cooling-off period” sakinleşme mehli. Uygulamada bu genelde tanınmaktadır. Sözleşmeyi, uzlaşma tutanağını imzalamadan önce taraflara bir düşünme süresi tanınabilir. Dolayısıyla eğitilmiş bir arabulucu bu güç dengesizliğini çok rahatlıkla aşabilir, tarafların lehine çevirebilir. Bu konuda bir sıkıntı olmayacağı kanaatindeyim.

İkinci soru, arabuluculuk hizmetlerinin teşkilatlanması. Benim her zaman mütevazı kanaatim şudur: Kuşkusuz arabuluculuk hizmetlerinin teşkilatlanmasında baroların çok büyük

bir etkisi vardır ve barolar bu konuda büyük bir rol üstlenmelidir. Bunun başka çaresi yok, ABD’de Amerikan Barolar Birliği bu konuyu dünyada tanıtan, geliştiren kuruluş olmuştur.

Maddî destek çok önemli. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda biz bunu yaşadık. CMK m. 253’e göre arabuluculuk ücretsiz, para vermiyor taraflar. O kadar güzel bir imkân ki. Bunu birçok mağdur ve fail bilmiyordu adliyede. Pilot adliye uygulamamızda biz bunları yerinde gördük.

Şimdi, hukuk arabuluculuğu da aslında ücretsiz olabilir. Bu, önce çok tepki çekti: “Devlet nasıl karşılayacak bu masrafı, zorunlu müdafilik ücretini bile zamanında ödeyemiyoruz”. Doğru, ben buna bir şey söylemiyorum, fakat gene bir mukayese yapmak lazım: Bir davanın açılmasından kesinleşmesine kadar, şekli anlamda kesin hüküm gücünü kazanmasına kadar, derecattan geçene kadar Türkiye Cumhuriyeti Devletine maliyeti nedir? Bütün masraflar dâhil, her şey, personel maaşlarından tutun da adliyede yaktığımız elektriğe kadar. Uzlaşma dosyasının, bir dosyanın bu devlete maliyeti nedir? Biz CMK’da bir kaba hesap aldık, bunların hiçbiri devletin kesin resmî rakamları değil, benim kulaktan duyduğum rakamlar ama bir fikir verebiliyor bize. CMK’da bir uzlaşma dosyasının maliyeti 300 Lira civarında devlete. Bir davanın tahmini maliyeti, Yargıtay’dan geçmiş olması koşuluyla, 15 bin Lira civarında. Demek ki, bu devlet arabuluculuğu ücretsiz yapsın, vergilerimiz cebimizde kalır. Dolayısıyla bu tür tedbirleri de değerlendirmekte fayda var. Arabulucu-avukatlık, baroların da bu işe girmesiyle mutlaka gelişecek, benim kanaatim odur. Bir gün gelecek bu ülkedeki avukatların büyük kısmı avukatlık değil, sadece arabuluculuk yapacak. Sadece arabulucu-avukat olarak mesleğini yürütecek. ABD’de hukuk bürolarında duruşmaya girmeyen, sadece arabuluculuk yapan avukatlar var. Bu, bu şekilde profesyonel bir iş, ben buna inanıyorum.

Dava alışkanlığını Hocam sordu, bu benim çok ilgimi çeken bir konuydu, o yüzden size arz etmek istedim. Ben istatistikçi değilim, çok iyi bilgim yok istatistik konusunda, ama özellikle tebliğimi hazırlamadan bunu çalıştım, Adalet

Bakanlığı'ndan da sağ olsun, bilgi istedim, dilekçe yazdım Bilgi Edinme Kanunu'na göre, bilgi de verdiler eksik olmasınlar. Dava alışkanlığı rakamları çok ilginç. ABD, dünyada "litigation society" diyorlar, dava alışkanlığı yüksek bir toplum olarak tanınıyor. Amerikalılar bu konuyu araştırmışlar. Bunun sebebi ne? Amerika'da davalar medyada çok yer alıyor, çok tanınıyor. Mesela, arabuluculuğu tanıtan dava IBM-Fujitsu davasıdır. Westinghouse Uranyum davasıdır. Bunlar çok büyük miktarda davalardır. Bunun yanında, normal davalardan da -bizim medyamızda da çıktı bu- mesela Stella Liebeck'in Mc Donalds'a karşı açtığı dava medyada büyük yer buldu. Çünkü üzerine bir kahve döküldü ve bu kahve için tazminat davası açtı. Kahve dökülmesi sonucu yanmasına rağmen çok yüksek bir tazminat aldı Mc Donalds'tan.

Gene üniversitelerin iyi ders vermeyen öğretim üyelerine karşı açılan tazminat davaları çok meşhur Amerika'da, sürekli medyada yer alıyor, çok enteresan.

Gene başka bir örnek buldum: Tiyatronun koltuğu dar olduğu için oturamayan obez bir müşterinin açtığı davada astronomik bir tazminat çıkmış. Şimdi, Amerikan medyası bu davaları pompalaya pompalaya dava kültüründe, dava alışkanlığında bir artış var. Ama yapılan araştırmalar şunu göstermiş: Her 1.000 Amerikalıya düşen dava sayısı 75. Kıta Avrupası'nda, Almanya'da, İsveç'te bu oranlar daha yüksek. Tabii, bunda şunun da etkisi var: Matematiksel olarak oranlarsak nüfustaki fazlalık da bunu etkiliyor. Amerikan toplumunun nüfusu Kıta Avrupası'ndan çok daha fazla, daha kalabalık bir ülke. Bizdeki dava alışkanlığı oranını Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün web sayfasından aldım, 100 bin kişiye düşen hukuk davası sayısının bölgelere ve yıllara göre dağılımı var web sayfasında, buradan aldım ve hesap yaptım. Tabii bu hesaplar çok mükemmel olmayabilir, ben istatistikçi değilim, istatistikçilerle çalıştım, çok karışık yöntemleri var bunun. Ama öğrendiğim kadarıyla, kaba hesaplar yaptım, 2000 yılında binde 17, 2005 yılında binde 20, 2006 yılında binde 20,82, 2007 yılında binde 21. Çok yüksek ve sürekli de artma eğiliminde diyagram.

TARTIŞMALAR

Dava alışkanlığını diğer toplumlarla mukayese ettiğimde, gelişmiş toplumları ayrı bir başlık altında gördüm, gelişmemiş toplumları ayrı bir başlık altında. Etiyopya gelişmemiş bir toplum olduğu için oran düşük, ama Japonya gelişmiş olmasına rağmen binde 9. Dünyanın en düşük oranı. Japon kültüründe, kendi eserlerinden, literatüründen biliyorum, gitmiş görmüş değilim, dava açmak ayıp sayılıyor. Özellikle aile uyuşmazlıkları arabuluculukla çözülüyor. Son derece gelişmiş bir aile arabuluculuğu sistemleri var. Dolayısıyla bunun direkt etkisi var dava alışkanlığını azaltmada. Örneğin, 2008 yılı -bu da yeni yayımlandı- Türk hukuk mahkemeleri iş yükünün dağılımı. Gelmeden onun da çıktısını aldım. 2008 yılında geçen yıldan gelen dava sayısı 900.625. Yıl içinde açılan 1.572.467. Kümülatif 2.521.418 korkunç bir rakam.

Bunun yeni açılan dava sayısına oranı, sadece 2008 yılında yüzde 62. Adalet Bakanlığı'nın "faaliyetler" kitapçığı var, o kitapta okudum, bu yeni adliyeleri tanıtan kitapçıkta, on beş-yirmi yıllık projeksiyon yaparken yüzde 20 dava artışına göre Adalet Bakanlığı bunu planlamış. Bu rakamları esas alırsak dünyanın en büyük adliyesi beş yıl sonra yetmeyecek.

İzmir Adliyesi ilk açıldığında Cumhuriyet savcılarını oda beğeniyorlarmış, bize bunu anlattılar, hangi odayı sen alırsın, hangi odayı ben alayım. Şu an 1 odada 2 Cumhuriyet savcısı oturuyor ve oda bulamıyorlar. İzmir'in icra daireleri o kadar küçük ki giremedim, Ankara Adliyesi daha büyük, daha rahat hareket edilebiliyor ama, Ankara Adliyesi o hâle geldi ki şu an koridorlarda hele ki dolaplar var, üstünde şöyle yazıyor: "Avukat X Vodafone", "Avukat Y TEDAŞ". Artık avukatların dosyaları demir dolaplarda, koridorlarda. Ve çok enteresan oradan geçerken birisi alıp çantaya atıyormuş dosyayı. Kararları görmüştüm, anlayamamıştım yıllar önce, şimdi anlıyorum, "dosya ihyası" diye bir müesseseyi mecburen geliştirmek zorunda kalmışız. Dolayısıyla bu iş yüküyle hiçbir yere gidemeyiz, çok korkunç bir iş yükü var. Bunu mutlaka bence azaltmak için acil tedbir almamız gerekiyor.

Hocalarımın görüşlerine yüzde yüz katılıyorum. Her yönüyle hemfikiriz. Ben de her zaman bu konuyu bu şekilde savunuyorum. İdare ile bireyin uzlaşması çok önemli Hocam, vurguladığınız husus çok önemli. Ben İdarî Usûl Komisyonu'nda çalışmıştım, bir üye bana tepki göstermişti: "Siz ne demek istiyorsunuz, idare ile birey uzlaşır mı?" dedi. Avrupa Komisyonu'nun Londra'da 2000 yılında yaptıkları Adalet Bakanları Toplantısının bir sonuç bildirgesi var: "İdare bireyle davalı olamaz" diyor. Çünkü kimin idaresi? Bireyin idaresi. Bireyin idaresi bireyle davalı olabilir mi? Dolayısıyla bu uzlaşmayı idare hukukunda da, aile hukukunda da çok geliştirmemiz lazım. Mesela, medyada boşanma davalarından sonra işlenen cinayetleri ben üzüntüyle izliyorum, ama çok doğal. Zaten birbiriyle gerginleşmiş bir ilişkiyi hâkimin karşısına çıkardığınız zaman ilk fırsatta adliye kapısında o karı kocadan birisi ya da ailesi diğerinin üstüne hücum ediyor. Sonuçta o ortaya çıkan tablo çok vahim. Hocamın dediği gibi, burada aslında davadan ziyade, bu insanları gerekiyorsa bir psikolojik terapiye almak lazım. Arabuluculuğun bu yönü de var.

İşte, "arabuluculuğa avukat olmayanlar katılmalı mı?" Katılmalı. Nasıl katılmalı? İşte, ortak arabuluculuk, "co-mediation" dediğimiz sistemi Avrupalılar bulmuş ve geliştirmişler. Avukat-arabulucu hukukî konuları çözerken yanındaki psikolog-arabulucu tarafların psikolojik gerginliklerini azaltmaya çalışıyor. Bu bir takım oyunudur. Dolayısıyla bunların hepsini zamanla bu şekilde yerleştireceğiz, ben buna inanıyorum ve Sayın Hocamın da anlattığı husus çok önemli: "Peer mediation" akran arabuluculuğu. Küçük yaşta biz bunu topluma, çocuklarımıza eğitimi verdiğimiz takdirde bundan yirmi yıl sonra gelecek kitle bizi bu şekilde yormayan, uzlaşan bir kitle olacak. Televizyonda ilginç bir haber izledim, dikkatimi çekti, üzüntüyle izliyorum bunları. Bir maç sonunda iki takımın taraftarları kavga ediyor, ikisine de soruyorlar: "Neden kavga ettiniz?" İkisi de "Karşı taraf saldırdı" diyor. Yani kavganın sebebi yok. Türk milleti, sebebi olmayan kavgaları mı yapıyor? Bu soruları sorup mutlaka toplumsal uzlaşmayı eğitimle tesis etmek lazım.

Arz ederim.

Yrd. Doç. Dr. Ali YEŞİLİRMAK: Ben de Mustafa Bey'in kaldığı yerden devam edeyim.

Toplumda uzlaşmayı ve arabuluculuğun eğitimini vermezsek bu kuralların, faaliyetin gerçekleşmesinin imkânı yok. Önce özür dilemeyi öğrenmek gerekiyor, toplum olarak öğrenmemiz gerekiyor. Hata yaptığımız zaman hatamızı kabul etmemiz gerekiyor. Biz bunları yapamıyoruz. Her gün hepimiz canlı örneklerini yaşıyoruz. Ben de dün akşam canlı örneğini yaşadım. Bir araba seyahat etmekte olduğum arabaya arkadan çarptı, sürücü dışarı çıktı, birlikte seyahat ettiğim kişi, şoför elbette kızdı. Sürücünün "Sen ne yapıyorsun?" dediğinde, sürücünün tepkisi "Sen nasıl arabadan çıkıyorsun?" oldu. Yani arabadan elbette sınırlı çıkıyorsunuz, çünkü durduk yerde birisi geliyor arkadan size çarpıyor. Eğitim şart, sonuç itibarıyla.

Buradan sizin sorunuza geleyim Seçkin Bey. Ben Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nda görevli kişilerden birisiydim. Arabulucunun nitelikleri ve atanmasına ilişkin bölümü hazırlamakla görevli alt komite üyesiydim. Araştırmayı da ben yaptım, dünyada birçok yere baktım. Arabulucunun nitelikleri arasında, sadece hukukçu olmak, benim baktığım tarihte hiçbir yerde yoktu. Sonra Hakan Hocam söyledi, Yunanistan'da varmış, ama daha sonra çıktı herhalde. Pardon tasarımıymış. Tasarı hazırlandığında bizim aklımıza gelmedi, hiç kimsenin aklına gelmedi. Bunu da hiç kimse Tasarı'nın hazırlık aşamasında söylemedi, ileri sürmedi, bilakis Komisyon sanırım beş ya da altı tane yurt dışı ziyareti yaptı. Hollanda dâhil, Almanya dâhil. Hiçbir yerde bu yoktu. Türkiye'de bize özgü sebeplerden ortaya çıktı bu durum ve az evvel bahsettiğim konu gerçekleşmezse bunun Türkiye'de bu şekilde yaşaması da mümkün değil. Avukatlar yapsın diyeceğiz, o zaman yüzde 50-50 risk alacağız. Sadece avukatlar yapacak, eğitimini ne kadar alıp yapacak, göreceğiz. Başarılı olursa ne alâ, başarılı olmazsa arabuluculuk kurumunu kaldırın, çöpe atın. Çünkü başarısız olduğu zaman bir yeni kurum ortaya sürün, o kurum başarısız olduğunda ondan sonra tekrar yaşatmak mümkün olmuyor.

“Mutlaka Adalet Bakanlığı’na mı bağlı olsun?” Hayır, değil. İstanbul Tahkim Merkezi’ne de bağlı olmak zorunda değil. Ben bunu öneriyorum, çünkü ben biçareyim. Şöyle: Arabuluculuğun bugüne kadar yapılmasını engelleyen herhangi bir kanun yok, tahkimin bugüne kadar yapılmasını engelleyen herhangi bir kanun yok, ama bu kurumlar gelişmiyor. Gelişmediği için bu pazarda bir sorun var. Bir market charler var. Onun için zorunlu olarak kanunla bunu yapıyoruz. Eğer birileri çıkıp başarılı bir şekilde arabuluculuk yapmaya başlarsa, ben eminim herkes onların arkasından yürür.

Son olarak, ben de bahsetmiştim, birtakım hususların yasa düzenlenmesi gerekiyor. Taraflar sözleşmesel olarak hak düşürücü sürelerle, zamanaşımına, icra kabiliyetine ilişkin anlaşmalar yapamıyorlar. Tasarımımızın 16 ve 18. maddelerinde bunlara ilişkin hükümler var. Dünyanın bazı ülkelerinde bu hususlara hiç değinilmemiş yasalarda. Bazı ülkelerde hiç yasa yok. O zaman, zamanaşımını ve hak düşürücü süreyi dikkate almak zorundasınız. Londra’daki kurallar da zaten onu söylüyor, “arabuluculuğa gidebilirsiniz, ama dava da açabilirsiniz, mahkemeye de gidebilirsiniz.” Sizin yükümlülüğünüzde, dikkatli olmak zorundasınız.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha TANRIVER: Ali arkadaşımıza da Mustafa arkadaşımıza da bu güzel açıklamaları için teşekkür ediyoruz.

Bir soru galiba biraz havada kaldı, Nazlı Hanım’ın sorduğu soru: “Eşitler arası eşitlik yoksa taraflardan birisi ekonomik açıdan daha güçlü konumdaysa, iradesini diğer tarafa empoze etme olasılığı varsa... Zaten arabuluculuk bu tür ilişkilere elverişli ilişkiler değil. Taraflardan birisi zayıfsa ekonomik açıdan, zayıf tarafın korunması kamu düzeninden, kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarsa zaten arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar değil.

Burada bunun vurgu yapılmasında da yarar var. Sanki her tür uyuşmazlık arabuluculuğa götürülecekmiş gibi izlenim

doğuyor. Boşanma davası, aile uyuşmazlığı falan denince, insanlar hemen olumsuz bir kaniya kapılıyor. Daha ziyade borçlar hukuku ilişkileri ve ticarî ilişkiler ve özellikle süreklilik arz eden ilişkiler. Bir seferlik değil de, ani edimli sözleşme değil de, sürekli borç ilişkisi kuran sözleşme. Demin belki vurgu yapılmadı, silahların eşitliği deyince belki şuna da vurgu yapmak lazım: Yargılama faaliyeti olmadığına göre, medenî usûl hukukuna ilişkin ilkelerle bunu ilişkilendirmeye kalkışmak da doğru bir yaklaşım değil. Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler neyle ilgili? Yargılama faaliyetiyle ilgili. Belki onlarla gizlilik, usûl ekonomisi falan gibi birtakım bağlar kurulabilir ama, önemli bir ilke de eşitlik ilkesi. Arabulucunun tarafların menfaatlerini dengeleyici bir işlev yerine getirebilmesi, onlara eşit muamelede bulunabilmesi, onların güvenini temin edebilmesi, eşitlik yansızlığının, objektifliğinin, tarafsızlığının sağlanmasına bağlı. O nedenle, eşitlik ilkesiyle de ilişkilendirmekte yarar var. Taraflardan birisi zaten ekonomik açıdan güçsüzse ve iradesine empoze edilmesi olasılığı varsa -bir borçlar hukuku ilişkisi düşünelim- o zaman süreci devam ettirmek zorundadır. Ne yapabilir? Kesebilir. Bizim insanımız buna daha müsait. Bir deneyim, bakayım, olursa olur olmazsa hemen keserim diye. Onun için, iş hukuku, iflâs hukuku, çekişmesiz yargı işleri, ceza hukukuna ilişkin işlerin büyük çoğunluğu, idarî hukuk uyuşmazlıkları, bunlar çok öyle arabuluculuğa müsait ilişkiler değil. Zaten Hukuk Uyuşmazlıklarındaki Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın 1. maddesi son derece önemli bir maddedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş, yani sulh yoluyla sona erdirebilecekleri anlaşmazlıklar bakımından geçerli.

Bir de menfaat güçlülüğünü ya da zayıflığını değerlendirirken, belki o somut ilişkide, özellikle sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme ise, belki biraz daha fazla taviz vermek gerekebilir ama, ilişki koparılmadan, gelecekte de devam edileceği için o verilen ödünün bir şekilde ileride ilişkinin devamının sağlanması, hasmane bir tablonun doğmasının önüne geçilmesi suretiyle tolere edilmesi de mümkün. Hani bir laf vardır: "Kaz gelecek yerden tavuk esirgenmez" diye, teşbihte hata olmaz,

bunu özellikle veriyorum. İlişki koparılmadan devam ettiği için, tarafların hâlâ birbiriyle konuşabilme, müzakere edebilme olanağı olduğu için o verilen ödünün, o minik planda verilen daha fazla ödülün ileride tolere edilmek suretiyle giderilmesi de mümkün hâle gelebilecektir.

Akşamın bu saatine kadar bizi yoğun ilgiyle dinlediğiniz, izlediğiniz, katkı sağladığınız için teşekkür ediyoruz.

İyi günler. Hoşçakalın.

İKİNCİ GÜN

16 Ekim 2010

Oturum Başkanı

Av. Talay ŞENOL

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

Tebliğ Sunanlar

Mediation und Rechtsstaat

(Arabuluculuk ve Hukuk Devleti)

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING

Almanya - Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Die Entwicklung der gerichtlichen Mediation in Deutschland

(Almanya'da Mahkeme İçi Arabuluculuğun Gelişimi)

Prof. Dr. Burkhard HESS

Almanya-Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Arş. Gör. Dr. Müjgan TUNÇ-YÜCEL: Dokuzuncu Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısının ikinci gününe hoş geldiniz.

MÜJGAN TUNÇ
YÜCEL'İN
KONUŞMASI

Üçüncü oturumda konuşmalarını yapmak üzere, Prof. Dr. Hanns Prütting ve Prof. Dr. Burkard Hess ile Oturum Başkanı Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol'u arz ediyorum.

Av. Talay ŞENOL(Oturum Başkanı): Değerli izleyiciler, sizleri şahsım ve kurumum adına saygıyla selamlıyorum. Beni bu onura layık gören Sayın Prof. Dr. Hocamız Hakan PEKCANI-TEZ ve onun şahsında bu toplantıyı düzenleyenlere de teşekkür ediyorum.

TALAY ŞENOL'UN
KONUŞMASI

Biliyorsunuz, dün burada arabuluculuk, tahkim tartışıldı. Bu konuda herhangi bir şey söylemeye gerek görmüyorum. Ülkemizdeki yargının ana sorunlarından bir tanesi, iş yükü. Artık neredeyse yargılama faaliyeti durmuş vaziyette. Hele hele, tabii özellikle Alman dostlarımız belki biliyorlar, Yargıtay'da yüz binlere varan dosyalar var. Dosya başına neredeyse birkaç saniye düşüyor. Bu koşullarda nasıl içtihat üretilir, bırakınız

içtihat üretmeyi, en basit denetim nasıl yapılır, onu takdirlerinize sunuyorum. İhtilafların alternatif çözüm yolları vasıtasıyla çözümlenmesinin iş yükünü azalatacağını, adalete erişimi, adaleti gerçekleştirmeyi daha süratli hâle getireceğini ümit ediyoruz. Bildiğiniz gibi, gecikmiş adalet adalet değil diyorlar. O zaman bu iş yükü içerisinde de adaletin en seri şekilde dediğimiz, bizim özlediğimiz tecellisi bir yılı aşıyor. Yılları ifade ediyoruz veya bir yıl içinde, iki yıl içinde hakikaten bu adalete erişebilirsek biz avukatlar mutlu oluyoruz. Vatandaşlarımız bizden daha da fazla mutlu oluyor. İşte, onların tamamını çözmek tabii mümkün değil, çünkü milyonlara varan davaların böyle hemen alternatif çözüm yolları kullanılarak birden çözüme kavuşturulması mümkün değil ama, bu arayışların bir an önce başlaması lazım. Bunun için de tabii önce “Bunlar ne?” bilmemiz lazım. Ne diyor arabuluculuk? Tahkimi az çok yıllardır biliyoruz. Her ne kadar dün Sayın Hocamızın dediği gibi, son derece sınırlı uyguluyorsak da, ayrıca ikinci bir unsur da tabii, sadece arabuluculuk değil, tahkimde arabuluculuk tekniklerini kullanarak tahkimi daha kaliteli hâle dönüştürmek imkânı var ve hatta ileride arabuluculuk yoluyla belki tahkimi aşmak da mümkün olabilecek. Çünkü anladığımız kadarıyla arabuluculuk daha kolay, toplumsal barışı daha seri sağlayabilecek ve hatta bırakınız tahkim kararlarını, mahkeme kararlarından daha kolay vatandaşları o sonucu taşıyacak. Çünkü sonunda insanların “Ben hakkımı aldım, verilen karar adil” duygusuna kavuşmasıyla bu ihtilafların çözümü yoluyla toplumsal barışın sağlanması mümkün olacak. Bu nedenle, bu konuda bilgilendirmek önemli bir olay. Bunu gerçekleştirmek için bu toplantıyı hazırladılar. Tabii, burada büyük bir mutluluk içerisinde bu işin oldukça önde olan ülkesinden iki tane bu konunun çok çok uzmanı iki hocamızı burada aramızda görmek bizi mutlu ediyor. Kendilerine bir daha hoş geldiniz diyorum. Üstelik, çok yoğun bir programları olduğunu biliyoruz. O kadar yoğun ki, beğeneceklerini umduğumuz -bilmiyorum kendileri daha önce ülkemizi gördüler mi- ülkemizi böyle pek fazla görmeden gece gelip işte yine gece ayrılacak şekilde yoğun programlarına rağmen gelmiş olmalarından dolayı da ayrıca teşekkür

ediyorum. İnşallah başka koşullarda daha fazla bir zamanları olduğunda kendilerini burada bir daha ağırlamak isteriz.

Kendileri ile konuşmak mümkün olmadı, hatta benim buraya çıkmam bile sürpriz oldu. Sağ olsunlar sabahleyin beni biraz zinde görmüşler, onun için "Siz yönetebilirsiniz" dediler.

Herhalde buradaki sıraya göre, önce Sayın Prof. Dr. Hanns Prütting'e söz vereceğiz. Tabii, buradaki başlığı son derece ilginç: Hukuk Devleti ve Arabuluculuk.

Biliyorsunuz, Türkiye Cumhuriyeti laik, sosyal, demokratik bir hukuk devleti. Genelde biz hep demokrasilerden bahsederiz, biraz Anglo-Sakson geleneğinden kaynaklanan. Ama dikkat ederseniz, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti, demokratik bir hukuk devleti, tamam laik bir hukuk devleti, ama hukuk devleti yok ise, demokratiklik, laiklik, sosyallik de yara alacaktır. Onun için, demokratik hukuk devleti Kıta Avrupası'nda Anglo-Sakson dünyasından biraz farklı olarak hukukun üstünlüğü kavramıyla onlar buraya geçmeye çalışıyorlar. Biz de çok önem verdiğimiz ve maalesef tümüyle uygulama şansını henüz elde edemediğimiz hukuk devletinin arabuluculukla bu şekliyle ilişkilendirilmesi son derece enteresan. Sanıyorum hepimiz merakla konuşmasını bekliyoruz.

Buyurunuz efendim.

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING (Almanya/Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın Oturum Başkanı, Sayın Başkan, saygıdeğer bayanlar ve baylar; öncelikle burada bulunmaktan, Ankara'da bir sunum yapmaktan dolayı çok büyük bir onur duyduğumu söylemek istiyorum. Burada Türk ve Alman medenî usûl hukukçuları arasındaki ilişkiyi birazcık daha derinleştirme fırsatım olacak. Bu akşam hemen gitmiyorum, yarın Almanya'ya döneceğim ve Ankara'daki müzeleri ziyaret etmek için bir fırsatım olacak. Biliyorsunuz, Almanya'da medenî usûl hukukçularının kardeş derneği var ve onların selamını sizlere iletmek istiyorum.

*Prof. Dr. Hanns PRÜTTING**

MEDIATION und RECHTSSTAAT

I. Einführung

Eine der ältesten Erkenntnisse der Menschheit besteht darin, dass menschliches Zusammenleben und Zusammenwirken einerseits lebensnotwendig ist, andererseits in unvermeidbarer Weise Konflikte vielfältiger Art schafft. Die Bewältigung solcher Konflikte nach bestimmten Regeln ist daher ein uraltes Anliegen der Menschheit. Die Ausbildung von Berufsrichtern, die Schaffung von Prozessordnungen und die verfassungsrechtliche Garantie eines Zugangs zu den Gerichten für jedermann mit jedem rechtlichen Anliegen ist daher eine Kulturleistung ersten Ranges. Dies zeigt sich besonders deutlich dort, wo davon abgewichen wird. Dazu sei auf ein aktuelles Beispiel aus Deutschland verwiesen. Die zuständigen parlamentarischen Gremien und Behörden haben vor ca. 15 Jahren beschlossen, den Bahnhof von Stuttgart und mit ihm zugleich große Teile der Innenstadt umzugestalten. Dieses große und sehr teure Projekt ist in einem aufwendigen förmlichen Verfahren, einem sogenannten Planfeststellungsverfahren unter Beteiligung aller Bürgerinteressen und mit großen Anhörungen der Betroffenen genehmigt und von den deutschen Verwaltungsgerichten überprüft worden. Im Jahre 2010, 15 Jahre nach der eigentlichen Grundsatzentscheidung, ist (nach Abschluss des Rechtsstreits vor dem Bundesverwaltungsgericht) nunmehr der Bau

* Universität zu Köln

begonnen worden. Angesichts des langandauernden und endgültig abgeschlossenen Verfahrens ist es deshalb durchaus bemerkenswert, dass Tausende von Menschen in Stuttgart im Jahre 2010 gegen dieses große Projekt heftig protestieren und demonstrieren. In deutschen Zeitungen wird vielfach die Frage gestellt, wie es heute zu einem solchen Konflikt kommen kann. Eine verschiedentlich darauf gegebene Antwort lautet, die Ursache liege in den früheren Konflikten. Denn damals wurde (so sagt man) die Uneinigkeit in der Sache durch eine Einigung per Verfahren ersetzt. Diese Antwort mag nicht völlig falsch sein. Sie verfehlt aber den Kern der Sache. Es ist durchaus das Ziel des Verfahrensrechts, Legitimation durch Verfahren zu schaffen, wie dies einmal Niklas Luhmann formuliert hat. Es entspricht geradezu dem Wesen der Menschen, dass Einigkeit in der Sache nicht immer erzielt und nicht erzwungen werden kann. Daher muss eine letztlich notwendige Einigung auf einem verfahrensmäßigen Weg erzielt werden. Der Abschluss eines solchen Verfahrens durch die Rechtskraft ist also zentrale Grundlage jedes rechtsstaatlichen Verfahrens. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass auch im Rahmen aller außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren die Offenhaltung des Zugangs zu Gericht und die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze von zentraler Bedeutung sind.

II. Rechtsstaat und Verfahren

In Deutschland ist es heute allgemein anerkannt, dass das Grundgesetz ein staatliches Rechtsprechungsmonopol enthält und dass deshalb gem. Art. 92 GG die Rechtsprechung grundsätzlich dem Staat vorbehalten ist.¹ Dieser ist also verfassungsrechtlich gehalten, ausreichende Gerichte für einen umfassenden Rechtsschutz allen Bürgern anzubieten. Aus der Sicht des einzelnen Bürgers bedeutet dies umgekehrt, dass der Zugang zu einem Gericht in einer eigenen Angelegenheit verfassungsrechtlich garantiert sein muss und ist. Es ist unbestreitbar, dass dieser verfas-

¹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 1 Rn. 29 und § 3 Rn. 1 ff.

sungsrechtlich gewährte Zugang zu Gericht der Durchsetzung subjektiver Rechte dient und damit nach Abschluss des Konflikts durch eine rechtskräftige Entscheidung des Gerichts letztlich auch der gesellschaftlichen Konfliktlösung und Befriedung der Parteien dient. Folge dieses Zusammenhangs ist es, dass es zwischen materiellem Recht und Prozessrecht eine enge Verbindung gibt. Der eine Bereich ist ohne den anderen nicht sinnvoll auszugestalten. Allerdings geht das Prozessrecht im Hinblick auf seine generelle Legitimationswirkung weit über die Durchsetzung des materiellen Rechtes hinaus. Es ist heute anerkannt, dass es auch eigenständige Gesichtspunkte einer prozeduralen Gerechtigkeit gibt.² So lassen etwa das zwingende Postulat der (formellen und materiellen) Rechtskraft sowie des rechtlichen Gehörs erkennen, dass diese nicht nur der Durchsetzung des materiellen Rechts dienen, sondern im Gegenteil der Durchsetzung subjektiver Rechte entgegenstehen können. Daraus ergibt sich, dass die Einhaltung verfahrensmäßiger Formen einen speziellen Gerechtigkeitswert enthält und vom verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip in den zentralen Grundlagen abgesichert ist.

III. Mediation und andere Formen außergerichtlicher Streitbeilegung im Rechtsstaat

Instrumente der Konfliktvermeidung und Konfliktlösung sind in jeder Gesellschaft zwingend erforderlich. Allerdings ist der Rechtsstreit vor staatlichen Gerichten kein Selbstzweck. Vielmehr kann neben der autoritativen richterlichen Entscheidung als Instrument von Konfliktvermeidung und Konfliktlösung auch der privatautonome und vom Konsens der Parteien geprägte Kompromiss stehen. Diese Form der Streitbeilegung hat in den vergangenen 40 Jahren in Deutschland (und überall auf der Welt) einen enormen Aufschwung genommen. Man erhofft sich von außergerichtlicher Streitbeilegung einen besseren und schnelleren sowie leichteren Zugang zu Konfliktregelungen sowie den Abbau von Zugangsbarrieren zur staatlichen Justiz. Dahinter stehen Ängste, die in Anspruchnahme staatlicher Justiz

² Prütting, Festschrift für Schiedermaier, 2001, S. 445.

erfordere hohe Kosten, setze eine lange Verfahrensdauer voraus und sei durch gewisse Ängste vor einem justizförmlichen Verfahren sowie durch Unkenntnis gerichtlicher Vorgänge geprägt. Von konsensualen Streitbeilegungsmechanismen erwartet man sich eine qualitative Verbesserung rechtlicher Konfliktlösungen, eine umfassende Erörterung des Konflikts mit den Beteiligten, die Ermittlung tieferliegender Konfliktursachen, flexible Lösungswege sowie zukunftsorientierte Lösungsansätze. Auch eine stärkere Laienbeteiligung bei der Streitschlichtung sowie psychologische Komponenten spielen eine Rolle. Der Wunsch nach konsensorientierter und zwangloser Kommunikation, die nicht durch richterliche Entscheidung und autoritäre Durchsetzung des Rechts geprägt ist, gilt heute weithin als vorzugswürdig. Aus dieser Sicht ist das Urteil des staatlichen Richters nur eine *ultima ratio*, wenn nicht gar ein beklagenswerter gesellschaftlicher Betriebsunfall. So haben sich in den vergangenen Jahrzehnten in vielfältiger Weise Güte- und Schlichtungsstellen entwickelt. Eingerichtet wurden Institutionen wie der Ombudsmann für bestimmte Unternehmen oder Unternehmenszweige. Schiedsgutachter und private Schiedsgerichte erleben einen deutlichen Aufschwung. Nicht zuletzt ist die Situation außergerichtlicher Streitbereinigung in den vergangenen 15 Jahren durch die Mediation geprägt. Hier will man durch die Einschaltung einer dritten Person, eines Mediators, den Streitparteien eine durchgreifende Unterstützung bei der Lösung ihrer Konflikte dadurch gewähren, dass der Mediator ohne Einsatz von Autorität und ohne Vorgabe von Entscheidungen mit den Parteien deren Interessen und mögliche Gemeinsamkeiten herausarbeitet und so letztlich eine Hilfe zur parteiinternen Konfliktlösung darstellt.³

IV. Die Kategorien konsensualer Streitbeilegung

Angesichts der vielfältigen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung, die sich in den vergangenen 40 Jahren herausgearbeitet haben, liegt eine grobe Einteilung und Systematisierung nahe.

³ Zu den verschiedenen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung vgl. statt vieler *Prütting*, *Außergerichtliche Streitschlichtung*, 2003, Rn. 9 ff.

matisierung in fünf verschiedene Bereiche nahe.⁴ Trennen kann man im Einzelnen

1. Das **Verhandeln (negotiation)**, also die bilaterale oder multilaterale Gesprächsrunde, der runde Tisch und ähnliche Formen der Beratung, Verhandlung und Erörterung ohne festes Verfahren und ohne eine dritte neutrale Person.

2. Dem stehen gegenüber die **Mediation** und ähnliche Formen der Verhandlungs- und Versöhnungshilfe, bei der die Streitparteien von einem neutralen Dritten in dem Versuch unterstützt werden, zu einer einvernehmlichen Lösung des Konflikts zu finden. Spezifikum der Mediation ist es dabei wie erwähnt, dass der neutrale Dritte ohne eigene Autorität und ohne Druck versucht, den Parteien bei der eigenständigen Lösung ihres Konflikts zu helfen.

3. Demgegenüber sind die vielfältigen Formen der **Schlichtung (conciliation)** Verfahren, nach deren Grundgedanken ein neutraler Dritter mit Autorität versucht, den Streitparteien ein eigenes Schlichtungs- oder Vergleichsergebnis zur Annahme vorzulegen. Dazu gehören in Deutschland die Gütestellen, die Schieds- und Schlichtungskommissionen und ähnliche Formen der außergerichtlichen Streitschlichtung.

4. Weiterhin abgetrennt werden können alle diejenigen Formen, die in formaler Hinsicht kein vollständiges Schlichtungsergebnis anstreben, sondern die nur durch ein (verbindliches oder unverbindliches) **Gutachten** über einen streitigen Aspekt zur Lösung des Falles beitragen. Hierher rechnen die Schiedsgutachten und ebenso die medizinischen Gutachterstellen der Ärztekammern, ferner das selbständige Beweisverfahren der ZPO. Deren Ergebnisse mögen für eine Streitbeilegung von entscheidender Bedeutung sein, die jeweiligen Gutachten behandeln aber zunächst immer nur einzelne Elemente aus dem gesamten Streitvorgang.

⁴ Prütting, in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, S. 515 ff.

5. Schließlich gibt es die **echte private Schiedsgerichtsbarkeit (arbitration)**, die vollständig an die Stelle staatlicher Gerichte tritt und eine echte Streitentscheidung durch ein privates Gericht vornimmt.

Nimmt man zu diesen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung noch hinzu, dass eine Partei im Rahmen ihrer Privatautonomie keinerlei Verfahren in Anspruch nehmen muss, sondern ebenso auf einen Anspruch verzichten kann, so ergeben sich im Falle privater oder staatlicher Konflikte ganz verschiedene Verhaltensweisen und Konfliktlösungsmechanismen. Diese vielfältigen Wahlmöglichkeiten für die Parteien dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Zugang zu einem staatlichen Gericht in einem Rechtsstaat grundsätzlich garantiert sein muss und dass alle Formen außergerichtlicher Streitbeilegung dazu in einem rechtsstaatlich akzeptierten Verhältnis stehen. Dem ist im Folgenden ein wenig näher nachzugehen.

V. Externe Verfahrensfragen zwischen Gericht und Mediation

Beim ersten Hinsehen könnte man meinen, dass außergerichtliche Streitbeilegung und insbesondere Mediation und gerichtliche Verfahren keine echten Berührungspunkte aufweisen. Tatsächlich besteht rein äußerlich eine grundsätzliche Trennung zwischen beiden Bereichen. Bei näherem Hinsehen lassen sich allerdings zwei wichtige Fragen stellen: es geht zum Einen um den Zusammenhang zwischen außergerichtlicher Streitbeilegung und Einleitung eines Gerichtsverfahrens und zum Anderen um die mögliche gerichtliche Durchsetzung von außergerichtlichen Konfliktlösungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung.

1. Die Abhängigkeit gerichtlicher Verfahren von außergerichtlicher Konfliktbehandlung

Das Verhältnis außergerichtlicher Konfliktbeilegung zur Einleitung eines staatlichen Gerichtsverfahrens lässt sich auf dreierlei Weise regeln. Möglich ist erstens eine Regelung, bei der die

außergerichtliche Konfliktbeilegung das staatliche Verfahren vollständig verdrängt, möglich ist zweitens eine Abhängigkeit des staatlichen Verfahrens in der Weise, dass dem staatlichen Verfahren ein anderes außergerichtliches Verfahren zwingend vorgeschaltet sein muss, und drittens ist es denkbar und nahe liegend, dass außergerichtliche Streitbeilegung und staatliches Gerichtsverfahren völlig unberührt nebeneinander stehen.

a. Die Möglichkeit, ein nichtstaatliches Verfahren exklusiv an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit zu setzen, kennt das deutsche Recht nur in einem einzigen Fall. Dies ist die Vereinbarung von Parteien, den Rechtsstreit durch ein schiedsgerichtliches Verfahren nach dem 10. Buch der ZPO abzuwickeln. Für diesen Fall sieht § 1032 ZPO vor, dass eine dennoch vor einem staatlichen Gericht erhobene Klage als unzulässig abzuweisen ist, wenn der Beklagte diesen Einwand der Schiedsvereinbarung geltend macht.⁵ Es ist anerkannt, dass trotz des Ausschlusses staatlicher Gerichtsbarkeit hierin eine verfassungskonforme Regelung zu sehen ist, weil den Parteien die Möglichkeit zukommt, eine solche Schiedsvereinbarung auf der Basis ihrer Privatautonomie zu schließen. Die Parteien können also privatautonom auf den verfassungsrechtlich garantierten Zugang zu Gericht verzichten. Andererseits ist ein solcher Ausschluss jeder staatlichen Gerichtsbarkeit nur hinnehmbar, sofern das Schiedsgericht die volle Funktion staatlicher Gerichte übernimmt und den Konflikt durch eine echte gerichtliche Entscheidung lösen kann. Dies hat (noch zu diskutierende) Konsequenzen für die Ausgestaltung eines solchen Verfahrens.

b. In manchen Fällen hat das deutsche Recht eine außergerichtliche oder vorgerichtliche Streitbeilegung als obligatorisches Vorverfahren ausgestaltet und damit als ein Zulässigkeitsmerkmal vor dem Zugang zum staatlichen Gericht. Vor allem ist dies durch § 15 a EGZPO geschehen, der am 01.01.2000 in Kraft getreten ist. Diese Norm sieht vor, dass bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht bis zur Summe

⁵ Dazu Prütting/Gehrlein, ZPO-Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 1032 Rn. 2, 5.

von 750,- Euro, ferner bei Streitigkeiten nachbarrechtlicher Natur und bei Fragen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts sowie des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eine Klage erst zulässig ist, wenn vorher der Versuch gemacht wurde, die Streitigkeit einvernehmlich vor einer anerkannten Gütestelle beizulegen.⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dies eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung, die nicht während des Prozesses nachgeholt werden kann.⁷ Allerdings hat diese Norm im praktischen Verfahren nur geringe Bedeutung erlangt. Zum Einen gilt sie nicht in ganz Deutschland, sondern sie ist nur in der Hälfte der deutschen Bundesländer eingeführt worden. Weiterhin lässt sich diese Norm durch die Wahl eines Mahnverfahrens relativ einfach umgehen. Schließlich ist die Regelung zeitlich befristet und der Umfang der Regelung (bis 750,- Euro) nicht sehr bedeutsam. All dies hat dazu geführt, dass die Norm als wenig geglückt und nicht sehr erfolgreich angesehen wird.

Andere obligatorische Vorschaltnormen gibt es in Spezialgesetzen. So kennt das Sachenrechtsbereinigungsgesetz, durch das die bodenrechtlichen Probleme, die durch die Wiedervereinigung entstanden sind, aufgearbeitet werden sollen, ein notarielles Vermittlungsverfahren. Dieses Vermittlungsverfahren ist gemäß § 104 Sachenrechtsbereinigungsgesetz ein zwingendes Zulässigkeitsmerkmal für eine Klage, mit der der Konflikt zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Inhaber eines Nutzungsrechts nach früherem DDR-Recht entschieden wird. Obligatorische Vorverfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung kennen auch die Insolvenzordnung im Rahmen der Verbraucherinsolvenz (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) sowie das Arbeitsgerichtsgesetz im Rahmen von Ausbildungsstreitigkeiten (§ 111 Abs. 2 ArbGG). Ein gerichtsinternes obligatorisches Güteverfahren hat die ZPO in § 278 Abs. 2 nach dem Vorbild des Arbeitsgerichtsgesetzes (§ 54 ArbGG) eingeführt. Danach muss der Richter vor der mündlichen Ver-

⁶ Prütting, Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003, Rn. 92 ff.

⁷ BGH, Urteil vom 13.07.2010, MDR 2010, 1143; BGH, Urteil vom 23.11.2004, MDR 2005, 285; BGH, Urteil vom 07.07.2009, MDR 2009, 1127.

handlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung mit den Parteien durchführen.

c. In allen anderen Fällen außergerichtlicher Konfliktbeilegung handelt es sich um Verfahren, die unabhängig und losgelöst von einem staatlichen Gerichtsverfahren sind. Sie sind also freiwillig ausgestaltet und können vor einem staatlichen Verfahren, zeitlich parallel zu einem staatlichen Gerichtsverfahren oder sogar nach einem staatlichen Gerichtsverfahren ablaufen, ohne dass die beiden Bereiche sich berühren müssen. Ist ein staatliches Gerichtsverfahren bereits eingeleitet, so kann in Sonderfällen der Richter sogar die Parteien an eine außergerichtliche Streitschlichtungsmöglichkeit verweisen und dies ihnen vorschlagen. Dies sieht § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO ausdrücklich vor und fügt hinzu, dass in einem solchen Fall das staatliche Verfahren ruht. Hierher gehört insbesondere auch die Mediation im engeren Sinn, die vor, während und nach einem Gerichtsverfahren ablaufen könnte. In der Rechtswirklichkeit wird sie freilich regelmäßig entweder zeitlich vor einem staatlichen Gerichtsverfahren oder im Erfolgsfalle anstelle eines solchen Verfahrens ablaufen.

Die Freiwilligkeit außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren entspricht insbesondere dem intendierten Zweck jeder außergerichtlichen Streitschlichtung als Bewährung oder Erweiterung des freien Zugangs zum Recht. Der Wunsch nach einem Abbau von Schwellenangst und anderen Zugangsbarrieren beim Zugang zu Gericht kann sicherlich am wirkungsvollsten durch freiwillige außergerichtliche Schlichtungsmöglichkeiten erzielt werden. Es wäre deshalb ein falscher Weg, diese Unabhängigkeit außergerichtlicher Verfahren von staatlicher Gerichtsbarkeit dadurch einzuschränken, dass man die Zulässigkeit einer Klageerhebung vor dem staatlichen Gericht in irgendeiner Form dennoch von dem Versuch gütlicher Streitbeilegung abhängig zu machen versucht. In Einzelfällen haben dies Gerichte getan, wenn sie etwa die Gewährung von Prozesskostenhilfe von der vorherigen Anrufung einer außergerichtlichen Streitschlichtungsstelle abhängig gemacht ha-

ben.⁸ Eine solche Auffassung erklärt also für die arme Partei die staatliche Gerichtsbarkeit als subsidiär gegenüber einer außergerichtlichen Streitschlichtung und erzeugt damit indirekt einen gewissen Zwang und eine unzulässige Beschränkung des Zugangs zu Gericht. Eine solche faktische Abstufung von Gerichtsschutz ist schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unhaltbar und abzulehnen.

Nicht unproblematisch ist es deshalb auch, Abhängigkeiten beider Verfahrensbereiche dadurch zu schaffen, dass eine außergerichtliche Schieds- oder Schlichtungsstelle nach ihrer eigenen Verfahrensordnung die Befugnis hat, bei Scheitern von gütlicher Einigung einen Schiedsspruch zu fällen, wobei durch einen solchen Schiedsspruch eine Bindung der Parteien an die Tatsachenfeststellung erfolgt. Eine solche Verfahrensgestaltung enthalten die sogenannten KFZ-Schiedsstellen, deren Schiedsgutachten dann zu einer weitreichenden Bindung in der Sache führen können. Solche Verfahren mögen im Rahmen der Privatautonomie bei Zustimmung beider Parteien zulässig sein, über die erheblichen Gefahren einer solchen rechtlichen Gestaltung darf man sich aber nicht hinwegtäuschen.

2. Vollstreckungsrechtliche Durchsetzung konsensualer Ergebnisse

Soweit eine außergerichtliche Streitbeilegung über den Bereich von Beratung und Vermittlung hinausreicht und zu einem konkreten Ergebnis führt, stellt sich die weitere naheliegende Frage, inwieweit ein solches Ergebnis außergerichtlicher Streitschlichtung notfalls gerichtlich durchsetzbar und damit vollstreckbar ist. Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass die Möglichkeit einer Vollstreckung konsensualer Ergebnisse hilfreich und wünschenswert ist, um bei späteren Divergenzen oder auch nur bei Zahlungsunwilligkeit einer Partei einen zusätzlichen staatlichen Prozess zu vermeiden. Unproblematisch ist insoweit die Vollstreckung eines Schiedsspruchs, der

⁸ So insbesondere: OLG Köln, MDR 1990, 638; LG Aurich, NJW 1986, 792; LG Dortmund, JZ 1988, 255.

im Rahmen eines echten Schiedsgerichtsverfahrens ergangen ist. Ein solcher Schiedsspruch kann für vollstreckbar erklärt werden und ist dann ein Vollstreckungstitel (vgl. § 1060 ZPO). Ähnlich günstig ist die Rechtslage im Falle obligatorischer Vorverfahren. Ist in einem solchen Rahmen entweder während des Gerichtsverfahrens ein Prozessvergleich oder ein Vergleich in einem Prozesskostenhilfverfahren, ein Vergleich in einem selbständigen Beweisverfahren oder vor einer staatlich anerkannten Gütestelle geschlossen worden, so stellt ein solcher Vergleich nach der Regelung von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ausdrücklich einen Vollstreckungstitel dar. Damit sind also alle Vergleiche vor anerkannten Schlichtungsstellen und ähnlichen Einrichtungen vollstreckbar. Auch der Spruch eines Schlichtungsausschusses in Berufsausbildungsverhältnissen ist gem. § 111 Abs. 2 ArbGG vollstreckbar. Kein Vollstreckungstitel wird dagegen im Falle des notariellen Vermittlungsverfahrens nach den §§ 87 ff. Sachenrechtsbereinigungsgesetz erreicht. Der Vermittlungsvorschlag des Notars, der von den Parteien in Form eines Vertragsschlusses angenommen werden kann, ist aber in einem späteren Rechtsstreit für das Gericht bindend (vgl. § 99 Sachenrechtsbereinigungsgesetz). Weitere Möglichkeiten, zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen, gibt der sogenannte Anwaltsvergleich (§ 796 a ZPO). Schließlich kann ein Vollstreckungstitel durch eine notarielle Urkunde entstehen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Alle diese Regelungen sind hilfreich, können aber nicht die Tatsache überdecken, dass in vielen Fällen außergerichtlicher Streitbeilegung ein Vollstreckungstitel nicht erreicht wird. Dies gilt insbesondere im Falle eines echten Mediationsverfahrens. Hier bedarf es besonderer Vorkehrungen der Parteien, um später zu einem durchsetzbaren Titel zu gelangen.⁹ Bisher ist deshalb teilweise vorgeschlagen worden, in solchen Fällen das Ergebnis in eine vollstreckbare Urkunde oder in einen Anwaltsvergleich zu überführen. Denkbar wäre es wohl auch, an das Mediationsverfahren ein schiedsgericht-

⁹ Lörcher, in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 45, S. 1119.

liches Verfahren direkt anzuschließen und in diesem Verfahren einen Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt anzustreben (§§ 1054 Abs. 2, 1053 ZPO). Diese Erwägungen zeigen, dass hier im deutschen Recht (und auch in anderen Rechtsordnungen) noch eine empfindliche Lücke besteht. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass die europäische Union am 21.05.2008 eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen erlassen hat, die bis Mai 2011 umzusetzen ist.¹⁰ Eine Kernregelung dieser Richtlinie stellt es dar, dass künftig die Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen gesichert sein muss. Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation im Sommer diesen Jahres veröffentlicht, der in die ZPO einen neuen Paragraphen 796 d einfügen will, wonach eine in der Mediation geschlossene Vereinbarung auf schriftlichen Antrag aller Parteien für vollstreckbar erklärt wird.¹¹ Diese Vollstreckbarerklärung durch das Amtsgericht führt dann zu dem gewünschten Vollstreckungstitel.

VI. Interne Verfahrensprobleme

1. Verfahrensgarantien

Die Frage nach der internen Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens einer außergerichtlichen Streitbeilegungsform scheint zunächst auf eine völlige Offenheit und Freiwilligkeit im Rahmen der Privatautonomie hinzuführen. Bei näherer Betrachtung gilt es freilich zu beachten, dass möglicherweise auch Formen außergerichtlicher Streitbeilegung gewisse verfassungsrechtliche Garantien und verfahrensrechtliche Grundicherungen beachten müssen. Dabei wird man von dem Grundsatz ausgehen müssen, dass die Bindung an verfassungsrechtliche Mindeststandards des Verfahrensrechts umso

¹⁰ Richtlinie 2008/52/EG vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 136.

¹¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Stand: 04.08.2010, im Internet abrufbar.

naheliegender und wichtiger ist, je stärker das jeweilige außergerichtliche Verfahren auf den Zugang zum staatlichen Gericht einwirkt. Dies gilt zunächst ganz offenkundig für die echte Schiedsgerichtsbarkeit. Hier sieht die ZPO insbesondere vor, dass der Schiedsrichter die Parteien gleich zu behandeln hat (§ 1042 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit dem garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung sind also für das schiedsgerichtliche Verfahren die verfassungsrechtlichen Garantien der Waffengleichheit und der prozessualen Chancengleichheit der Parteien festgelegt. Im Einzelnen bedeutet das etwa, dass den Parteien gleiche Fristen und gleiche Verfahrensregeln gewährt werden müssen. Auch für einen gleichmäßigen Informationsstand der Parteien muss das Schiedsgericht Sorge tragen. Als weitere Verfahrensgarantie enthält § 1042 Abs. 1 Satz 2 das Gebot, dass das Schiedsgericht jeder Partei rechtliches Gehör gewähren muss. Der in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist auch für die Parteien eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ein absolut zentrales prozessuales Grundrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat den Anspruch auf rechtliches Gehör als prozessuales Urrecht der Menschen bezeichnet und sehr stark ausgeformt. Mit ihm ist ein Recht der Parteien auf Orientierung, also auf Benachrichtigung vom Verfahren, auf Mitteilung von Äußerungen anderer Beteiligter sowie auf Akteneinsicht verbunden. Ferner ist mit dem rechtlichen Gehör ein Recht auf Äußerung in mündlicher und schriftlicher Form verbunden. Darüber hinaus wird vom Bundesverfassungsgericht als entscheidender Gesichtspunkt hervorgehoben, dass das Gericht das Parteivorbringen zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen muss. Als weitere grundrechtliche Garantie regelt das Gesetz das Recht der Parteien, sich durch Rechtsanwälte in einem schiedsgerichtlichen Verfahren vertreten zu lassen (§ 1042 Abs. 2 ZPO). Schließlich ist im Gesetz der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verankert. Wenn also in schiedsgerichtlichen Verfahren betont wird, dass die Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens in erster Linie vom Parteiwillen und damit von der Privatautonomie der Parteien abhängt, so darf doch nicht verkannt werden, dass

die aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensgrundrechte generell Beachtung finden müssen.

Demgegenüber werden sich im Bereich aller anderen außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren deutliche Auflockerungen finden lassen, da jeweils ein staatliches Gerichtsverfahren folgen kann. Immerhin wird man es in diesem Zusammenhang positiv bewerten können, dass (soweit ersichtlich) alle in Deutschland auf Dauer eingerichteten außergerichtlichen Schlichtungsinstitutionen eine eigene interne Verfahrensordnung aufweisen, die grundlegende Schutzmechanismen enthält und eine gewisse Rechtssicherheit garantiert. Darüber hinaus ist es allerdings eine durchaus schwierige Fragestellung, ob es allgemeine und übergreifende Grundsätze des Verfahrens gibt, die auch im Rahmen jeder außergerichtlichen Konfliktlösung Beachtung erlangen. Zu denken wäre hier insbesondere an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und der Neutralität und Unabhängigkeit der jeweiligen Schlichtungsperson. Beide Grundsätze sind für jedes formalisierte Verfahren unter Einschaltung eines Dritten in einem Konflikt zwischen zwei anderen Parteien als schlechthin konstitutiv anzusehen und müssen Beachtung finden. Gerade in diesem wichtigen Punkt liegt freilich noch manches im Argen. Wenn z.B. ein Unternehmen einen eigenen Mitarbeiter als Schiedsmann oder als Ombudsmann bezeichnet und ihn seinen Vertragspartnern zur außergerichtlichen Streitbeilegung empfiehlt, so ist dieser Grundsatz sicherlich verletzt. Nicht anders ist es, wenn der Vorsitzende einer Schlichtungskommission ein Angestellter des Verbandes der jeweiligen Branche ist, die die Schlichtungseinrichtung unterhält. Unabhängig von solchen besonderen Problemen wird man generell fordern müssen, dass die Verfahrensordnungen von außergerichtlichen Schlichtungseinrichtungen die Grundsätze des rechtlichen Gehörs, des fairen Verfahrens, der Waffengleichheit der Parteien, des gleichmäßigen Zugangs zur jeweiligen Institution und ähnliche aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Verfahrensgrundrechte wahren müssen.

Im Falle der echten Mediation steht dem gegenüber, dass schon nach dem Wesen eines solchen Verfahrens dem Mediator hoher Spielraum bei der Behandlung des Falles gegeben werden muss. Hier werden die sonst üblichen verfahrensmäßigen Spielregeln durch den Einsatz mediativer Elemente ersetzt. Dies geht bekanntlich soweit, dass der Mediator mit den Streitparteien Einzelgespräche führt und nicht in gleicher Weise rechtliches Gehör gewähren muss, wie dies ein Richter oder Schiedsrichter tun müsste. Die außerordentlich große Freiheit der Verfahrensgestaltung durch Mediatoren darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch ihnen gewisse verfassungsrechtlich garantierte Pflichten auferlegt sind. Je freier das Verfahren ist, desto zentraler ist nämlich die Forderung, dass der jeweilige Mediator neutral und unabhängig ist und den Streitparteien unparteilich gegenüber steht. Diese Neutralitätspflicht des Mediators wird als zwingender Bestandteil des Mediatorvertrags angesehen und ist damit auch justitiabel. Allerdings ist eine solche grundsätzliche Verpflichtung bisher im staatlichen Gesetz noch nicht verankert. Es ist daher zu begrüßen, dass der bereits genannte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation, der die europäische Mediationsrichtlinie umsetzen will, in dem künftigen § 2 Abs. 2 und § 3 nähere Regelungen vorsieht, die die Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators ausdrücklich vorschreiben und absichern. Insgesamt sollte nicht verkannt werden, dass die Neutralität und Unabhängigkeit sowie Unparteilichkeit des Mediators die zentrale Basis einer rechtsstaatlich gestalteten Mediation darstellen.

2. Verfahrensmäßige Folgeprobleme

Über die genannten absoluten Grundlagen hinaus können sich weitere verfahrensrechtliche Folgeprobleme bei Durchführung einer außergerichtlichen Streitbeilegung des Verfahrens ergeben. Insbesondere ist hier darauf hinzuweisen, dass die Inanspruchnahme jeder Form außergerichtlicher Streitbeilegung nicht dazu führen darf, durch Zeitablauf Nachteile hinnehmen zu müssen. So muss gesichert sein, dass durch solche außergerichtlichen Streitbeilegungsformen der Lauf von

Verjährungs- und Klagefristen gehemmt oder unterbrochen wird. Auch insoweit ist es zu begrüßen, dass die europäische Richtlinie ausdrücklich vorsieht, dass die Mitgliedsstaaten eine Verjährungshemmung sicherstellen (Art. 8 Abs. 1). Das deutsche Recht hat hier mit den §§ 203, 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB bereits weitgehende Klarheit geschaffen.

Ein weiterer Aspekt betrifft Kostenbarrieren beim Zugang zu außergerichtlichen Streitbeilegungseinrichtungen. Im staatlichen Justizverfahren ist diese Problematik in Deutschland durch die Regelung über die Prozesskostenhilfe weitgehend überwunden. Demgegenüber kann bei außergerichtlicher Streitbeilegung von den Parteien Prozesskostenhilfe nicht beansprucht werden. Dies kann sich durchaus verfahrenshindernd auswirken. Im Sonderfall des notariellen Vermittlungsverfahrens nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz hat der Gesetzgeber die Regeln über die Prozesskostenhilfe für anwendbar erklärt (§ 102 Sachenrechtsbereinigungsgesetz). In anderen Verfahren und insbesondere im Falle der echten Mediation ist eine solche Regelung bis heute nicht festzustellen.

Schließlich muss zu Lasten aller außergerichtlichen Konfliktbeilegungsmöglichkeiten noch beachtet werden, dass diese im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung im Ganzen auch gewisse Gefahren beinhalten. Dieser Gesichtspunkt soll aus dem Blickwinkel der Vorteile eines staatlichen Justizverfahrens abschließend noch näher geprüft werden.

VII. Der Wert staatlicher Gerichtsbarkeit

Die große Wertschätzung, die heute der Mediation und anderen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung in Deutschland und weltweit entgegengebracht wird, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass nichtstaatliche Streitbeilegungsverfahren auch strukturelle Nachteile aufweisen. Die Nichtöffentlichkeit solcher Verfahren und die fehlende Veröffentlichung von Verfahrensergebnissen sowie die Streitbeilegung ohne Beachtung und Bearbeitung der normativen Grundlagen beinhalten zwangsläufig auch negative Folgen. So kann insbesondere im

großen Rahmen des Verbraucherschutzes der Unternehmer einen Fehler eingestehen, Kulanz üben, von zweifelhaftem rechtlichem Vorgehen Abstand nehmen, entstandene Schäden großzügig ausgleichen, ohne dass die Gefahr bestünde, dass in der Öffentlichkeit ein bedenkliches Geschäftsgebaren oder bestimmte Marktstrategien abgeändert werden müssten. Aber auch weit darüber hinaus fordert die Nichtöffentlichkeit solcher außergerichtlicher Streitbereinigung ihren Preis. Die allgemeine Bewährung und Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung sowie die Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung können auf diesem Wege nicht geleistet werden. Allein durch veröffentlichte Gerichtsentscheidungen kann Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Rechtsfortschritt erzielt werden. Darüber hinaus muss aus deutscher Sicht festgehalten werden, dass Mediationsverfahren keine wirkliche Entlastung der staatlichen Justiz darstellen. Auch der in den vergangenen Jahren viel beschworene freie Zugang zu Gericht wird durch die Förderung der Mediation nicht ernstlich gefördert oder vorangebracht. Denn gerade Mediation spricht eher den mündigen, aufgeklärten und selbstbewussten Bürger an. Zugangsbarrieren zur Justiz können auf diesem Wege nicht abgebaut werden. Bereits erwähnt wurde die Tatsache, dass im Rahmen eines Mediationsverfahrens nach deutschem Recht keine Prozesskostenhilfe gewährt werden kann. Schutz und Förderung der armen Partei kann also auf diesem Wege nicht erreicht werden.

Hinter allen diesen Überlegungen steht die Tatsache, dass staatliche Gerichtsbarkeit und staatliche Streitentscheidung im Rahmen öffentlicher, mündlicher und unmittelbarer Prozessführung und Verhandlung eine zentrale Basis des Rechtsstaats darstellen. Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und Rechtsfortbildung können nur durch solche öffentlichen Gerichtsverfahren mit veröffentlichten Gerichtsentscheidungen erreicht werden. Es wäre deshalb eine Verkennung der Bedeutung staatlicher Gerichtsbarkeit, wenn man sie zugunsten anderer außergerichtlicher Streitschlichtungsmechanismen vollkommen verdrängen wollte.

VIII. Ergebnis

Mediation ist eine faszinierende Form konsensueller Streitbeilegung. Sie ist grundsätzlich in allen Bereichen des Rechts anwendbar. Ihre viel gerühmten Vorteile, Konflikte ohne Rechtsanwendung in einer möglicherweise umfassenden und zukunftsorientierten Form beizulegen, sollen hier in keiner Weise bestritten werden. Es ist vielmehr zu begrüßen, wenn entstandene Konflikte durch ein Konfliktmanagement ausgeräumt werden, das in mediativer Form nach den eigentlichen Ursachen und Gründen sucht, die tieferliegenden Interessen der Beteiligten herausarbeitet und letztlich zu echten Wegen aus der entstandenen Beziehungskrise führt. Ein solches Verfahren benötigt aber Zeit und kostet Geld. Ein Massenverfahren für jeden Konfliktfall kann Mediation deshalb nicht darstellen. Daher soll noch einmal betont werden, dass der Rechtsstaat auch weiterhin ein funktionsfähiges staatliches Gerichtsverfahren mit neutralen und gut ausgebildeten Richtern benötigt, die rechtliche Konflikte durch autoritative Entscheidung im Rahmen der staatlichen Gerichtsordnungen lösen. Es ist deshalb nach meiner Auffassung ein Missverständnis, wenn heute Mediation als eine Kernaufgabe des Richters angesehen wird. Der Richter unterliegt nach Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz einer Gesetzesbindung. Seine verfassungsrechtlich fundierte Kernaufgabe ist und bleibt deshalb die Entscheidung des Rechtsstreits durch Urteil.

*Prof. Dr. Hanns PRÜTTING**

*Çev: Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ***

ARABULUCULUK ve HUKUK DEVLETİ**

I.Giriş

Bireylerin birarada yaşaması ve yaşadıkları topluluk içinde işbirliği yapması, bir yandan yaşamsal zorunluluktur, diğer yandan da aralarında değişik şekillerde uyuşmazlıkların çıkmasını engelleyememesi insanlığın en eski bilgilerinden birini oluşturur. Bundan dolayı bu gibi uyuşmazlıkların belirli kurallar çerçevesinde sonlandırılması, insanlığın çok eski meselelerinden biri olmuştur. Bu nedenle meslekten hâkimlerin yetiştirilmesi, usûl düzeninin yaratılması ve yargılamayla ilişki içerisinde bulunan her bir bireyin mahkemelere başvurusunun anayasal garanti altına alınması, ilk sırada yer alan kültürel bir edimdir. Bu durum özellikle bundan ayrılmanın gerçekleştiği istisnai durumlarda kendisini açıkça gösterir. Bunun için Almanya'dan güncel bir örnek olaya göndermede bulunuyorum. Yetkili parlamenter kurul ve resmî mercî onbeş yıl kadar önce, Stuttgart tren istasyonunun ve istasyonla birlikte aynı zamanda şehir merkezinin büyük bir bölümünün şeklini değiştirecek bir inşaa yapılmasına karar verdi. Bu büyük ve oldukça pahalı proje, bütün menfaati bulunan yurttaşların katılımı altında, ilgililerin geniş kapsamlı dinlenilmesine izin verilen ve Alman İdarî Mahkemesi'nin denetiminden geçen plan tespit davası (yargılaması) (*Plantfeststel-*

* Köln Üniversitesi

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

lungsverfahren) denilen masraflı ve geleneksek bir yargılamaya konu oldu. Alınan esas ilke kararından onbeş yıl sonra, 2010 yılında (Federal İdare Mahkemesi'nin davayı bitirmesinin ardından) ancak inşaya başlanılabildi. Uzun sürmesi ve sonunda kesin şekilde tamamlanan yargılama dolayısıyla Stuttgart'da 2010 yılında binlerce kişinin bu projeyi şiddetli bir şekilde protesto etmesi ve bunun için gösteri yapması dikkat çekicidir. Günümüzde buna benzer pek çok uyuşmazlığın yansıdığı gibi, bu sorun da pek çok kez alman gazetelerinde yer aldı. Bu soruya verilen farklı cevapların temelinde yatan sebep, geçmişteki uyuşmazlıklardır. Çünkü, o zamanlar soruna ilişkin uyuşmazlık, yargılama yoluyla gerçekleşen uyuşma ile (çoğu zaman yargısal hüküm ile) giderilmekteydi. Bu cevap tamamıyla yanlış değerlendirilmemelidir. Ancak cevap olayın özüne uymamaktaydı. Niklas Luhmann tarafından bir kez formüle edildiği gibi, yargılamanın amacı tamamıyla yargılama yoluyla yasallığın sağlanmasıdır. Uyuşmazlıklarda anlaşmanın her zaman sağlanamaması ve bu hususta tarafların zorlanamaması kesinlikle insanın doğasıyla örtüşmektedir. Bu nedenle yargılama ölçüsünde bir yola ilişkin bir nihai gerekli uyuşma sağlanmalıdır. Bu gibi yargılamaların kesin hükümle sonuçlanması, her hukuk devleti yargılamasının temel esasıdır. Bu neden, bütün mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yargılamaları kapsamında da mahkemeye başvurunun açık tutulmasının ve hukuk devleti ilkesine sadık kalınmasının temel bir anlamının olmasını açıklığa kavuşturur.

II. Hukuk Devleti ve Yargılama

Almanya'da bugün genel olarak kabul edilmektedir ki, Anayasa, devlet temelli yargısal bir tekel içerir ve bu yüzden Anayasa'nın 92. maddesine göre yargı yetkisi esasen devlete bırakılmıştır¹. Tüm yurttaşlara kapsamlı bir hukukî koruma sağlamak için yeterli sayıda mahkemenin sunulmasını da anayasa hukuku açısından yerine getirilmek zorunludur. Her bir yurttaş açısından ise bu durum, belirli bir sorunuyla mahke-

¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 1 Rn. 29 und § 3 Rn. 1 ff.

meye başvurusunun anayasal garanti edilmesi zorunluluğunu ve olmasını tersi bir anlamla ifade eder. Anayasal açıdan mahkemeye başvurunun garanti edilmesinin, sübjektif hakların yerine getirilmesini sağladığı ve böylece mahkemenin kesin hükmüyle çekişmenin sonlandırılmasından sonra nihai olarak toplumsal uyumsuzlukların çözümlenmesi ile tarafların memnuniyetinin sağlandığı hususu çekişmesizdir. Maddî hukuk ile usûl hukuku arasında yakın bir ilişki olmasının nedeni bu bağlantı dolayısıyladır. Bir alan diğeri olmadan anlamlı değildir. Şüphesiz kendi yasal etki alanından bakıldığında usûl hukukunun maddî hukukun uygulanmasından çok daha öteye gitmiştir. Usûl yargılamasının kendine özgü bazı noktaları olduğu da bugün kabul edilir². Şeklî ve maddî kesin hüküm ile hukukî dinlenilme hakkının mecbur kılan önermesinin tanınması, bunların sadece maddî hukukun yerine getirmesine hizmet etmesini sağlamayacak, bilakis tam tersine sübjektif hakların yerine getirilmesini engelleyebilecektir de. Buradan anlaşılmalıdır ki, usûlî kapsamdaki yöntemlere uyulması özel bir adalet değeri oluşturur ve anayasal hukuk devleti ilkesi tarafından korunan temel bir esastır.

III. Hukuk Devletinde Arabuluculuk ve Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Diğer Şekilleri

Her toplumda uyumsuzlukların önlenmesi ve çözümlenmesi araçları zorunlu olarak gereklidir. Şüphesiz devlet mahkemelerinde hukukî çekişmenin görülmesi asıl amaç değildir. Uyuşmazlıkların önlenmesi ve çözümlenmesi aracı olarak egemen adli kararın (hükmün) yanında, daha ziyade kişilerin kendi iradelerine dayalı tarafların karşılıklı anlaşmasıyla biçimlenen uzlaşma da yer alacaktır. Uyuşmazlık çözümünün bu şekli, Almanya'da (ve bütün dünyada) geçmiş kırk yılda büyük bir gelişme göstermiştir. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünden, bu yollara iyi ve hızlı ve de basit başvuru ve de devlet yargısına başvuru engellerinin kaldırılması umulmaktadır. Bu engellerin arkasındaki korku, devlet yargısının yüksek mali-

² Prütting, Festschrift für Schiedermaier, 2001, S. 445.

yeti gerektirmesi, yargılamaların uzun sürmesi, yargılamanın biçimselliği ve de yargısal prosedüre ilişkin bilgisizliktir. Karşılıklı anlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarından hukukî uyuşmazlıkların çözümlenmesinde nitelikli bir iyileştirme sağlanması; katılımcılarla uyuşmazlığın kapsamlı müzakere edilmesi; temeldeki uyuşmazlık sebeplerinin ortaya çıkarılması; esnek çözüm yöntemlerinin kullanılması ve de gelecek odaklı çözüm ifadeleri beklenir. Uyuşmazlık çözümünde güçlü meslekten olmayan katılımcılar ile psikolojik unsurlar da rol oynar. Uyuşmazlık yönteminde hukukun uygulanmasını otoriter biçimde yerine getiren yargısal karardan farklı olarak uzlaşma odaklı ve basit, resmîyetsiz iletişim isteği bugün fazlasıyla tercih edilerek geçerliliğini korumaktadır. Bu açıdan bakıldığında, hâkimin hükmü çok elim verici bir toplumsal iş kazası değilse, sadece bir son çaredir (*ultima ratio*). Bu sebeple geçtiğimiz on yılda çeşitli biçimlerde sulh ve uzlaştırma kurulları gelişti. Bazı şirketler veya sektörler için ombudsman gibi kurumlar kuruldu. Hakem bilirkişiler ve özel hakem mahkemeleri açık bir gelişme yaşıyor. Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümleri durumu son onbeş yılda arabulucuk aracılığıyla şekillenmektedir. Burada arzu edilen üçüncü bir kişinin, bir arabulucunun taraflar arasındaki çekişmenin çözümünde etkin bir korumanın, arabulucunun otoritesini kullanmaksızın ve hüküm talimatı olmaksızın taraflarla menfaatlerini ve olası ortak yönlerini çalışması ve son olarak taraflar arası uyuşmazlık çözümüne yardım etmesi yoluyla, garanti edilmesidir.³

IV. Karşılıklı Anlaşmaya Dayalı Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Sınıflandırılması

Geçtiğimiz kırk yıl içinde şekillenen mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün değişik yöntemleri açısından ana bir sınıflandırma ve sistematik beş farklı bölüme dayanır⁴. Bunlar tek tek ayrılacak olursa:

³ Yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin farklı yöntemleri açısından ayrıca bkz. Prütting, *Außergerichtliche Streitschlichtung*, 2003, Rn. 9 ff.

⁴ Prütting, in: *Haft/von Schlieffen*, *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. 2009, S. 515 ff.

1. **Pazarlık suretiyle müzakere** (*Verhandeln - negotiation*), yuvarlak masa ve benzer diğer görüşme yöntemlerine dayanan iki taraflı veya çok taraflı tartışma grubu şeklinde, katı yargılama süreci ve tarafsız bir üçüncü kişinin katılımı olmaksızın pazarlık ve müzakere yöntemidir.

2. Buna karşılık **Arabuluculuk** (*Mediation*) ve müzakere ile diğer barışçıl yollarla uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri, anlaşmazlıklara uzlaşmacı çözüm bulmak için çekişmeli tarafların çabalarının tarafsız bir üçüncü kişi tarafından desteklenmesidir. Daha önce belirtildiği gibi arabuluculuk spesifik olarak tarafların, belirli bir otoritesi ve baskı yetkisi bulunmayan tarafsız bir üçüncü kişinin önünde uyuşmazlıklarını bağımsız çözüm yöntemleriyle gidermeyi denemesidir.

3. Buna karşılık **Uzlaştırma** usûlünün (*Schlichtung - Conciliation*) çeşitli şekilleri bulunmakta olup, bu şekillerin temel düşüncesine göre tarafsız üçüncü kişinin otorite kullanarak tarafları belirli uzlaştırma ve sulh sonucunu kabul ettirmeye çalışmasıdır. Bu amaçla faaliyette bulunma yetkisi Almanya'da sulh kurullarına (*Gütestellen*), hakem ve (*Schiedskommissionen*) uzlaştırma komisyonlarına (*Schlichtungskommissionen*) ve mahkeme dışı uzlaşmanın başkaca yöntemlerine aittir.

4. Biçimsel açıdan tam olarak uzlaştırma sonucu hedeflemeyen, aksine sadece ihtilâflı olayın çözümüne yönelik çakişmeli noktalara ilişkin katkıda bulunmak üzere **bilirkişilik** (*Gutachten*) bütün yukarıdaki yöntemlerden ayrılabilir. Bu kapsama hakembilirkişilik (*Schiedsgutachten*) ve aynı şekilde tabipler odasının tıbbî bilirkişi kurulları, ayrıca Alman Medenî Usûl Kanunu'nun müstakil delillerin toplanması usûlü girmektedir. Bunun sonuçları, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle ilgili bilirkişinin bütün uyuşmazlıktan tek bir unsuru her zaman ele aldığı önemli bir anlam taşır.

5. Son olarak tamamıyla devlet mahkemelerinin yerine düzenlenen ve özel bir mahkeme aracılığıyla gerçek bir uyuşmazlık kararı veren gerçek özel **tahkim yargısı** (*Schiedsgerichtsbarkeit - Arbitration*) yer alır.

Taraflardan birinin özel hukuk kapsamında yargılama başlatmayacakları, bilakis haktan vazgeçebileceğine ilişkin mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin bu şekillerini kabul edecek olurlarsa, özel ve idarî uyuşmazlıklara ilişkin olaylarda tamamen farklı davranış ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ortaya çıkacaktır. Taraflar için bu çeşitli alternatif olanaklar şüphesiz ki, bir hukuk devletinde devlet mahkemelerine başvurunun anayasal açıdan garanti altında olması gerektiğini ve bütün mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde kabul edilebilir bir bağlantı bulunduğu gerçeğini gizlemek için değildir. Aşağıda bu husus biraz detaylı takip edilecektir.

V. Mahkeme ve Arabuluculuk Arasındaki Yargılama Dışı Usûl Sorunları

İlk bakışta mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve özellikle arabuluculuk ve mahkeme yargılaması gerçek bir bağlantı noktasının bulunmadığı zannedilebilir. Gerçekten de her iki alan arasında tamamiyle haricî temel bir ayrılık bulunmaktadır. Daha yakından bakıldığında ise, çok önemli iki mesele bulunduğu görülecektir: burada söz konusu olan ilk olarak, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yargılama usûlünün başlangıcı arasında bağlantının olması ve ikinci olarak da, icra edilebilirlik kapsamında mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinin mahkemece uygulanabilirlik olanağıdır.

1. Mahkeme Dışı Uyuşmazlık İşlemlerine Mahkeme Yargılamasının Bağımlılığı

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin devlet yargılaması usûlünün başlangıcına bağlantısı üç temel şekilde düzenlenebilir. Mümkün olan ilk düzenleme, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin devlet yargılamasını tamamiyle ortadan kaldırması, mümkün olan ikinci düzenleme başka bir mahkeme dışı yargılamanın devlet yargılamasına mecburen ön başvurulacak yer olarak düzenlenerek devlet yargılamasının bağlı kılınması ve düşünülebilecek, akla yakın kabul edilecek üçüncü mümkün durum, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile devlet yargılamasının tamamiyle birbirini etkilemeden yan yana yer almaları olacaktır.

a) Devlet yargısının yerine devlet yargılaması şeklinde olmayan bir yargılamanın ikame edilmesini, Alman hukuku sadece tek bir durumda tanımaktadır. Bu istisnâî durum, tarafların Alman Usûl Kanunu'nun 10. Kitabı uyarınca, anlaşmazlığı hakem yargılaması (*schiedsgerichtliches Verfahren*) aracılığıyla görülmesi konusunda anlaşmasıdır. Bu olay için Alman Usûl Kanunu § 1032, devlet mahkemesinde açılan davanın usûlden reddi için davalının itirazında hakem anlaşmasını ileri sürmesini öngörmektedir⁵. Devlet yargılamasının hariç bırakılmasına rağmen bunda taraflara kendi irade özgürlüğü temelinde bu türden hakem anlaşmaları akdedebilme imkanını verecek anayasaya uygun düzenlemenin getirilmesi gerektiği zorunluluğu kabul edilmektedir. Taraflar kendi iradeleri ile de anayasal garanti altında bulunan mahkemeye başvuru haklarından vazgeçebilirler. Diğer yandan buna benzer bir (mahkemeye başvuru hakkından) mahrumiyet, hakem mahkemesinin devlet mahkemesinin bütün işlevlerini üzerine aldığı ve uyuşmazlığı gerçek bir yargısal kararla çözümlendirdiği takdirde, her hukuk yargısında kabul edilebilir. Bunlar, bu tür yargılamaların düzenlenmesi için (daha da tartışılan) sonuçlarıdır.

b) Alman hukuku birçok olayda, mahkeme dışı veya yargılama öncesi uyuşmazlık çözümlerini zorunlu ön tahkikat kurumu (*Vorverfahren*) ile düzenlemiş ve böylece bunu devlet yargısına başvuru için bir ön kabul edilebilirlik unsuru olarak kabul etmiştir. Bu durum, özellikle Alman Medenî Usûl Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Hakkında Kanun'un (*EGZPO, Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozess*) §15a paragrafında düzenlenerek 01.01.2000 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi. Sulh (il) mahkemelerinde görülen meblağı 750,-- Euro'ya kadar olan malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, ayrıca komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklarda ve kişilik haklarının ve Eşit Davranma Kanunu'nun (*Gleichbehandlungsgesetz*) ihlâlinden doğan çekişmelerde, önceden çekişmenin taraflarca uzlaşarak kabul edilen bir sulh kurulu önüne götür-

⁵ Bu konuda bkz. Prütting/Gehrlein, ZPO-Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 1032 Rn. 2, 5.

meyi denemiş olmaları şartıyla açtıkları davaların caiz (görülebilir) olacağını bu düzenleme öngörmektedir.⁶ Alman Federal Yargıtay'ın içtihadına göre bu, yargılama sürecinde telafi edilemeyecek bir caiziyet (görülebilirlik) şartıdır.⁷ Ancak bu kural pratikte pek önemli olmayan bir anlama sahiptir. Bu kural Almanya'nın tamamında değil, eyaletlerin sadece yarısında uygulamaya konuldu. Ayrıca ilâmsız icra takibi (*Mahnverfahren*) olanağı yoluyla bu kural, nispeten kolayca dolanılmaktadır. Son olarak bu düzenleme süreye bağlıdır ve düzenleme kapsamında (750,- Euro'ya kadar olması) çok anlamlı değildir. Bütün bunlar göstermektedir ki, bu düzenlemenin şansı azdı, çok fazla başarı gösterememiştir.

Özel kanunlarda başka birtakım zorunlu ara düzenlemeler bulunmaktadır. Yeniden birleşmelerden kaynaklanan toprak hukukuna ilişkin problemlerinin noterler tarafından arabuculuğuna Eşyaya Hukuku Düzenleme Kanunu (*Sachenrechtsbereinigungsgesetz*) imkân tanımaktadır. Eşyaya Hukuku Düzenleme Kanunu'nun 104. maddesi gereğince, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti (*DDR*) hukukuna göre intifa hakkı sahibi ile taşınmaz maliki arasındaki uyuşmazlıklarda bu arabuculuk yolu, davanın görülebilmesi için zorunlu kabul edilebilirlik koşuluuydu. Tüketici aczi konusunda Alman Aciz Kanunu (*Insolvenzordnung*) ve eğitim uyuşmazlıkları konusunda İş Mahkemesi Kanunu (*Arbeitsgerichtsgesetz*) da mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinde zorunlu ön tahkikat (*Vorverfahren*) öngörmektedir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 278 fıkra 2'de, İş Mahkemesi Kanunu (§ 54 *ArbGG*) model alınarak mahkeme (yargılama) içi zorunlu bir dostane çözüm yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre hâkim sözlü yargılamadan (müzakere) önce, davaya konu hak uyuşmazlığını barışçıl bir şekilde çözümleme amacıyla uyuşmazlığın taraflarıyla birlikte dostane bir müzakere yürütmelidir.

⁶ Prütting, *Außergerichtliche Streitschlichtung*, 2003, Rn. 92 ff.

⁷ BGH, Urteil vom 13.07.2010, MDR 2010, 1143; BGH, Urteil vom 23.11.2004, MDR 2005, 285; BGH, Urteil vom 07.07.2009, MDR 2009, 1127.

c) Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinin diğer tüm durumlarda, mahkeme dışı uyuşmazlık çözümlerinin devlet mahkemelerinin yargılamasından ayrı ve bağımsız bir yargılama söz konusu olacaktır. Söz konusu mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri ihtiyarî olarak gelişmiş ve aynı zamanda devlet mahkemelerine paralel olarak veya devlet mahkemelerindeki yargılamadan sonra, onunla karşılıklı etkileşim içinde olmaksızın yürütülebilir. Hali hazırda başlatılmış devlet mahkemesinde bir yargılama varsa, bazı istisnâî durumlarda hâkim bile taraflara mahkeme dışı uyuşmazlıkları uzlaştırma olanaklarını önerebilir. Alman Medenî Usûl Kanunu § 278, 5. fıkra, 2. cümle bu durumu açıkça düzenler ve ayrıca düzenlemede, bu gibi durumlarda devlet yargılamasının duracağı da kurala eklenmiştir. Buraya devlet yargılamasından önce, bu yargılamayla birlikte ve bu yargılamadan sonra yürütülebilecek dar anlamda arabuluculuk da dâhildir. Hukukî gerçeklikte bu yöntemler şüphesiz düzenli bir şekilde ya kronolojik olarak mahkeme yargılamasından önce veya başarı göstermesi durumunda bu tür yargılamanın yerine geçerek yürütülür.

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ihtiyarîliği, adalete serbest erişimin genişletilmesi ve korunması şeklinde her mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün özellikle istenilen amacıyla örtüşür. Karar verememe ve başkace yargıya erişim engellerinin ortadan kaldırılmasındaki arzu, ihtiyarî mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm olanakları aracılığıyla şüphesiz ki en etkili şekilde sağlanabilir. Mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemlerinin devlet yargısından bu bağımsızlığını, devlet mahkemeleri önünde herhangi bir modelde dava ikamesinin kabul edilebilirlik şartı olarak barışçıl uyuşmazlık çözüm yöntemlerini denemiş olmaya bağlayarak kısıtlamak, yanlış bir yöntem olur. Mahkemeler bunu adli yardımın (*Prozesskostenhilfe*) verilmesi gibi önceki mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm kurumuna başvurusuna bağlı kılınan özel durumlarda, yapmaktadır⁸. Böyle bir görüş açıkça göstermektedir ki, maddî durumu iyi

⁸ Özellikle bkz. OLG Köln, MDR 1990, 638; LG Aurich, NJW 1986, 792; LG Dortmund, JZ 1988, 255.

olmayan taraf için mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünü, devlet yargılaması karşısında talî (ikinci derece) olarak görür ve böylece dolaylı bir manevî baskı ve mahkemelere erişimde caiz olmayan bir sınırlama durumu meydana getirir (hissi uyandırır). Yargısal korunmanın böyle fiilî derecelendirilmesi, anayasa hukukunun temel esaslarınca savunulamaz ve reddedilmek zorundadır.

Mahkeme dışı hakem-sulh kurulunun kendi özel yargılama düzenlemesine göre sulh görüşmesinin kesilmesi durumunda hakem hükmü verme hakkına sahip olmasıyla (ki bu hakem hükmü vasıtasıyla taraflar vakıa tespitine bağlanmaktadır) her iki yargılama alanının bağıllığının gerçekleşmesi porblemsiz de değildir. KFZ-hakem kurulu bu türden bir yargılama yapısı içermektedir ki, bu kurulun hakem raporu eşyaya (olaya) geniş kapsamlı bir bağıllığa neden olabilmektedir. Tarafların öneli tehlikeleri hakkında aldanmaması gereken bu tür bir yargılama yapısı, tarafların onayıyla özel hukuk irade serbestliği kapsamında caizdir.

2. Karşılıklı Anlaşmaya Dayalı Hükümlerin (Sonuçların) İcra Hukukuna Açısından Uygulanması

Müzakere ve uzlaşmanın konu alanında bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü gerçekleşir ve somut çözümler ortaya konacak olursa, ortaya çıkacak mantıklı bir diğer soru, bu türden bir mahkeme dışı arabuluculuk sonucunun gerektiğinde nasıl mahkeme vasıtasıyla yerine getirileceği ve böylece icra edilebileceğidir. Daha sonraki uyuşmazlıkta veya sadece taraflardan birinin ödemeye istekli olmaması durumunda ek bir devlet yargılamasının önüne geçmek için karşılıklı anlaşmaya dayalı hükümlerin icra edilebilirlik olanağının yararlı ve arzu edilen bir değere sahip olması hususu daha açık bir ifadeye ihtiyaç duymaz. Gerçek bir hakem mahkemesi yargılaması sonucunda hükmedilmiş hakem kararının icra edilebilirliği konusu sorunsuzdur. Böyle bir hakem kararı icra edilebilir olduğu açıklanabilir ve bu hâlde ilâm niteliğinde bir belge (*Vollstreckungstitel*) olur (karşılaştırınız Alman Usûl Kanunu § 1060). Zorunlu ön tahkikat (*obligatorischer Vorverfahren*) hâlindeki hukukî durum

benzer şekilde elverişlidir. Böyle bir kapsamda ya devlet mahkemesinin yaptığı yargılamada davada sulh (*Prozessvergleich*) veya adli yardım yargılamasında (*Prozesskostenhilfverfahren*) uzlaşma (*Vergleich*) ya da uzlaşma müstakil bir delillerin toplanması usûlünde (*Beweisverfahren*) veya bilinen, tanınan bir devlet sulh kurulu (*Gütestelle*) önünde sonuçlandırılmışsa, bu şekildeki bir uzlaşma Alman Usûl Kanunu § 794, fıkra 1, numara 1 düzenlemesi uyarınca kesin bir şekilde ilâm niteliğinde bir belge (*Vollstreckungstitel*) olarak kabul edilir. Böylece bilinen uzlaştırma kurulları ve benzer müesseseler önünde gerçekleştirilen tüm uzlaşmalar zorla icra edilebilir. Meslek öğretimi ilişkilerindeki uzlaştırma kurulu kararı da Alman İş Kanunu § 111, fıkra 2 uyarınca icra edilebilir. Buna karşılık Eşya Hukuku Düzenleme Kanun (*Sachenrechtsbereinigungsgesetz*) § 87 uyarınca noterlerin arabuluculuk olaylarında, ilâm niteliğinde belge oluşturulmaz. Ancak taraflarca sözleşme şeklinde kabul edilen noterlerin arabuluculuk önerisi, daha sonraki davada mahkeme için bağlayıcı olur (Eşya Hukuku Düzenleme Kanunu § 99). İlâm niteliğinde belge elde etmek için başka bir olanak, avukatın uzlaştırmasıdır (*Anwaltsvergleich*) (Alman Medenî Usûl Kanunu § 796 a). Son olarak noterlerce belge oluşturulmak suretiyle ilâm niteliğinde bir belge elde edilebilir (Alman Medenî Usûl Kanunu § 794, fıkra 1). Bütün bu yararlı düzenlemeler, ancak pek çok mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm durumlarında ilâm niteliğinde belge elde edilmemesi durumunu göz ardı etmemektedir. Bu durum özellikle gerçek bir arabuluculuk yönteminde söz konusudur. Burada daha sonradan zorla icra edilebilir bir belge elde etmek için taraflar açısından özel önlemlere ihtiyaç vardır⁹. Bu yüzden şimdiye kadar bu gibi durumlarda, uzlaşma hükümlerinin icra edilebilir bir belgede veya avukatın uzlaştırması ile ispat edilmesi kısmen önerilmekteydi. Arabuluculuk faaliyetini doğrudan hakem mahkemesi yargılamasına bağlamak ve bu yargılamada anlaşmaya varılmış içerikli bir hakem kararını amaç edinmek gerçekten de akla uygundur (Alman Medenî Usûl Kanunu § § 1054, fıkra 2, 1053). Bu de-

⁹ Lörcher, in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 45, S. 1119.

ğerlendirmeler, burada Alman hukukunda (ve diğer hukuk düzenlerinde de) hâla konuyla ilgili hassas bir boşluk bulunduğunu göstermektedir. Bu yüzden Avrupa Birliği'nin 21.05.2008 tarihinde hukukî ve ticarî işlere ilişkin arabuluculuk hakkında çıkardığı ve Mayıs 2011'e kadar yeniden düzenleyerek geliştirdiği direktif oldukça memnuniyetle karşılanmaktadır¹⁰. Bu direktifin temel kuralını, arabuluculuk uzlaştırmalarının icra edilebilirlik özelliğinin bundan böyle temin edilmiş olması oluşturur. Buna göre Alman kanunkoyucusu bu senenin yazında Alman Usûl Kanunu'na yeni 796 d paragrafını ilave edecek ve arabuluculukta tüm taraflara kesin uzlaşma sağlayan, yazılı tekliften sonra zorla icra edilebilir nitelikte olacak bir arabuluculuğu teşvik kanunu (*Gesetzes zur Förderung der Mediation*) tasarısı yayımladı¹¹. Sulh (il) mahkemesinin bu icra edilebilirlik açıklaması istenilen ilâm niteliğinde belgeyi oluşturur.

VI. Yargılama İçi Usûl Sorunları

1. Yargılama Garantileri

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ilgili yargılamanın iç yapısına ilişkin sorun, öncelikle özel hukuk irade özerkliği sahasında tam bir açıklığa ve ihtiyarılığa ilişkindir. Daha yakından bakıldığında, olası her mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yönteminin anayasa hukukuna ilişkin mutlak garantileri ve usûl hukukuna ilişkin temel güvenceleri göz önünde bulundurması gerektiği gerçekten görülmektedir. Ayrıca usûl hukukunun anayasal asgarî standartlarına bağlılığı mantıklı ve önemli oldukça, ilgili mahkeme dışı yargılamanın devlet yargısına başvuruyu o kadar güçlü etkilediği noktadan hareket etmek zorunludur. Bu her şeyden önce tamamiyle asıl hakem yargısı (*Schiedsgerichtsbarkeit*) için geçerlidir. Burada özellikle Alman Usûl Kanunu hakemin taraflara eşit davranmasını düzenlemektedir (Alman Usûl Kanunu § 1042,

¹⁰ "Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen" hakkında 2008/52/EG, 21.05.2008 tarihli prensip kararlar, ABL. L 136.

¹¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Stand: 04.08.2010 (internette istenebilir).

fıkra 1, cümle 1). Eşit muamele temel prensibinin (*Grundsatz der Gleichbehandlung*) garanti edilmesiyle, hakem mahkemesi yargılaması için de olan silâhların eşitliği (*Waffengleichheit*) ve tarafların prosedürel fırsat eşitliğine (*der prozessualen Chancengleichheit*) sahip olmasına ilişkin anayasal garantiler kabul edilmektedir. Bu, somut olayda tarafların aynı sürelerle ve aynı yargılama kurallarına tabi olmalarının garanti altına alınmış olmasını ifade eder. Hakem mahkemesi tarafları aynı şekilde eşit bilgilendirilmesi için de aynı özeni göstermek zorundadır. § 1042, fıkra 1, cümle 2 yasağı, bir başka yargılama garantisi olarak hakem mahkemesinin tarafların her birine hukukî dinlenilme hakkı tanımak zorunda olduğunu düzenlemektedir. Alman Anayasası madde 103, fıkra 1 düzenlemesi ile hukukî dinlenilme hakkı, hakem mahkemesi yargılamasının tarafı için de mutlak ve başlıbaşına usûlî bir temel hak olarak anayasal garanti altına almıştır. Alman Anayasa Mahkemesi hukukî dinlenilme hakkı talebini kişilerin doğal prosedürel hakkı olarak belirtmekte ve katı bir şekle bağlamaktadır. Taraflara bilgi verme, yargılamadan haberdâr edilme, diğer ilgililerin açıklamaları hakkında bilgilendirilme ve de dava dosyasını inceleme hakkı bununla ilgilidir. Ayrıca sözlü veya yazılı şekillerde açıklamada bulunma hakkı, hukukî dinlenilme hakkıyla ilgilidir. Bunun ötesinde Alman Anayasa Mahkemesi, kesin bir şekilde mahkemenin tarafların dayandıkları vakıalar ve hukuksal nedenler hakkında bilgi alması ve bunları göz önünde tutması gerektiği konusundaki görüşünü vurgulamaktadır. Taraflara hakem mahkemesi yargılamasında tarafların kendisini bir avukat aracılığıyla temsil ettirebilmesi hakkını, kanun başka bir anayasal garanti olarak düzenlemektedir (Alman Usûl Kanunu § 1042, fıkra 2). Son olarak Kanun'da takdirî delil sistemi kabul edilmiştir. Özellikle ilgili yargılamanın şekillendirilmesinin taraf iradesine ve böylece tarafların özerk iradesine bağlılığının hakem mahkemesi yargılamasında vurgulanmış olması, hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan anayasal hukuk garantilerinin yargılamanın temel haklarına genel olarak dikkate alınma zorunluluğunun yanlış değerlendirilmesine yol açmamalıdır.

Buna karşılık, ilgili devlet yargılamasının takip edilebilmesinden dolayı bütün diğer mahkeme dışı uyuşmazlık yöntemleri alanında açıkça çözümler görülebilir. Almanya'da düzenli bir şekilde organize olmuş mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm kuruluşlarının kendisine özgü bir yonteme ilişkin usûl göstermesi, bu kapsamda temel esaslara uygun koruma mekanizmaları içermesi ve mutlak bir hukukî güvenliği garanti altında tutması bu bağlamda en azından olumlu olarak değerlendirilebilir. Bunun ötesinde her bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü kapsamında da yargılamanın genel ve geneli aşan temel ilkelerin olup olmadığı elbette zor bir sorundur. Burada özellikle temel ilkelerden hukukî dinlenme hakkı (*rechtliches Gehör*) ve arabulucunun tarafsızlığı (*Neutralität*) ve bağımsızlığı (*Unabhängigkeit*) üzerinde düşünölmeli. İki temel ilke iki farklı taraf arasındaki bir uyuşmazlıkta üçüncü kişinin dahil edildiği her bir biçimselleşmiş yargılama yöntemi için kesinlikle kurucu unsur olarak görölmeli ve dikkate alınmak zorundadır. Tam da bu önemli noktada, durum arapsaçına dönüşmektedir. Örneğin bir teşebbüsün kendi çalışanı arabulucu veya ombudsman olarak tayin edildiğinde ve onun, taraflara yargılama dışı uyuşmazlık çözümü teklif etmesi durumunda bu temel ilke mutlaka zarar görür. Uzlaşmayı yürüten hakem komisyonunun (*Schlichtungskommission*) başkanı, kendi uzmanlık alanındaki kurumun çalışanı ise de durum farklı olmayacaktır. Buna benzer hususî problemlerden bağımsız olarak, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde yargılama düzeninden genel olarak talep edilen temel ilkeler hukukî dinlenme hakkı, âdil yargılanma, tarafların eşit silâhlara sahip olması, kendi kurumlarına eşit erişim hakkı ve hukuk devleti kaynaklı benzer yargısal temel hakları koruma zorunluluğu yer almaktadır. Yargılamanın türüne göre olaya ilişkin işlemlerde arabulucuya geniş bir alan verilmek zorunda olunan gerçek arabulucuk olayında bu duruma uyulmaz. Burada arabulucu unsurlarının kullanılmasıyla başkaca mutlak yargılamaya özgü kurallar ikame edilir. Bilindiği üzere arabulucu uyuşmazlık içindeki taraflarla tekli müzakereler yürötmeli ve bir hâkimin veya hakemin yapmak zorunda olduğu gibi aynı şekilde hukukî dinlenme hakkını vermek zorunda değildir.

Arabulucular tarafından yargılama şekli konumundaki kural dışı büyük serbestlik, arabulucuların anayasal hukuksal garantiyi temin eden yükümlülüklerle şüphesiz mükellef olduğu konusunda ancak yanlış anlaşılmalıdır. Yargılama ne kadar serbest ise, ilgili arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması ve taraflara tarafsız konumda bulunması o kadar merkezi bir talebi ortaya koyar. Arabulucunun bu tarafsızlık yükümlülüğü, arabuluculuk sözleşmelerinin zorunlu unsuru olarak dikkate alınır. Kuşkusuz böyle bir temel yükümlülük şimdiye kadar devlet kanunlarında henüz sağlanmadı. Bu sebeple daha önce bahsedilen, avrupa arabuluculuk prensiplerini (*Mediationsrichtlinie*) konu alacak ve ileride § fıkra 2, 2 ile § 3 düzenlemeleri ile arabuluculara açık bir şekilde tarafsızlığı ve bağımsızlığı tavsiye eden ve bu ilkeleri koruyan Arabuluculuğu Teşvik Kanunu Tasarısı (*Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation*) memnuniyetle karşılanmaktadır. Özet olarak, arabulucuların tarafsızlığı ile bağımsızlığı ve de taraflara karşı bîtarafılığı hukuk devletine uygun inşa edilmiş arabuluculuk sisteminin temel özü olduğu yanlış yorumlanmamalıdır.

2. Yargılamaya İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar

Söz konusu mutlak temel esasların ötesinde, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasından kaynaklanan birtakım usûl hukuku sorunları ortaya çıkabilir. Özellikle burada mahkeme dışı arabuluculuğun her şeklinin kullanılması, zamanın geçmesiyle ortaya çıkacak olumsuzlukları kabul etme zorunluluğuna neden olmamalıdır. Bu tür mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleri sürecinde zamanaşımı süreleri (*Verjährungsfristen*) ve dava açma süreleri (*Klagefristen*) durması veya kesilmesi garanti altına alınamk zorundadır. Avrupa direktifi açıkça üye devletlerin bu durumlarda zamanaşımının durmasını sağlamasını öngörmektedir (Madde 8, fıkra 1). Alman hukuku, burada Alman Medenî Kanunu §§ 203, 204, fıkra 1, numara 4 ile bu konuya hali hazırda geniş bir açıklık getirmiştir.

Başka bir nokta, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruda masraf engelleridir. Devlet yargısında, Almanya'daki bu sorun adlî yardıma ilişkin kurullarla büyük

ölçüde çözümlenmiştir. Diğer taraftan mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde taraflar adli yardım talebinde bulunamazlar. Bu durum elbette mahkeme dışı uyuşmazlık çözümleri açısından bir engel teşkil edebilir. Eşyaya İlişkin Düzenleme Kanunu'na göre noterlerin gerçekleştirdikleri aracılık faaliyetlerine ilişkin özel durumlarda, kanunkoyucu adli yardıma ilişkin düzenlemelerin uygulanabileceğini açıklamaktadır (Eşyaya İlişkin Düzenleme Kanunu § 102). Diğer yöntemlerde ve özellikle de gerçek arbuluculuk yönteminde bugüne kadar böyle bir düzenleme kabul edilmemiştir.

Son olarak bütün mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm olanaklarının bu yükümlülüklerine, hukukun yerine getirilmesiyle bağlantı içinde bu kesin tehlikelere dikkat edilmelidir. Bu bakış açısı devlet yargısının yararları açısından dikkate alındığında çok daha yakından incelenmelidir.

VII. Devlet Yargılamasının Değeri

Günümüzde Almanya'da ve dünyada açığa çıkan arbuluculuk ve benzeri mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin itibarı ve çekiciliği, devlet dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin de birtakım yapısal dezavantajları bulunduğu konusunda yanılığa düşürmemelidir. Bu tür kamuya açık olmayan, aynı zamanda yargılama sonucunun da kamuoyuna sunulmadığı ve ayrıca icra edilebilmesi ile düzeltme özellikleri olmayan normatif temelleri içeren uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğal olarak birtakım olumsuz sonuçları bulunur. Özellikle tüketicinin korunması kapsamında -iş ahlâkı veya belirli piyasa şartları değiştirilmesi tehlikesi ortaya çıkmadan girişimcinin hatasını kabul edebilir, kolaylık gösterebilir, şüpheli hukukî tutumlardan feragat edilebilir, ortaya çıkan zarar geniş şekilde telafi edilebilir. Ancak bunun ötesinde bu türden mahkeme dışı uyuşmazlık çözümleri masrafın açıklanmasını arzulamaz da. Bu yöntemlerle hem objektif hukuk düzeninin uygulanmasını hem de hukukun gelişiminin sağlanması mümkün değildir. Ancak kamuya açık mahkeme kararları yoluyla hukuk güvenliğini, şeffaflığını ve hukukun ilerlemesini sağlamak mümkün olabilir. Alman bakış açısından ele alınacak olunursa, arbuluculuk yöntemleri hukuk yargılamasının

yükünü gerçekte ortadan kaldırmamaktadır. Geçmiş yıllarda mahkemelere serbestçe başvuru da, arabuluculuğun teşviki dolayısıyla ciddi şekilde teşvik edilmedi ve geliştirilmedi. Zira arabuluculuk daha fazla sorumluluk sahibi, bilgili ve ne yaptığının bilincinde olan yurttaşlara hitap eder. Adalete erişimin önündeki engeller ise bunlara indirgenemez. Şu gerçeği dile getirmek gerekir ki, arabuluculuk yöntemleri Alman hukukuna yargılama giderlerinin azaltması konusunda da bir yarar sağlamamaktadır. Ekonomik durumu iyi olmayan tarafların bu yollara başvurabilmesi mümkün değildir. Bütün bu düşüncelerin altında yatan gerçek, devlet yargısının ve bu yolla verilen uyuşmazlığı sona erdiren kararın hukuk devleti ilkesini temel alan kamuya açıklık, sözlülük ve doğrudan doğruyalık esaslarına dayanan bir yargılama usûlü yöntemine dayanmasıdır. Hukukî güvenliğe, şefaflığa ve ilerlemeye ancak ve sadece kamuya açık yargılama yöntemleri ve bunun neticesinde ortaya çıkan hükümle varılabilir. Yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi mekanizmaları kusursuz bir şekilde devlet yargısını ortadan kaldırırsa, ancak o zaman devlet yargısının anlamı hakkında bir horgörme söz konusu olabilir.

VIII. Sonuç

Arbuluculuk tarafların anlaşmasına dayalı cazip bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk esas itibariyle hukukun tüm alanlarında uygulanabilir. Arabuluculuğun yaygın olarak uygulanabilir ve gelecek odaklı bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemi olması, arabuluculuğun karşı koyulmaması gereken en önemli yararları arasındadır. Uyuşmazlığa sebebiyet veren asıl ve temel sorunların araştırıldığı; katılımcıların, ilişkinin temelinde uzanan menfaatlerinin dikkate alındığı ve ilişkinin temelinde yatan sorunların çözümüne yönelik tamamiyle kendine özgü bir çözüm arayışına dayanan arabuluculuk yöntemleri daha fazla memnuniyetle karşılanır. Ancak bu gibi yöntemler gerekli olmakla birlikte, fazla zaman ve masrafa sebebiyet verir. Bu yüzden arabuluculuk her uyuşmazlık türü için global bir yöntemi ifade edemez. Burada birkez daha vurgulamak gerekir ki, her hukuk devleti aynı zaman-

da, hukukî uyuşmazlıkları mahkeme teşkilatı içinde bağlayıcı hükümle sonuçlandırarak tarafsız ve nitelikli hâkimlere sahip etkin bir yargılama sistemini barındıran yargılama düzenini de temin etmek zorundadır. Bu sebeple kanaatimce arabuluculuğun bugün için hâkimlerin temel görevleri arasında görülmesi doğru değildir. Anayasa madde 20, fıkra 3 hâkimin temel görevini düzenlemiştir. Buna göre hüküm yoluyla uyuşmazlık konusunda karar vermek, hâkimin anayasal açıdan temel görevini ve bunun kapsamını oluşturmaktadır.

Av. Talay ŞENOL(Oturum Başkanı): Sayın Prof. Dr. Hanns Prütting'e, bu zengin içerikli, ufuk açıcı konuşmalarından dolayı teşekkür ediyorum.

Söylediklerinin birçoğu bizim için de geçerli, bu şaşırtıcı değil. Çünkü bizim hukuk dünyamız Almanya'dan çok fazla farklı değil, fazla uzak değil. Zaten Anayasamızın doğrudan olmasa bile dolaylı olarak alındığı yer 1949 Almanya Anayasası. Usûl Yasamız, Ceza Usûl doğrudan doğruya Almanya'dan alındı. Her ne kadar Hukuk Usûlümüz Neuchatel'den alınmışsa, -Neuchatel de tabii Almanya'dan- aynı şekilde Medenî Usûl ve Medenî Kanunumuz, diğer kanunlarımız, İsviçre gibi görünse de temelinde Almanya oluyor. Dolayısıyla söylediklerinin çoğu bizim hukukumuz için de geçerli.

Özellikle anayasal güvencelerle ilgili söyledikleri tamamıyla geçerli, hatta biraz daha fazla geçerli belki. Çünkü bizim Anayasamız'da iki tane özel hüküm var: Bir tanesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, diğer yerlerde var ama, bizim Anayasamızın genel bölümünde yer alıyor. Yani diğer bütün maddelere tekaddüm eden bir yapısı var ve diğer bütün maddelerin uygulamasında eşitlik ilkesinin mutlaka göz önünde tutulması gerekiyor.

İkincisi de, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen fakat pozitif hukukta yer almayan bizim Anayasamızın 11. maddesindeki Anayasa hükümlerinin sadece yasamayı, yargıyı, idareyi değil, üçüncü kişileri de bağlamış olması. Yani neredeyse bir kanun kuvvetinde bir Anayasamız var -drittwirkung der Verfassung-

Diğer yandan, belki bilemiyorum, konuşmamda tam açık olmadı, tabii ki devlet yargılamasını dışlayacak veya onu ortadan tümüyle kaldıracak bir şeyden söz edemiyoruz. Zaten ismi "alternatif çözüm yolları", ona yardımcı olacak. Bilemiyoruz tabii, yüz yılı, belki geleceği görenler, falcılar tahmin edebiliyorlar ama ondan sonraki insanlık gelişmesini bilemiyoruz. İnşallah dayatılan değil de, taşınan bir yargının sonunda tam

anlamıyla egemen olması. Taraflar tarafından yaratılan, onlar tarafından taşınan bir istinaf çözüm mekanizmasının gelişmesi herhalde bir ütopya olarak dahi olsa, bir özlem dahi olarak olsa ondan bahsetmemiz gerekir.

Tabii, bu nedenle de devlet yargılamasının bizim özel ko-numuz olan hukuk yargılamasının mutlaka reforme edilme-si lazım. Nitekim, bildiğim kadarıyla yıllardır bu reform ça-lışmaları Almanya'da süregelmekte ve bildiğim kadarıyla tümüyle de bitmedi. Bizde de böyle bir çaba oldu ve Sayın Hocamızın da içinde bulunduğu heyet tarafından hazırlanan bir Taslak sonunda Tasarı'ya dönüştü, şu an Tasarı Adalet Komisyonu'ndan geçti, Genel Kurul'da yasalaşmayı bekliyor. Biz bu yasalarda Barolar Birliği olarak Borçlar Kanunu ve Ti-care Kanunu ile birlikte Hukuk Usûlü Kanunu'nda da aktif olarak yardımlarımızı sunduk. Bize göre son derece modern ve yargılamayı süratlendirecek, nitelik kazandıracak bir yapıda. İnşallah en yakın zamanda bu Tasarı diğer Tasarılarla birlikte yasalaşır diyoruz.

Dün Sayın Hocamıza söylemiştim, biz Barolar Birliği ola-rak partilerimizin liderleriyle bu konuyu görüşüyoruz, ikisiyle görüştüm, ikisinden de seçim öncesi bu yasaların çıkarılması sözünü aldık. İnşallah bu gerçekleşecek.

Alternatif çözüm yolları, bu arada arabuluculukla ilgi-li dünyada farklı yaklaşımlar var. Dün özellikle Avusturyalı dostumuzdan bu işin biraz Amerikan dünyasında ilk olarak başlamasının ötesinde, epeyce zengin bir kaynağa ve teknik-lere sahip olduğunu öğrendik. Değişik ülkelerde değişik yak-laşımlar var. Bunlardan bir tanesi de, doğrusu benim de gön-lümde yatan, mahkeme içi arabuluculuk sistemi, Almanca'da "gerichtsnahe Mediation" tabir edilen.

Şimdi bu konuda bizi aydınlatması için sözü Almanya He-idelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Sayın Prof. Dr. Burkhard Hess'e bırakıyorum.

Buyurun efendim.

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

BURKHARD
HESS'UN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Burkhard HESS (Heidelberg Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben de her şeyden önce beni davet ettiğiniz için çok çok teşekkür etmek istiyorum. Özellikle Sayın Profesör Pekcanitez'e çok çok teşekkür etmek istiyorum, tam da bu konuyla ilgili bir tebliği sunma fırsatı bana verdiğiniz için. Aynı zamanda Uluslararası Medenî Usûl Hukukçuları Derneğimizin selamlarını Türk kardeş kuruluşuna iletmek istiyorum. Türk ve Alman usûl hukukçuları arasındaki iletişimin sürmesi beni hakikaten sevindiriyor.

Prof. Dr. Burkhard HESS*

DIE ENTWICKLUNG DER RICHTSINTERNEN MEDIATION IN DEUTSCHLAND**

I. Einleitung

Rechtsimplantate haben Konjunktur – auch im Prozessrecht. Das letzte Jahrzehnt hat eine nachhaltige Öffnung des Zivilverfahrensrechts bewirkt, nicht nur im Hinblick auf europäische Entwicklungen, sondern auch für Einflüsse aus den USA. Das Thema des heutigen Vormittags betrifft ein *legal transplant* aus den Vereinigten Staaten.¹ Aufgrund der Umsetzungsverpflichtung der Mediationsrichtlinie hat das Thema freilich auch eine europäische Dimension.² Die Mediation hat in Deutschland eine recht eigenwillige und, wenn ich es

* Universität Heidelberg

** Im Hinblick auf den Referentenentwurf zum Mediationsgesetz vom 4.8.2010 erweiterte Fassung des auf der Wiener Tagung der Zivilprozessrechtslehrer am 9.4.2010 gehaltenen Referats.

¹ Breidenbach, *Mediation* (1995), S. 114 ff.; Chase ADR and the Culture of Litigation, in: Cadiet/Clay/Jeuland (ed.), *Médiation et arbitrage* (2005), S. 135 ff.; rechtsvergleichender Überblick bei Hopt/Steffek, *Mediation* (2008).

² RL 2008/52/EG vom 21.5.2008, ABl. EU 2008 L 136/3 ff.; die Umsetzungsfrist läuft am 21.5.2011 ab; neuere Literatur Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 10 V, Rdn. 136 ff.; Sharma, in: Haft/Schlieffen (Hrg.), *Handbuch Mediation* (2. Aufl. 2009), § 51; Sujecki, *Die Europäische Mediationsrichtlinie*, *EuZW* 2010, 7 ff. Zur Literatur vor dem 31.12.2007 vgl. Hess, *Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag* (2008), F. 141 ff.

recht sehe, auch für Europa eher ungewöhnliche Entwicklung ausgelöst³: Während im europäischen Umfeld Mediation überwiegend außerhalb von Gerichtsverfahren, durch Psychologen, Therapeuten, Anwälte oder andere Konfliktberater ausgeübt wird, sind es in Deutschland die Richter selbst, die nicht nur Mediationstechniken (vorwiegend bei Vergleichsverhandlungen) einsetzen⁴, sondern die Mediation als eigenständiges Verfahren im Gericht, als Alternative zum Streitverfahren nach §§ 253 ff. ZPO anbieten – oft mit großem (auch) privaten Engagement und aus der Überzeugung, dass den Parteien eine Alternative zur streitigen Entscheidung im Gericht selbst angeboten werden sollte.⁵

Allerdings ist, und das will ich nicht verhehlen, die Rechtsgrundlage der gerichtlichen Mediation derzeit unbefriedigend⁶ – auch sprengt die Kreativität der Beteiligten bisweilen die Grenzen des rechtlich Zulässigen. Jedoch ist zunächst der deutschen Richterschaft im Zusammenhang mit der gerichtlichen Mediation ein großes Kompliment zu machen: Sie entwickelt Offenheit für die Bedürfnisse der Streitparteien und versucht, für die Justiz ein modernes und ausdifferenziertes Leitbild der Konfliktbehandlung zu entwickeln, das über die herkömmliche Alternative zwischen Prozessvergleich und streitigem Endurteil hinausgeht.⁷ Dieses Engagement steht übrigens in Gegensatz zur häufig verbreiteten Unterstellung, dass „faule Richter“ es ja doch nur auf einen Vergleich anlegen, um kein Urteil schreiben zu müssen.

³ v.Bargen, *Gerichtliche Mediation* (2008), S. 114 ff., verweist auf vereinzelte Modellprojekte in anderen europäischen Staaten (Niederlande – inzwischen eingestellt; Norwegen, Finnland, Slowenien, Litauen).

⁴ Dazu *Breidenbach*, *Mediation*, S. 306 ff.

⁵ Umfassende Darstellung jetzt bei *J. von Bargen*, *Gerichtliche Mediation* (2008); dazu *Löer*, *ZfP* 1222 (2009), 253 ff.; Vgl. auch *Probst*, *Gerichtliche Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit – Entwicklung und Perspektiven*, *JR* 2008, 364 ff.

⁶ Dazu unten III 1 und zu rechtspolitischen Konsequenzen IV.

⁷ Zur Konfliktbehandlung vgl. *Breidenbach*, *Regelungsbedarf im Bereich Mediation*, *VhdLgen* 67. DJT (Bd. II/1, 2008), O 9 ff.; zur Frage, ob sich die Justiz deshalb als „Dienstleisterin“ für die Parteien definieren muss, vgl. unten III 5.

Die gerichtsinterne Mediation ist in Deutschland keineswegs unumstritten; vielmehr lassen sich zahlreiche Widerstände ausmachen: Es gibt zwar kein Bundesland mehr, das derartige Entwicklungen generell verbietet – zwei Bundesländer lassen jedoch in der Ziviljustiz keine gerichtsinterne Mediation zu, weil die Mediation Anwaltssache sei.⁸ Aus der Richterschaft werden Bedenken geäußert, etwa dass hier „Justiz nach Guts-herrenart“⁹ implementiert werde; dass Richter gegen ihren Willen vom originären Richteramt abgezogen und zu „Schlichtern“ degradiert würden.¹⁰ Schließlich besteht (gerade aus der Perspektive der Justizverwaltungen) ein andauerndes (und von Richtern entsprechend kritisiertes) Bedürfnis nach sog. Justizentlastung, das eine einvernehmliche Streiterledigung angeblich in idealer Weise verwirklicht.¹¹

Weiterer Widerstand gegen die „Richtermediation“ kommt aus der Anwaltschaft: Dort besteht die Sorge, dass die Justiz ein (vermeintlich) lukratives Geschäftsfeld an sich zieht.¹² Die kostenträchtige Mediation durch Anwälte könne mit der fast kostenfreien Gerichtsmediation nicht konkurrieren.¹³ Das Rechtsberatungsmonopol verschärft das Konkurrenzverhältnis. Während in den EU-Nachbarstaaten außergerichtliche Rechtsberatung weithin erlaubt ist (und der Mediation Freiräume eröffnet), besteht in Deutschland – seit 1935 – das Monopol der Anwaltschaft, das das Rechtsdienstleistungsgesetz auch im Hinblick auf die Mediation im Kern weiter aufrechter-

⁸ Pointiert der baden-württembergische Justizminister *Goll*, *Wie viel Freiheit, wie viel Zwang verträgt die Mediation?*, AnwBl. 2003, 274 ff.

⁹ So der Titel eines (polemischen) Beitrags von *Lindner/Krämer*, *Neue Rheinische Zeitung*, 16.5.2009, die der gerichtsinternen Mediation jegliche Rechtsgrundlage absprechen wollen. Generell ablehnend auch *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 278 ZPO (68. Aufl. 2010), Rdn. 2.

¹⁰ Derartige Vorkommnisse wurden bisher nicht gemeldet. Kritik im Hinblick auf das Berufsbild des Richters formuliert *Schmidt-Räntsch*, § 4 DRiG (6. Aufl. 2008), Rdn. 34.

¹¹ Warnend *Probst*, JR 2008, 364, 365.

¹² Eine einseitige (und wissenschaftlich unzureichend dokumentierte) Darstellung geben jüngst *Bercher/Engel*, *Richtungsentscheidungen für die Mediation in Deutschland*, JZ 2010, 226 ff.

¹³ *Rüstow*, *Außergerichtliche Mediation im (regulierten) Abseits*, NJ 2008, 385 ff.; *Härting*, Editorial: Für eine mediationsterne Justiz, AnwBl. 2007, 700.

hält¹⁴. Aus diesem Grund stellt sich in Deutschland die Frage nach dem Verhältnis der gerichtsinternen zur außergerichtlichen Mediation in besonderer Schärfe.

II. Die Modellversuche in der Zivilgerichtsbarkeit

Bevor auf die gegen die gerichtsinterne Mediation formulierten Einwände einzugehen ist, sollen kurz der typische Verlauf und der aktuelle Verbreitungsstand der gerichtsinternen Mediation dargestellt werden – im Anschluss an das für den 67. DJT 2008 erarbeitete Gutachten. Die folgenden Überlegungen beschränken sich dabei auf die Mediation in der Ziviljustiz.

1. Verfahrensverlauf und gesetzliche Grundlage

Auslöser der gerichtsinternen Mediation war die ZPO-Reform des Jahres 2002. Sie erklärte die Stärkung einvernehmlicher Streitbeilegung zum Reformanliegen und führte die obligatorische Güteverhandlung nach § 278 II ZPO ein. Die zunächst viel gescholtene Vorschrift¹⁵ haben viele Gerichte zur Einführung strukturierter Vergleichsverhandlungen, auch unter dem Einsatz von Mediationstechniken, genutzt. Vorreiter und Modell für zahlreiche weitere Projekte der gerichtsinternen Mediation war das sog. Göttinger Modell, das seit September 2002 am dortigen Landgericht praktiziert wird. Dort gibt nach Eingang der Klageerwiderung (§ 277 ZPO) der Prozessrichter die Akten an den sog. Richtermediator ab, der die Anwälte im Hinblick auf eine gerichtsinterne Mediation kontaktiert.¹⁶ Stimmen die Parteien der Mediation zu, so ergeht ein Ruhensbeschluss der Kammer bzw. des Einzelrichters (§ 251 ZPO). Der Rechtsstreit wird analog §§ 278 V 1, 362 ZPO dem Richtermediator übertragen. Die Analogie ergibt sich aus dem

¹⁴ Zusammenstellung bei Hess, Gutachten Mediation 67. DJT (2008), F. 114 ff.

¹⁵ Etwa MünchKomm/Prütting, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 29 ff.; deutlich positiver Wieczorek/Assmann, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 2 ff.

¹⁶ Alle Richter der teilnehmenden Gerichte wurden zunächst zu sog. „Fallmanagern“ (unglückliche Bezeichnung) geschult und hatten die Aufgabe, mediationsgeeignete Fälle zu erkennen, Parteien und Anwälte über das Mediationsangebot zu informieren und eine Mediation vorzuschlagen.

(zu engen) Wortlaut des § 278 V 1 ZPO, der nur eine Abgabe an den beauftragten oder den ersuchten Richter zulässt – ersterer gehört dem erkennenden Spruchkörper an, letzterer darf hingegen nicht demselben Gericht angehören.¹⁷ Die gerichtsinterne Mediation wird im Gerichtsgebäude von geschulten Richtermediatoren durchgeführt, die nicht über den Rechtsstreit entscheiden.¹⁸ Es wird zeitnah terminiert, für das Verfahren selbst werden in der Regel zwei Stunden angesetzt (es kann aber auch länger dauern),¹⁹ Parteien und Prozessvertreter nehmen am Termin teil. Einigen sich die Parteien auf einen Vergleich, so nimmt der Richtermediator diesen nach §§ 278 V 1, 362 ZPO zu Protokoll (vgl. § 794 I Nr. 1 ZPO).²⁰ Andernfalls wird das ausgesetzte Verfahren (§ 251 ZPO) vor dem Prozessgericht fortgeführt.²¹

Die gerichtsbezogene Mediation ist in Göttingen in der Richterschaft, aber auch in der Anwaltschaft auf erhebliche Akzeptanz gestoßen.²² Die Bilanz ist beachtlich: Heute werden ca. 18 % aller erstinstanzlichen Verfahren vor den Richtermediatoren verhandelt – die Vergleichsquote beträgt 88,5 %.²³ Die Quote der nicht streitigen Erledigungen hat sich am LG Göttingen ins-

¹⁷ Vgl. § 153 GVG, *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen (2007), Rdn. 54 f.; *Löer*, ZJP 119 (2006), 199, 202 ff.; *v. Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 234 ff.

¹⁸ Die Trennung von Entscheidungs- und Mediationskompetenz gehört zu den Wesensmerkmalen der Mediation. Unrichtig LSG Niedersachsen, ZKM 2005, 139 f. (kein Ausschluss von Richtermediatoren nach § 42 ZPO im späteren Streitverfahren); vgl. auch LAG Hessen, ZKM 2009, 191: Selbstablehnung eines vertraglichen Mediators (und Richter) nach §§ 42, 48 ZPO.

¹⁹ *Matthies*, SchlHA 2007, 130, 131; *Löer*, ZJP 119 (2006), 199, 204 ff.

²⁰ Die Zuständigkeit des Richtermediators für die Protokollierung des Vergleichs war str.; am LG Göttingen wurde die Befugnis des Richtermediators zur Protokollierung des Vergleichs bejaht (und so ein weiterer Verhandlungstermin vermieden). Der Aussetzungsbeschluss ermächtigt den Mediationsrichter ausdrücklich zur Protokollierung des Vergleichs, dazu *v. Olenhusen*, ZKM 2004, 104, 105; *Volkman*, Mediation, S. 79 f.

²¹ Zur Problematik der Fristenhemmung vgl. BGH NJW 2009, 1149 f., abl. *Tochtermann* ZMK 2009, 284303, OLG Oldenburg, MDR 2008, 763 f.

²² Dieser Erfolg beruht nicht zuletzt auf dem persönlichen Engagement der beteiligten Richterinnen und Richter.

²³ *Matthies*, SchlHA 2007, 130, 131 f.; *v. Olenhusen*, ZKM 2004, 104 f.

gesamt von 1/3 auf fast 1/2 erhöht. Ähnliche Vergleichsquoten werden auch von anderen Gerichten berichtet.²⁴ Die Erfolgsquoten der bayerischen Güterichter fallen inzwischen ebenfalls positiv aus – der zunächst befristet gestartete Modellversuch soll an sämtlichen bayerischen Landgerichten dauerhaft angeboten werden.²⁵ Die Vergleichsquote beträgt ca. 70%.²⁶

2. Zum aktuellen Stand der gerichtswinternen Mediation in den Bundesländern

Die gegenwärtige Lage ist unübersichtlich, weil eine bundeseinheitliche Regelung fehlt: Ob Mediation in den Gerichten angeboten wird, hängt zunächst von der (positiven) Haltung der jeweiligen Landesjustizverwaltung und sodann (zumeist) von der konkreten Initiative der Gerichtspräsidien ab. Folglich ist in einigen Bundesländern die Situation von Landgerichtsbezirk zu Landgerichtsbezirk unterschiedlich; andere Bundesländer (Berlin, Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein) haben die gerichtswinterne Mediation landesweit eingeführt. Für das Jahr 2008 wurde geschätzt, dass sich ca. 140 Richter an 30 Land- und Oberlandesgerichten in 8 Bundesländern (ca. 25% aller Landgerichte) an der gerichtswinternen Mediation beteiligen; die Tendenz ist jedoch weiterhin stark steigend. Aufgrund neuester Erhebungen lässt sich für Anfang 2010 folgende Übersicht erstellen:

Baden-Württemberg: Gerichtswinterne Mediationen werden nur von den Verwaltungsgerichten Freiburg, Karlsruhe und Stuttgart angeboten; in der Zivilgerichtsbarkeit wird sie nicht

²⁴ *Matthies*, SchlHA 2007, 130, 132; Diskussionbeitrag *Isermann* (Präsident des OLG Braunschweig), VhdIgen des 67. DJT (2008), Bd. II/2, O 164 f.

²⁵ Lesenswert *Reiter*, Aktuelle Praxis des Güterichterverfahrens am LG Augsburg; unter: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/landgerichte/augsburg/aktuelle_hinweise_zum_g_terrichterverfahren__gerichtswinterne_mediation_.pdf (besucht am 30.3.2010).

²⁶ Allerdings führt nicht jede Gerichtsmediation zur definitiven Beilegung des Rechtsstreits, vgl. BGH, 27.1.2010, XII ZR 148/07: Auslegung eines im gerichtswinternen Mediationsverfahren abgeschlossenen (lückenhaften) Vergleichs über einen Pachtvertrag.

zugelassen; gefördert wird lediglich gerichtsnahe Mediation; insbesondere im Zusammenhang mit den §§ 135 f., 165 Fam-FG. Mediation gilt ansonsten als „Anwaltssache“.²⁷ Seine ursprüngliche Vorreiterrolle bei der konsensualen Streitbeilegung hat Baden-Württemberg inzwischen verloren.

Bayern: Nach der positiven Evaluation des sog. „Güterichtermodells“ durch Prof. R. Greger wird das Modell seit 2007 dauerhaft an den acht beteiligten Landgerichten fortgeführt und soll mittelfristig an sämtlichen Landgerichten in Bayern angeboten werden.²⁸

Berlin: Das Kammergericht und das Landgericht Berlin sowie sämtliche Amtsgerichte bieten seit 2006 gerichtinterne Mediation aufgrund eines einheitlichen Konzepts an.²⁹

Brandenburg: Seit 2009 besteht ein Pilotprojekt zwischen dem Ministerium der Justiz und dem Brandenburgischen Oberlandesgericht zur Einführung der gerichtlichen Mediation. Derzeit sind folgende Gerichte beteiligt: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Landgerichte Neuruppin, Potsdam und Frankfurt (Oder), Amtsgerichte Cottbus und Potsdam.³⁰

Bremen: Seit dem 1.1.2010 wird die gerichtsinterne Mediation aufgrund einer vom Justizsenator förmlich verabschiedeten und bekannt gemachten „Verfügung“ über die Mediation bei den Fachgerichten der Freien Hansestadt vom 11.12.2009 (Az. 3726/2) angeboten.³¹ Die Verfügung erfasst alle Gerichte in Bremen; konkrete Rechtsgrundlage der Gerichtsmediation

²⁷ Dazu die Informationsbroschüre: Schlichten statt Richten, verfügbar unter: <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1155584/index>.

²⁸ Vgl. die Kurzinformation des Staatsministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/aktuelles/projekte/gueterichter/> (besucht am 30.3.2010).

²⁹ <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/mediation/> (besucht am 31.3.2010).

³⁰ <http://www.mdj.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.174643.de?highlight=mediation> (besucht am 31.3.2010).

³¹ http://www.justiz.bremen.de/sixcms/media.php/13/091211_AVMediationsordnung.pdf (besucht am 31.3.2010).

ist eine von den Parteien und dem Mediator abzuschließende, dreiseitige Mediationsvereinbarung (§ 2 Nr. 3 Verfügung).³²

Hamburg: Seit Juli 2008 bieten alle Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs- und Sozialgerichte in Hamburg gerichtsinterne Mediation an, die im Wesentlichen auf dem Göttinger Modell basiert. Grundlage ist eine (förmliche) Mediationsordnung, die mit der Bremer Mediationsordnung weitgehend identisch ist.³³ Konkrete Rechtsgrundlage der Mediation ist ein (vorformulierter) Mediationsvertrag zwischen den Parteien und dem Richtermediator.

Hessen: Bislang gibt es keine Angebote zur gerichtsinternen Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Die Begründung des Ministeriums lautet: Wegen der Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt sei es Richtern in ihrer eigenen Verantwortung überlassen, im Rahmen der Gesetze das im Einzelfall geeignet erscheinende Verfahren zu wählen und ihre Entscheidung in richterlicher Unabhängigkeit zu treffen.³⁴ Ausgebaute Mediationsangebote bestehen hingegen in der Verwaltungs- und in der Sozialgerichtsbarkeit.³⁵

Mecklenburg-Vorpommern: Gerichtsinterne Mediation wird (in Anlehnung an das Göttinger Modell) im Oberlandesgericht Rostock, im Landgericht Rostock sowie im Landgericht Stralsund angeboten – daneben gibt es zahlreiche Projekte in anderen Gerichtsbarkeiten.³⁶

³² Ausweislich des Informationsblatts des LG Bremen zur Mediation steht auch ein Rechtsanwalt als Mediator zur Verfügung, vgl. <http://www.landgericht.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen136.c.1656.de>

³³ <http://justiz.hamburg.de/contentblob/1354902/data/mediationsordnung.pdf> (besucht am 31.3.2010).

³⁴ Diese Begründung ist unzutreffend: Der Richter unterliegt der Bindung an Recht und Gesetz. Wo das Gesetz ein bestimmtes Verfahren vorschreibt, vermag die richterliche Unabhängigkeit keine Ermessensspielräume öffnen.

³⁵ *Brändle/Schreiber*, Mediation in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit als richterliche Tätigkeit, *Betrifft Justiz* Nr. 95/2008, 351 ff.

³⁶ http://www.regierung-mv.de/cms2/Regierungsportal_prod/Regierungsportal/de/jm/Themen/Schlichtung_und_Mediation/index.jsp

Niedersachsen: Obwohl die gerichtsinterne Mediation in Niedersachsen konzipiert und erprobt wurde, gibt es kein allgemeines Landeskonzept. Allerdings wird das Göttinger Modell inzwischen in allen OLG-Bezirken und an vielen Land- und Amtsgerichten praktiziert. Ausweislich der aktuellen Statistik werden jährlich ca. 2.400 gerichtsinterne Mediationen mit einer ca. 80% Erfolgsquote durchgeführt.³⁷ Derzeit bieten folgende Gerichte in Niedersachsen Mediation an: Oberlandesgerichte Braunschweig, Celle, Oldenburg; Landgerichte Aurich, Braunschweig, Göttingen, Hannover, Hildesheim, Lüneburg, Oldenburg, Osnabrück, Stade, Verden; Amtsgerichte Braunschweig, Cuxhaven, Delmenhorst, Duderstadt, Einbeck, Goslar, Göttingen, Hann. Münden, Helmstedt, Herzberg am Harz, Hildesheim, Nienburg, Northeim, Oldenburg, Osnabrück, Osterholz-Scharmbeck, Osterode am Harz, Rotenburg, Stolzenau, Syke, Wolfenbüttel, Wolfsburg.

Nordrhein-Westfalen: Nach dem erfolgreichen Verlauf des Projektes "richterliche Mediation" in den Landgerichtsbezirken Detmold und Paderborn (auf der Ebene der Amts- und Landgerichte) wurde 2008 mit Unterstützung des Justizministeriums die richterliche Mediation bei weiteren Gerichten in Nordrhein-Westfalen eingeführt. Gerichtsinterne Mediation bieten die Landgerichte Aachen, Bielefeld, Essen, Krefeld. Gleichzeitig wurde ein Netzwerk für Richtermediatoren an der Justizakademie eingerichtet.³⁸ Beim LG Köln existiert ein gerichtsnahes Mediationsangebot mit Unterstützung des Anwaltsvereins.

Rheinland-Pfalz: führt seit 2008 aufgrund eines Landeskonzepts die Mediation an sämtlichen Gerichtszweigen ein; derzeit wird gerichtsinterne Mediation bei 46 von insgesamt 74 Gerichten angeboten.³⁹

³⁷ http://www.mj.niedersachsen.de/live/live.php?navigation_id=3787&article

³⁸ Vgl. *Steffens*, Richterliche Mediation in Nordrhein-Westfalen, http://www.justiz.nrw.de/Online_verfahren_projekte/projekte/modell_owl/Sammlung/Netzwerk_Forum_Mediation_NRW_Dokumentation_28_10_2008.pdf (besucht am 31.3.2010).

³⁹ <http://www.justiz.rlp.de/Ministerium/Projekte/binarywriterser>

Saarland: Seit dem 1.1.2010 wird beim LG Saarbrücken gerichtssinterne Mediation angeboten.⁴⁰

Sachsen: Gerichtssinterne Mediation bieten das OLG Dresden⁴¹, sowie die Landgerichte Dresden, Zwickau, sowie mehrere Amtsgerichte (u.a. Chemnitz Meissen, Pirna) an.⁴²

Sachsen-Anhalt: ein Pilotversuch wird derzeit an 14 Gerichten (OLG Naumburg, LG Dessau, Halle, Magdeburg und an mehreren Amtsgerichten) durchgeführt, das Projekt soll im Juni 2010 auslaufen (bzw. über die Fortsetzung entschieden werden).⁴³

Schleswig-Holstein: Seit 2007 bieten folgende Gerichte interne Mediation an: OLG Schleswig; LG Flensburg, Itzehoe, Kiel, Lübeck; Amtsgerichte Kiel, Neumünster, Norderstedt, Pinneberg.⁴⁴

Thüringen: Seit 2008 Umsetzung eines Modellprojekts Güterichter, begleitet von den Professoren Greger und Unberath an derzeit 11 Gerichten.⁴⁵

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die gerichtssinterne Mediation in der Ziviljustiz mit der Ausnahme von Baden-Württemberg und Hessen⁴⁶ heute in sämtlichen Bundesländern angeboten wird. Die Erprobungsphase ist überwiegend abgeschlossen; zunehmend werden landeseinheitliche Konzepte umgesetzt. Richtermediatoren treffen sich regelmäßig in Netzwerken, diese haben die Fortbildung (und z.T die Supervision)

[vlet?imgUid=05c04528-a34d-1133-e2dc-6169740b3ca1&uBasVariat=11111111-1111-1111-1111-111111111111](http://www.lg-sb.saarland.de/medien/inhalt/Mediation.pdf) (besucht am 31.3.2010).

⁴⁰ <http://www.lg-sb.saarland.de/medien/inhalt/Mediation.pdf> (besucht am 31.3.2010).

⁴¹ Es wurde ein gesonderter „Mediationssenat“ eingerichtet, dazu BGH NJW 2009, 1149 (abl. *Tochtermann*, LMK 2009, 284303).

⁴² Mangels zentraler Informationsvorhaltung auf der Website des Justizministeriums wirkt die Rechtslage in Sachsen unübersichtlich.

⁴³ <http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/index.php?id=mediation>

⁴⁴ <http://www.schleswig-holstein.de/OLG/DE/Oberlandesgericht/Mediation/MediationOLG/faltblattMediation,templateId=raw,property=publicationFile.pdf>

⁴⁵ <http://www.thueringen.de/imperia/md/content/text/justiz/gueterichter/grundinformationen.pdf>

⁴⁶ In beiden Bundesländern wird jedoch eine gerichtssinterne Mediation in der Verwaltungs-, in Hessen auch in der Sozialgerichtsbarkeit angeboten.

ihrer Kollegen übernommen. Inzwischen zeigt sich eine deutliche Tendenz zur Standardisierung und Verrechtlichung der Verfahren (insbesondere der Mediationsabreden).⁴⁷ Allerdings steht die zunehmend flächendeckende Einführung der gerichtssinternen Mediation in auffälliger Diskrepanz zur fehlenden Regelung in der ZPO.

III. Grundsätzliche Einwände

Die gerichtssinterne Mediation hat die überwiegende wissenschaftliche Literatur relativ spät wahrgenommen,⁴⁸ angesichts ihres „Pilotcharakters“ wurde die Vereinbarkeit der ersten Projekte mit dem geltenden Prozessrecht zudem zunächst kaum hinterfragt – dies hat sich freilich in den letzten Jahren geändert.⁴⁹ Gegen die Gerichtsmediation werden inzwischen im Wesentlichen fünf Einwände erhoben, denen im Folgenden nachzugehen ist.

1. Verstoß gegen § 278 ZPO

Der erste Einwand gegen die gerichtssinterne Mediation wird unmittelbar auf den Wortlaut des § 278 ZPO gestützt: Die Vorschrift sei als Grundlage einer gerichtssinternen Mediation schlicht untauglich, weil die Güteverhandlung nach § 278 II ZPO gerade keine Mediation sei – dort bestehe eine Pflicht zur Protokollierung (§ 160 III Nr. 10 ZPO)⁵⁰, die Öffentlichkeit müsse gewährleistet sein (§ 169 GVG), die Güteverhandlung sei eine Vorstufe zur Streitentscheidung des erkennenden Gerichts und gehöre deshalb zu dessen rechtsprechenden Tätigkeit.⁵¹

⁴⁷ Deutlich die Mediationsordnungen in Bremen und am LG Hamburg; auch das Landeskonzept Rheinland-Pfalz enthält detaillierte Vorgaben (bis hin zu Formulierungsmustern einzelner Beschlüsse).

⁴⁸ Greger, DRiZ 2008, 48 f.

⁴⁹ Zum Meinungsstand vgl. Hess, Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag (2008), F. 19 ff. Gegenposition vor allem bei Prütting, JZ 2008, 847, 849 ff.

⁵⁰ Allerdings ist nach § 160 III Nr. 10 ZPO nur das Ergebnis der Güteverhandlung (nicht hingegen deren Verlauf und Inhalt) zu protokollieren, was regelmäßig mit einem Standardsatz erfolgt.

⁵¹ Prütting, Mediation und weitere Verfahren der konsensualen Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und im Berufsrecht, JZ 2008, 847, 849; ebenso Spindler, Mediation – Alternative zur justizförmigen Streitbeilegung und rechtspolitischer Handlungsbedarf, DVBl. 2008, 1016, 1020 ff.

Auch § 278 V ZPO könne als Grundlage für eine gerichtsinterne Mediation nicht herangezogen werden: Die Voraussetzungen von § 278 V 1 ZPO lägen ersichtlich nicht vor; § 278 V 2 ZPO beziehe sich bewusst auf die außergerichtliche Mediation, sprich an eine Stelle außerhalb der staatlichen Justiz, die keine staatliche Autorität habe und deshalb keine Rechtsprechung ausübe. Aus diesem Grunde sehe § 278 V 3 ZPO auch die Anordnung vor, das Verfahren ruhen zu lassen.⁵² Auch eine analoge Anwendung von §§ 278 II und V ZPO auf die Mediation scheidet aus: Eine Mediation sei nur in den Formen des § 278 V 2 und 3 ZPO vorgesehen; sprich außerhalb des Gerichts durch eine Schlichtungsstelle.⁵³ Folgte man dieser Lesart, dann wäre die inzwischen in 14 Bundesländern praktizierte, auf § 278 ZPO gestützte, gerichtsinterne Mediation mangels Rechtsgrundlage rechtswidrig und umgehend einzustellen.

Diese enge Interpretation hat wenig Gefolgschaft gefunden.⁵⁴ Sie hat zwar den Wortlaut des Gesetzes für sich; Sinn und Zweck des § 278 ZPO sprechen jedoch für eine Zulassung der gerichtsinernen Mediation: Im Hinblick auf die behaupteten Unterschiede zwischen der Güteverhandlung und der richterliche Mediation ist zunächst festzuhalten, dass § 278 II ZPO die Güteverhandlung von der mündlichen Verhandlung trennt.⁵⁵ Das erleichtert ihre Übertragung auf einen Richtermediator. Darüber hinaus sind die inhaltlichen Vorgaben für die Durchführung der Güteverhandlung minimal,⁵⁶ dies erleichtert den Einsatz mediativer Techniken.⁵⁷ Schließlich berücksichtigt das aus § 278 V ZPO abgeleitete Analogieverbot zu wenig die

⁵² Prütting, JZ 2008, 847, 849 f.

⁵³ Prütting, JZ 2008, 847, 850.

⁵⁴ Für die Zulässigkeit der gerichtsinernen Mediation insbesondere Stein/Jonas/Leipold, § 278 ZPO (22. Aufl. 2008), Rdn. 69; Wieczorek/Assmann, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 75 f.; auch Zöller/Greger, § 278 ZPO, Rdn. 26 und 33 f.; Wagner/Thole, FS Kropholler (2008), S. 915, 924.

⁵⁵ A.A. Prütting, JZ 2008, 847, 848 – „enge Verzahnung“ von Güteverhandlung und mündlicher Verhandlung.

⁵⁶ Dazu Windel, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1095 ff.

⁵⁷ Auch der BGH, NJW 2009, 1149 f., bezeichnet das gerichtsinterne Mediationsverfahren am OLG Dresden als „besonders ausgestaltetes Güteverfahren gem. § 278 II ZPO“.

Zwecksetzungen des Gesetzgebers, die der neu gefassten Vorschrift zugrunde liegen.⁵⁸ Dass § 278 ZPO die gerichtsinterne Mediation nicht explizit anspricht wurde, hat zunächst mit den Zeitläufen zu tun: Die entsprechenden Modellversuche in der Ziviljustiz setzten erst im Jahre 2002 ein; sie waren mithin für den Gesetzgeber noch nicht vorstellbar.⁵⁹

Da die gerichtsinterne Mediation jedoch nicht mit dem Wortsinn der §§ 278 V 1 Alt. 2, 362 ZPO zu vereinbaren ist, kann nur eine Analogie in Betracht kommen.⁶⁰ Danach kann der Rechtsstreit zur einvernehmlichen Beilegung auch einem anderen Richter im selben Gericht als ersuchtem Richter übertragen werden.⁶¹ Dem Anliegen des Gesetzgebers, die konsensuale Streitbeilegung zu fördern, trägt eine analoge Anwendung von § 278 V 1 Alt. 2 ZPO Rechnung.⁶² De lege ferenda ist freilich eine explizite Aufnahme der Gerichtsmediation in den Wortlaut von § 278 II ZPO anzustreben.⁶³ Allerdings werden gegen diesen Vorschlag vor allem verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, nämlich dass die richterliche Mediation keine Rechtsprechung sei und daher

⁵⁸ Denn die Neufassung des § 278 ZPO erfolgte mit der ausdrücklichen Zielsetzung, die einvernehmliche Streitbeilegung zu stärken, *Rimmelspacher*, Zivilprozessreform (2002), S. IX; *v.Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 241 ff. m.w.N.

⁵⁹ Daher ist eine echte (nachträgliche) Regelungslücke zu bejahen, ausführlich *v.Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 243 - 246.

⁶⁰ *v.Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 238 f., verweist mit Recht auf die Widersprüchlichkeit der Vorschrift hin, die – im Gegensatz etwa zur Beweisaufnahme – generell einen (integralen) Verfahrensabschnitt einem externen Richter überantwortet, ohne dass der Gesetzgeber diese Person näher konkretisiert.

⁶¹ Ebenso *Wieczorek/Assmann*, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 75 f.; *Greger*, NJW 2007, 3258, hält hingegen die §§ 156 ff. GVG nicht für einschlägig – dann wäre § 278 V 1 Alt. 2 ZPO unmittelbar anwendbar. *Stein/Jonas/Leipold*, § 278 ZPO (22. Aufl. 2008), Rdn. 69 befürwortet eine Anwendung von § 278 V 2 ZPO (wenn schon die Verweisung auf eine außergerichtliche Mediation möglich sei, müsse dies umso mehr für die gerichtsinterne Mediation gelten). BGH, NJW 2009, 1149 f., geht ersichtlich von der Zulässigkeit der gerichtsinternen Mediation aus, ohne sich zur Rechtsgrundlage explizit zu äußern.

⁶² *v.Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, S. 249 (für ein *argumentum a fortiori*).

⁶³ Ebenso der Beschluss Nr. 22 des 67. DJT (2008) zur Mediation, VhdIgen 67. DJT II/2, Beschlüsse Nr. 22, 22a und 22b (jeweils mit großer Mehrheit angenommen).

nicht in die ZPO aufgenommen werden dürfe. Dies leitet über zum 2. Einwand gegen die gerichtsinterne Mediation:

2. Unvereinbarkeit mit dem Begriff der Rechtsprechung nach Artikel 92 GG

Die Einordnung der gerichtsinternen Mediation als Rechtsprechung oder Verwaltungstätigkeit ist besonders umstritten. Hauptursache ist die ungeklärte Struktur des Art. 92 GG, der die Rechtsprechung als Staatsaufgabe anspricht, jedoch keine Definition vorgibt, sondern lediglich „die rechtsprechende Gewalt [...] den Gerichten anvertraut.“ Der Wortlaut und die Systematik der Vorschrift implizieren, dass Art. 92 GG primär die Zuordnung der Rechtsprechung zu den anderen Staatsgewalten regelt.⁶⁴ Aus dieser Perspektive hat das Bundesverfassungsgericht zunächst einen funktionellen Rechtsprechungsbegriff entwickelt.⁶⁵ Es definiert die „Rechtsprechung als die letztverbindliche Klärung des Streitfalls am Maßstab des objektiven Rechts“. Legt man diesen Maßstab an, so scheidet eine Zuordnung der richterlichen Mediation zur Rechtsprechung aus.⁶⁶ Folglich wird eine Einordnung als „Justizdienstleistung“, „Justizverwaltung“ oder als „Rechtsfürsorge“ erwogen⁶⁷ - sofern sie nicht überhaupt als rechtswidrig angesehen wird.⁶⁸

⁶⁴ Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG (2000), Rdn. 16; v. Münch/*Meyer*, Art. 92 GG (4./5. Aufl. 2003), Rdn. 1; Sachs/*Detterbeck*, Art. 92 GG (4. Aufl. 2007), Rdn. 21a.

⁶⁵ BVerfGE 103, 111 = NJW 2001, 1048, 1052 (hessisches Wahlprüfungsgericht); BVerfG, NJW 2004, 2725, 2726; BVerfG, NJW 2006, 2613 (Auswahl des Insolvenzverwalters nach § 56 InsO); zuletzt BVerfG, .

⁶⁶ So dezidiert *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243 f. - die freilich im Ergebnis wesentliche Justizgrundrechte dennoch auf die gerichtsbezogene Mediation anwenden wollen.

⁶⁷ *Koch*, NJ 2005, 97, 99; *Prütting*, FS Busse (2005), S. 263, 269 f.; *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243, 3244. Ebenso *Spindler*, DVBl. 2008, 1016, 1020 ff. (in Auseinandersetzung mit dem Gutachten *Hess* für den 67. DJT) - *Spindler* bezieht sich jedoch im Wesentlichen auf die Judikatur des BVerfG zum funktionalen Rechtsprechungsbegriff, während das Gutachten *Hess* auf den materiellen Rechtsprechungsbegriff abstellt.

⁶⁸ Dezidiert *Prütting*, JZ 2008, 847, 850.

Jedoch ist diese Einordnung nicht zwingend. Denn das Bundesverfassungsgericht hat neben dem funktionellen auch einen materiellen Rechtsprechungsbegriff entwickelt.⁶⁹ Dieser hat die Funktion, richterliche Tätigkeiten, soweit sie als Rechtsprechung zu qualifizieren ist, positiv zu umschreiben. Der materielle Rechtsbegriff bestimmt sich nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben, den traditionellen Leitbildern sowie nach der vom Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierung richterlicher Aufgabenerfüllung.⁷⁰ Damit ermöglicht Art. 92 GG eine wertende Zuordnung richterlicher Aufgaben zur Rechtsprechung sowohl anhand des überkommenen Verfahrensleitbilds⁷¹ aber auch anhand zwischenzeitlicher Änderungen. Aus dieser Perspektive lässt sich die richterliche Mediation jedoch durchaus als Rechtsprechung einordnen:

Zum einen qualifiziert der BGH das Hinwirken des Gerichts auf eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits als Ausübung von Rechtsprechung⁷² – hier geht es gewiss nicht um „Justizverwaltung“.⁷³ Die Herbeiführung einer vergleichweisen Einigung der Parteien gehört nicht erst seit 1877 zu den ureigenen Aufgaben des Gerichts.⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist

⁶⁹ Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG, Rdn. 19; Umbach/*Clemens/Wolf*, Art. 92 GG, Rdn. 30; Sachs/*Detterbeck*, Art. 92 GG (4. Aufl. 2007), Rdn. 21; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), S. 74 ff.

⁷⁰ BVerfG NJW 2001, 1048, 1052.

⁷¹ Mit Recht kritisch zum „vorverfassungsrechtlichen Leitbild“ *Vofßkuhle*, Rechtsschutz (1993), S. 83 f.; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG, Rdn. 19.

⁷² BGH, 9.3.1967, BGHZ 47, 275, 287: „Die gütliche Beilegung von Rechtsstreiten spielt erfahrungsgemäß in der gerichtlichen Praxis eine erhebliche Rolle. Sie gehört neben der Entscheidung durch Urteil zu den bedeutungsvollsten Aufgaben des Richters und ist daher ebenso wie der Rechtsspruch dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit zuzuordnen.“ A.A. *Smid*, Rechtsprechung (1990), S. 335 ff. (insb. 341); dagegen *Vofßkuhle*, Rechtsschutz (1993), S. 90 ff.

⁷³ Zutreffend *v. Barga*, DVBl. 2004, 468 (bei Fn. 35 ff.); *Greger*, NJW 2007, 3259; *Zöllner/Vollkommer*, Einl. ZPO, Rdn. 39.

⁷⁴ Vgl. § 268 CPO (1877): „Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.“ Dazu *Breidenbach*, Mediation, S. 9 ff.; *Röhl*, Evaluation, S. 50 ff.; *Windel*, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1095 ff.

zudem auf rechtstatsächliche Daten zu verweisen, die manche (scheinbar) dogmatische Überhöhung der Streitentscheidung anhand des Rechts als „Wesen“ der Rechtsprechung nachhaltig relativieren: Derzeit werden nur ca. 25% aller Prozesse vor deutschen Zivilgerichten durch streitiges Urteil entschieden (Teilerledigungen werden dabei statistisch gar nicht erfasst); in der ersten Instanz beträgt die Vergleichsquote bei den Amtsgerichten 14,4%, bei den Landgerichten hingegen 23,4%. Hinzu kommen die Vergleichsquoten in der Berufungsinstanz: Sie betragen vor den Landgerichten 12,1%, vor den Oberlandesgerichten 15,3%: Insgesamt ist eine konsensuale Erledigung im Vergleich zum streitigen Urteil keineswegs die Ausnahme, sondern zahlenmäßig die häufigere Alternative. Bereits dieser rechtstatsächliche Befund schließt es aus, die Rechtsprechung auf eine Streitentscheidung anhand des Rechts zu reduzieren.

Neuere verfassungsrechtliche Untersuchungen heben demgegenüber die Qualität von Rechtsprechung als „neutrales Verfahren“ hervor.⁷⁵ Nach diesem Ansatz ist jede Form der Konfliktbewältigung durch den Richter als gesetzgebundenen, neutralen Dritten als Rechtssprechung anzusehen, mithin auch der Vergleichsschluss und auch die Mediation.⁷⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht⁷⁷ und der EuGH⁷⁸ betonen, dass die einvernehmliche Lösung von Konflikten auch in einem Rechtsstaat gegenüber einer Streitentscheidung durch den Richter durchaus überlegen ist – allerdings muss für den Fall des Scheiterns der konsensualen Lösung gerichtlicher Rechtsschutz eröffnet

⁷⁵ Damit gibt weniger die Form des Verfahrensabschlusses (Entscheidung, Vergleich), sondern vielmehr die Rolle des neutralen Dritten den Ausschlag, grundlegend *Vofßkuhle*, Rechtsschutz, S. 94, 115 ff. Auf die „Funktion [der Rechtsprechung] als Instanz der unbeteiligten Streitbeilegung“ stellt auch das BVerfG ab, BVerfG NJW 2004, 2725, 2726, Rdn. 24. Zur Gesetzesbindung vgl. v. Mangoldt/*Classen*, Art. 92 GG (5. Aufl. 2005), Rdn. 33.

⁷⁶ Zutreffend *Pitschas*, Impulsreferat auf der Bundeskonferenz Mediation in der Justiz (2007), S. 35, 37; *Vofßkuhle*, Rechtsschutz, S. 94 ff.

⁷⁷ BVerfG, 14.2.2007, ZKM 2007, 128 ff. (zust. *Greger*).

⁷⁸ Ebenso nunmehr EuGH, 18.3.2010, C-317/08, *Rosalba Alassini* u.a., (noch nicht in Slg.), Rdn. 47 ff. (zur obligatorischen außergerichtlichen Streitbeilegung im Telekommunikationssektor).

bleiben. Damit ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Ausdifferenzierung richterlicher Streitbeilegung grundsätzlich geklärt. Moderne Justizgewährung schließt eine Organisation des Gerichts als „multi door courthouse“ ein.⁷⁹ Der französische Gesetzgeber hat die ausgleichende Rolle des Richters unmissverständlich festgeschrieben. Art. 21 Code de Procédure Civile lautet: „Il entre dans la mission du juge de concilier les parties“.⁸⁰

Gegen die Zuordnung der richterlichen Mediation zur Rechtsprechung formulieren *Spindler*⁸¹ und *Prütting*⁸² den Einwand, dass die richterliche Vergleichsförderung nur deswegen als „Rechtsprechung“ anzusehen sei, weil diese innerhalb des einheitlichen Verfahrens vor dem Prozessgericht erfolge und somit quasi als eine „Vorstufe“ zum Urteil anzusehen sei.⁸³ Mediation finde hingegen nach § 278 V ZPO nur außerhalb des Prozesses statt, der nach § 251 ZPO ausgesetzt werde.⁸⁴ Nach dieser Konzeption erscheint die gerichtsinterne Mediation als eine „privatrechtliche Konfliktlösung“ im Gerichtsgebäude – der Richtermediator soll dabei als Privatperson handeln; sämtliche Rechtsbeziehungen der Beteiligten werden (ausschließlich) dem

⁷⁹ A.A. *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243, 3244 mit der Erwägung, dass die Mediation keine Rechtsprechung sei, weil das Grundgesetz den Richtern diese Aufgabe nicht zuweise. Das erscheint zirkulär; zu fragen ist vielmehr, ob der offene Rechtsprechungsbegriff des Art. 92 GG die richterliche Mediation einschließt.

⁸⁰ § 278 ZPO steht der französischen Regelung nicht nach, treffend *Stürner*, in: Breidenbach et al. (Hrg.), *Konsensuale Streitbeilegung* (2001), S. 5,10.

⁸¹ *Spindler*, *Gerichtsnaher Mediation*, Rdn. 18; *ders.*, DVBl. 2008, 1016, 1020 ff. (auch die Güteverhandlung nach § 278 ZPO sei keine Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG); *Volkman*, *Mediation im Zivilprozess*, S. 25.

⁸² *Prütting*, JZ 2008, 847, 849 f.

⁸³ Dies gibt die Prozesswirklichkeit nicht zutreffend wieder: Nach § 278 I ZPO soll das Gericht in jeder Phase des Prozesses auf eine gütliche Einigung hinwirken. Unrichtig *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243, 3244: Gütliche Beilegung des Rechtsstreits sei ein „Annex“ richterlicher Tätigkeit. Wie hier BGHZ 47, 275, 287; speziell zur gerichtsinternen Mediation, OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.

⁸⁴ *Spindler*, DVBl. 2008, 1016, 1020; *Volkman*, *Mediation im Zivilprozess*, S. 26. Die Aussetzung des Prozesses während einer gerichtsinternen Mediation (nach § 278 V 1 ZPO analog) ist nicht erforderlich. § 278 V 3 ZPO bezieht sich nur auf die gerichtsnaher Mediation nach § 278 V 2 ZPO, die außerhalb des Gerichts erfolgt. Eine gesetzliche Klarstellung erscheint jedoch angesichts des Urteils des BGH vom 12.2.2009, NJW 2009, 1149 f., geboten, dazu unten IV 1.

Privatrecht unterstellt. Eine derartige Einordnung widerspricht jedoch dem Leitbild und dem Selbstverständnis gerichtlicher Mediation: Die Parteien lassen sich auf eine einvernehmliche Streiterledigung ein, welche die Justiz vorhält und die eine Titulierung der (angestrebten) Abschlussvereinbarung ermöglicht.⁸⁵

Entgegen den vorgebrachten Einwänden sollte daher die Aufgabe des Richters, die Parteien bei einer „gütlichen“ bzw. einvernehmlichen Beilegung des Rechtsstreits zu unterstützen, heute nicht aus dem originären Aufgabenbereich des Richters ausgeklammert werden. § 278 ZPO (2001) erscheint vielmehr als wichtige Etappe hin zu einer umfassenden Streitbeilegungsfunktion der Justiz (im Zivilverfahren).⁸⁶ Angesichts dieser Entwicklungen ist die gütliche Beilegung des Rechtsstreits durch gerichtliche Mediation als Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG zu qualifizieren.⁸⁷

Aus dieser Einordnung ergeben sich wichtige Folgerungen: Zum einen unterliegt die richterliche Mediation auch den Bindungen der Art. 97 und 20 III GG – der Richtermediator bleibt mithin Richter und ist als solcher an Recht und Gesetz gebunden.⁸⁸ Das bedeutet nun keineswegs eine vorschnelle „Verrechtlichung“ richterlicher Mediation; denn der Richtermediator unterstützt und strukturiert als neutraler Dritter (§§ 41 ff. ZPO) die (privatautonomen) Verhandlungen der Parteien. Allerdings

⁸⁵ M.a.W.: Die Parteien wählen den Richtermediator nicht deswegen, weil er Mediator ist, sondern weil er als besonders qualifiziertes Organ der Rechtspflege die Durchführung eines Streiterledigungsverfahrens organisiert und letztlich (im Hinblick auf die prozessuale Fairness und die Rechtmäßigkeit des Ergebnisses) auch verantwortet. Insofern handelt er als Rechtsprechungsorgan im Sinne des funktionalen Rechtsprechungsbegriffs des BVerfG: Nur der Richter kann einen Prozessvergleich als Vollstreckungstitel schaffen, § 794 I Nr. 1 ZPO.

⁸⁶ Vgl. auch *Pitschas*, Impulsreferat Bundeskongress gerichtliche Mediation (2007), S. 35, 37: Mediation ist „Rechtsprechung“, weil Streitschlichtung (...). Denn auch der „Richter“ entscheidet und schlichtet (durch „Vergleich“) den Streit der Parteien als neutrales und unabhängiges Organ.

⁸⁷ Ebenso: v. *Bargen*, Gerichtliche Mediation, S. 227; *Greger*, NJW 2007, 3258, 3259 f.; *Löer*, ZJP 119 (2006), 247, 249 f.; *Matthies*, SchIfA 2007, 130, 132 f.; *Probst*, JR 2008, 364.

⁸⁸ Zutreffend v. *Mangoldt/Starck/Classen*, Art. 92 GG, Rdn. 27: „Verfahrensgarantien mögen Rechtsprechung umständlich machen, sind aber auch bei der Mediation unumgänglich.“

ist er aufgrund seiner Gesetzesbindung verpflichtet, die privatautonome Einigung am Maßstab des Gesetzes zu überprüfen; er darf im Rahmen einer evaluierenden Mediation etwa keine rechtswidrigen Alternativen aufzeigen – er muss jedoch bei rechtswidrigen Vorschlägen intervenieren.⁸⁹ Auch einem Ungleichgewicht zwischen den Parteien muss er entgegenwirken, um die prozessuale Waffengleichheit zu wahren. Diese Bindung des Richters wird man freilich kaum als eine „Fesselung“ im Mediationsverfahren ansehen können. Ganz im Gegenteil: Denn die Parteien, die einer gerichtinternen Mediation zustimmen, vertrauen auf rechtsstaatliche Justizgewährung.⁹⁰

Versteht man mithin die gerichtsbezogene Mediation als Teil rechtsstaatlicher Justizgewährung, so ist nach ihrer verfahrensmäßigen Ausgestaltung zu fragen: Die bisherigen Pilotprojekte gerichtsbezogener Mediation beruhen im Kern auf dem Konsens der Parteien, den die Bremer und Hamburger Mediationsordnungen durchaus konsequent als dreiseitige Verträge ausgestalten.⁹¹ Die vertragliche Vereinbarung ermächtigt den Richtermediator zur Durchführung des Mediationsverfahrens.⁹² Wird eine gesetzliche Regelung geschaffen, so reicht der gemeinsame (bzw. übereinstimmende) Antrag der Parteien für die Einleitung des Mediationsverfahrens aus.⁹³

Die Zuordnung der gerichtsbezogenen Mediation zur Rechtsprechung impliziert die Folgefrage, ob und inwieweit eine Übertragung der Mediation auf nicht richterliche Mediatoren zulässig ist.⁹⁴ Aus der Sicht des Art. 92 GG bestehen je-

⁸⁹ Grundlegend zu dieser Problematik (bezogen auf die richterliche Vergleichstätigkeit) *M. Wolf*, ZZP 89 (1976), 260 ff.; *Stürmer*, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, 202 ff.

⁹⁰ *Tochtermann*, Die Unabhängigkeit des Mediators (2008), S. 44 ff.

⁹¹ Vgl. oben Fn. 33 f.

⁹² *Spindler*, Gerichtsnaher Mediation, Rdn. 63 verweist zu Recht auf die Parallele zur autonomen Mediation. Das bayerische Modell betont hingegen mit der Festschreibung im Geschäftsverteilungsplan (§ 21e GVG) die Zugehörigkeit der Güterrichter zur staatlichen Rechtspflege.

⁹³ Dazu *Hess*, Gutachten Mediation Vhdlgen des 67. DJT (2008), F. 51 ff. und F. 64 ff.; *Busemann*, Überlegungen zur gerichtinternen Mediation im arbeitsgerichtlichen Verfahren, AuR 2009, 115, 117 f.

⁹⁴ Wäre dies der Fall, so wäre die Durchführung gerichtsnaher Mediation

doch keine Bedenken. Die Vorschrift „reserviert“ nicht die materielle Rechtssprechung für den staatlichen Richter, sondern verhält sich zu dieser Frage „neutral“.⁹⁵ Die Parteien können im Wege der Privatautonomie anstelle des staatlichen Gerichts ein Schiedsgericht wählen, ohne dass Art. 92 GG berührt ist.⁹⁶ Nicht anderes gilt für die konsentierete Mediation, die autonom von Anwälten und anderen Mediatoren außerhalb des Gerichts durchgeführt werden kann.⁹⁷ Die Regelung des § 278 V 2 ZPO öffnet das anhängige Verfahren für eine außergerichtliche Streiterledigung aufgrund der privatautonomen Abrede. Die von § 278 V 3 ZPO vorgesehene Anordnung des Ruhens des Verfahrens (§ 251 ZPO) verdeutlicht die Trennung von gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung.

Schließlich enthält der Beschluss des BVerfG vom 14.2.2007 zur obligatorischen Streitschlichtung eine weitere wichtige Aussage:⁹⁸ Der Gesetzgeber kann danach die einvernehmliche Streitbeilegung auch durch obligatorische Schlichtungsverfahren fördern. Dies eröffnet für die Ausdifferenzierung der justiziellen Streitbehandlung mittelfristig weitere Perspektiven: Eine angeordnete Mediation, ist mithin ebenso möglich wie die Schaffung von Kostenanreizen zur gütlichen Streitbeilegung. Allerdings setzt der Justizgewährungsanspruch hier eine wichtige Grenze: Der Zugang zur Streit entscheidenden Justiz darf den Parteien letztlich nicht genommen werden.⁹⁹ Solange im Fall einer angeordneten Mediation die Parteien an die Einigung nicht im Voraus gebunden werden, steht ihnen

durch Anwaltsmediatoren verfassungsrechtlich bedenklich.

⁹⁵ BGHZ 65, 59, 61; *Geimer*, in Schlosser (Hrsg.) Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz (1994), S. 115, 118 ff.

⁹⁶ *Dreier/Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG, Rdn. 48 ff.; *Umbach/Clemens/Wolff*, Art. 92 GG, Rdn. 45; *Sachs/Detterbeck*, Art. 92 GG, Rdn. 29, ziehen mit Recht eine Parallele zwischen der Privatautonomie und der Zulässigkeit „privater“ Justiz.

⁹⁷ *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 63; *Hess*, Hdb Mediation, § 26, Rdn. 17 (zur Vergleichbarkeit von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit).

⁹⁸ BVerfG ZKM 2007, 128 ff. Ebenso nunmehr EuGH, 18.3.2010, Rs. C-317/08, *Rosalba Alassini* u.a., Rdn. 47 ff. zur obligatorischen, außergerichtlichen Streitbeilegung im Telekommunikationssektor.

⁹⁹ BVerfG ZKM 2007, 128, 129; v. *Mangoldt/Klein/Classen*, Art. 92 GG, Rdn. 27.

der Rechtsweg offen. Die neue Judikatur des BVerfG und des EuGH ermöglicht die Ausdifferenzierung von Streiterledigung im modernen Rechtsstaat, lässt jedoch das Rechtsprechungsmonopol des Art. 92 GG unangetastet.¹⁰⁰

3. Unvereinbarkeit mit dem Leitbild der Mediation

Ein weiterer Einwand lautet: Gerichtsinterne Mediation ist gar keine „wirkliche“ Mediation, weil die zumeist zwei- bis dreistündigen Gesprächsrunden nicht ansatzweise geeignet seien, den Anforderungen einer „wirklichen“ Mediation gerecht zu werden.¹⁰¹ Bisweilen wird den Richtermediatoren sogar ein veritabler „Rollenkonflikt“ unterstellt.¹⁰² Als Mediatoren sollten sie den Parteien bei der Herbeiführung einer interessenbasierten Einigung unterstützen, während sie als Richter den Streit anhand des Rechts für oder gegen die eine Partei entscheiden sollten.¹⁰³

Eine derartige Sichtweise verkennt zum einen die besondere Rolle des neutralen Mediationsrichters, der nach seinem Selbstverständnis und der ihm gestellten Aufgabe die Parteien bei den Verhandlungen unterstützt und den Rechtsstreit gerade nicht entscheidet. Sie suggeriert zudem einen Begriff der (reinen) Mediation, den es von Rechts wegen gar nicht gibt.¹⁰⁴ Eine Definition der Mediation folgt nicht etwa „aus der Natur der Sache“, sondern wird heute positiv von Artikel 3 I der Mediations-RL vorgegeben. Danach ist die Mediation jede Unterstützung der Parteien durch einen neutralen Dritten; die Mediation durch einen Richter, der nicht der den Streit entscheidende Richter ist, schließt Art. 3 I 3 Mediations-RL ausdrücklich ein.¹⁰⁵ Angesichts dieser positivrechtlichen Aus-

¹⁰⁰ Ebenso v. Barga DVBl. 2004, 468, 474; Greger, NJW 2007, 3258, 3259.

¹⁰¹ Dazu Greger, NJW 2007, 3258, 3259.

¹⁰² Schreiber, Wie „gerichtsnahe“ kann Mediation funktionieren?, Betrifft Justiz 2004, 216 ff.

¹⁰³ So Sarhan, JZ 2008, 280, 285 (Mediation als gesellschaftliche Selbstregulierung könne keine Aufgabe der Justiz sein). Ähnlich Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 f.

¹⁰⁴ Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 f. gehen bezeichnenderweise auf Art. 3 I 3 Med.-RL nicht ein.

¹⁰⁵ Art. 3 I Mediations-RL lautet: „Mediation“ ist ein strukturiertes Verfahren

formulierung erscheint jede definitorische Ausgrenzung der gerichtswinternen Mediation müßig.¹⁰⁶ Davon abgesehen ist der Begriff der Mediation (auch in Art. 3 I Med.RL) weit gefasst und sollte auch weiter offen bleiben – letztlich geht es um den Einsatz mediativer Methoden bei der Streiterledigung durch einen neutralen Dritten.¹⁰⁷

Die begriffliche Einbeziehung der gerichtswinternen Mediation bedeutet freilich nicht, dass diese inhalts- oder wesensgleich mit einer vertragsautonomen Mediation erfolgen müßte.¹⁰⁸ Der Versuch der bayerischen und thüringischen Justizverwaltungen, den Begriff des Richtermediators durch den „Güterichter“ zu substituieren, verfolgt im Kern ein legitimes Anliegen.¹⁰⁹ Denn die gerichtswinterne Mediation unterscheidet sich nachhaltig von der vertragsautonomen Mediation:¹¹⁰ Letztere setzt zumeist im Vorfeld des Konflikts ein, sie will die Parteien frühzeitig weg von einer rechtlichen Auseinandersetzung und hin zu einer interessenorientierten Problemlösung führen. Dieses Ziel verfolgt die Gerichtsmediation zwar auch, sie setzt aber erst sehr viel später ein, nachdem die Rechtspo-

unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.“

¹⁰⁶ Für die Anwendung der Mediations-RL auf die gerichtswinterne Mediation auch Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2739; Wagner/Thole, FS Kropholler (2008), S. 915, 918; a.A. Zöller/Greger, § 278 ZPO, Rdn. 34 (sofern der Mediationsrichter auf Ersuchen des Prozessgerichts tätig wird).

¹⁰⁷ Hess, Gutachten 67 DJT (2008), F 16 f.; zur Neutralität (nicht: Allparteilichkeit) des Mediators Tochtermann, Die Unabhängigkeit des Mediators (2009), S. 44 ff.

¹⁰⁸ Anders nunmehr § 1 Referentenentwurf zum Mediationsgesetz, der für sämtliche Formen der Mediation einen einheitlichen Rahmen vorgeben will und gerichtswinterne und gerichtswinterne Mediation gleich behandelt, dazu unten V 1.

¹⁰⁹ Die Bezeichnung „Güterichter“ soll sprachlich an die „Güteverhandlung“ nach § 278 II, V ZPO anknüpfen. Die Bezeichnung „Mediation“ ist freilich ungleich populärer als die weithin unbekannte Wortschöpfung der bayerischen Justizverwaltung.

¹¹⁰ Diese Unterschiede werden von Befürwortern der gerichtswinternen Mediation offen formuliert, vgl. Probst, JR 2008, 364, 366 f.; vgl. auch Greger, NJW 2007, 3258, 3260.

sitionen der Parteien bereits schriftsätzlich formuliert wurden (§§ 253, 277 ZPO) und eine anwaltliche Rechtsberatung (zumindest beim Prozess vor dem Landgericht) stattgefunden hat.¹¹¹ Damit ist die gerichtsinterne Mediation deutlich mehr „rechtsbezogen“ als die vertragsautonome Mediation – aber das muss kein Nachteil sein.¹¹² Denn die Parteien haben ihre Auseinandersetzung bereits zu Gericht gebracht; sie streben nunmehr mit Hilfe des Richtermediators eine privatautonome, interessengeleitete Lösung an. Dabei geht die Erwartung auch dahin, dass der Richtermediator auf die Einhaltung der Grenzen des zwingenden Rechts in der Phase des Vergleichsabschlusses achten wird – allein die Tatsache, dass der Richter eine Mediation durchführt, befreit ihn nicht von der Bindung an Recht und Gesetz.¹¹³ Dies wird in manchen Faltblättern zur gerichtsinternen Mediation nicht hinreichend deutlich.¹¹⁴

4. Verstaatlichung eines originär anwaltlichen Betätigungsfeldes?

Nicht nur aus der Anwaltschaft wird das Bedenken geäußert, dass die gerichtsinterne der vertragsautonomen Mediation wesentliche Betätigungschancen nehme: Die preiswerte, einvernehmliche Streitbeilegung innerhalb der Gerichte lasse der (ungleich teureren, da auf Kostendeckung angewiesenen) Mediation keine wirkliche Chance. Dabei wird auch auf § 278 V 2 ZPO verwiesen, der in der Praxis weitgehend leer läuft. Versuche von Anwaltskammern, die gerichtsnahe Mediation nach § 278 V 2 ZPO durch Anwaltsmediatoren zu subventio-

¹¹¹ Aus diesem Grund spricht sich Greger, NJW 2007, 3258, 3262, gegen eine Fortführung der Modellversuche zur gerichtsintegrierten Mediation aus. Zu fördern sei vielmehr die vorgerichtliche Mediation. Zur Streiterledigung durch Anwälte im Vorfeld des Prozesses vgl. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), § 23, Rdn. 2.

¹¹² A.A. Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 228.

¹¹³ Busemann, AuR 2008, 115, 118; Probst, JR 2008, 364, 368.

¹¹⁴ Beispiele bei Hess, Gutachten 67 DJT (2008), F 52 f. Auch die in den derzeit vorgehaltenen Informationsblättern verbreitete Tendenz, die Rechtsberatung in der gerichtsinternen Mediation gänzlich auf die Anwälte zu verlagern, erscheint zumindest missverständlich. Zumindest der Hinweis, dass die Konfliktlösung dem geltenden Recht entsprechen muss und dass es Aufgabe des Richters ist, dies zu sichern, sollte erwähnt werden.

nieren, waren ebenfalls nicht erfolgreich.¹¹⁵ Der rechtstatsächliche Befund spiegelt in gewisser Weise die Ursache des Erfolgs der gerichtlichen Mediation in Deutschland wider: Ist der Rechtsstreit bei Gericht angekommen, bauen die Parteien auf eine richterliche und (eben) nicht auf eine anwaltliche Streitbeilegung. Hier spielt das Prestige der Richterschaft eine maßgebende Rolle, die jedoch ihrerseits eine Dispensierung des Richtermediators von Recht und Gesetz zwingend ausschließt.¹¹⁶

Es bleibt freilich der Einwand bestehen, dass die gerichtliche Mediation bereits aus Kostengründen im Verhältnis zur außergerichtlichen Mediation konkurrenzlos ist. Insofern bestehen in der Tat Kostenvorteile, da die vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits zur Erstattung von zwei Gerichtsgebühren führt – allerdings verdient der Anwalt auf der Basis des RVG gleichermaßen mehr (Einigungsgebühr).¹¹⁷ Eine außergerichtliche Mediation, die nach Stundensätzen abgerechnet wird, kann hier nicht konkurrieren – aber vielleicht zeigen sich hier auch falsche Vorstellungen über marktgerechte bzw. am Markt durchsetzbare Preise für die vertragsautonome Mediation, die ebenso wenig wie die gerichtliche Mediation für sämtliche Streitigkeiten geeignet ist. Sieht man in der gerichtlichen Mediation hingegen einen legitimen Bestandteil richterlicher Tätigkeit, so stellt sich das Problem zumindest nicht in dieser Schärfe – zudem verweisen die Befürworter der gerichtlichen Mediation zu Recht darauf, dass die Konflikte bereits im Gericht „angekommen“ sind, wenn auf die gerichtliche Mediation zurückgegriffen wird.¹¹⁸ Offensichtlich gelingt es den Parteien und ihren Anwälten nicht, vor Einreichung der Klage eine einvernehmliche Lösung zu bewirken. Dies mag man be-

¹¹⁵ Deutlich *Rüstow*, NJ 2008, 385, 387. Im Jahre 2008 wurden im Kölner gerichtsnahen Projekt 57 Schlichtungstermine abgehalten. Die Schlichtungstätigkeit wurde von der Anwaltskammer mit insgesamt 34.488,06 Euro unterstützt, Mitteilungen der RAK Köln 2/2009, S. 39.

¹¹⁶ *Hess*, Gutachten 67 DJT (2008), F 50 f.

¹¹⁷ Dazu OLG Celle, NJW 2009, 1219 – werden weitere Ansprüche in den Vergleich einbezogen, erhöht sich die Einigungsgebühr entsprechend. Eine gesonderte Gebühr fällt hingegen nicht an, OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.

¹¹⁸ *Matthies*, SchIHA 2007, 130, 132 f.

dauern¹¹⁹ – die rechtspolitische Folgerung hieraus kann jedoch nicht die Abschaffung der justizinternen Mediation sein – allerdings sollten die Gerichte (auch im Rahmen der gerichtlichen Mediation) die Parteien gerade bei komplexen Streitigkeiten zur außergerichtlichen Mediation nach § 278 V 2 ZPO ermutigen – insbesondere wenn komplexe Verfahren für die knappe gerichtsinterne Mediation ungeeignet erscheinen.¹²⁰

5. Mediation und Prozesszwecke

Ein letzter, grundsätzlicher Einwand gegen die gerichtsinterne Mediation wird aus der Perspektive der Zwecke des Zivilprozesses formuliert – die Prozesszwecke sind ein neuerdings wieder intensiv diskutiertes Thema des Verfahrensrechts.¹²¹ Der grundsätzliche Einwand gegen die gerichtsinterne Mediation lautet, dass sie die Gerichte zu „staatlichen Konfliktregulierungsbehörden“¹²² umfunktioniere, die heterogene „Dienstleistungen im Bereich der Streitbeilegung“ (dispute resolution) anbieten und sich dabei nicht mehr am geltenden Recht orientieren. Ein solcher grundsätzlicher Paradigmenwechsel in der staatlichen Rechtspflege sei nicht wünschenswert.¹²³ Denn staatliche Gerichte hätten nicht nur die Beilegung von privaten Konflikten zur Aufgabe, sondern vor allem die Durchsetzung subjektiver Privatrechte im hoheitlichen Prozess; es gehe um die Bewahrung der Privatrechtsordnung.¹²⁴ Darüber hinaus hat Greger den Einwand formuliert, dass die „Verstaatlichung“ des Mediation in auffallendem Gegensatz zu sonstigen Tendenzen

¹¹⁹ Greger, NJW 2007, 2358, 2360.

¹²⁰ Zutreffend Probst, JR 2008, 364, 367.

¹²¹ Ausführlich Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 6 ff.; Greger, Autonome Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Prozesses, FS Vollkommer (2006), S. 3 ff.; Zöller/Vollkommer, Einl. ZPO, Rdn. 39 (Konfliktlösung als Prozesszweck). Zurückhaltung bei Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 11: Da der Streit (notfalls) hoheitlich entschieden werde, erschöpfe sich der Zweck des Prozesses nicht in der Gewährleistung eines Dialogverfahrens.

¹²² Greger, AnwBl. 2008, 570, 572 f.

¹²³ Prütting, JZ 2008, 846, 850.

¹²⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 5 und 9.

stehe, Aufgaben der Justiz zu privatisieren.¹²⁵ Wiederholt wird daher die Forderung erhoben, die gerichtsinterne Mediation möglichst bald zu verbieten bzw. abzuschaffen¹²⁶ – diese habe als Übergangslösung sowieso nur die Funktion gehabt, die außergerichtliche Mediation bekannt zu machen.¹²⁷

Die Grundsätzlichkeit, mit der diese Diskussion geführt wird, erscheint überraschend. So revolutionär sind die aufgezeigten Entwicklungen innerhalb der deutschen Ziviljustiz im Ergebnis nun nicht – gerade wenn man auf die überkommenen Wege und die rechtstatsächlichen Befunde zur einvernehmlichen bzw. vergleichsweisen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten abstellt.¹²⁸ Im Kern geht es um den Einsatz moderner Konfliktlösungsmethoden im Rahmen anhängiger Verfahren, um eine Stärkung privatautonomer Konfliktlösung im Zivilprozess – einem Verfahren, das in besonderem Maße durch Parteidisposition gekennzeichnet ist.¹²⁹ Dass dabei die Grundkonstellation der Mediation genutzt wird, nämlich die Einschaltung eines nicht entscheidungsbefugten Richtermediators, verändert die Justiz zumindest dann nicht grundsätzlich, wenn die Bindung des Richtermediators an Recht und Gesetz als Grundlage der gerichtsinternen Mediation klargestellt wird und die Rückkehr in das streitige Verfahren jederzeit möglich bleibt. Die Schaffung eines Vollstreckungstitels am Ende der gerichtsinternen Mediation (§ 794 I Nr. 1 ZPO) verdeutlicht, dass es hier um die Ausübung von Justizgewalt geht. Angesichts ihrer tatsächlichen Verbreitung bedarf die ge-

¹²⁵ Greger, NJW 2007, 2358, 2360. Allerdings werden derartige „Privatisierungstendenzen“ (etwa im Bereich der Beleihung der Gerichtsvollzieher) derzeit nicht weiter verfolgt.

¹²⁶ So Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 unter Berufung auf die frühere niedersächsische Justizministerin Heister-Neumann, DRiZ 2007, 137 ff.

¹²⁷ Ausweislich Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 (Fn. 4) sollen sich etwa die Professoren Eidenmüller und Greger im Oktober 2008 für „ein Ende“ der gerichtsinternen Mediation ausgesprochen haben. Der 67. DJT hat sich hingegen mit ganz überwiegender Mehrheit für eine Fortsetzung der gerichtsintegrierten Mediation und für eine Vorschrift über deren Zulässigkeit in der ZPO ausgesprochen, vgl. Beschlüsse Nr. 7 und Nr. 21, VhdJgen d. 67 DJT, Bd. II/2, O. 74 und O 80.

¹²⁸ A.A. Prütting, JZ 2008, 846, 450 f.

¹²⁹ Allg. Ansicht, vgl. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), §§ 24 und 25.

richtersinterne Mediation eine gesetzliche Regelung in der ZPO, die die wesentlichen Grundsätze bzw. den Rahmen des Verfahrens regelt – die heterogenen Regelungen in Merkblättern, Musterverträgen, Mediationsordnungen¹³⁰ und in Geschäftsverteilungsplänen der Gerichte sind unbefriedigend; die aktuelle Rechtszersplitterung widerspricht zudem dem seit 1879 geltenden Kodifikationsprinzip im Zivilprozessrecht.¹³¹

IV. Regelungsbedarf der gerichtssinternen Mediation in der ZPO

1. Aktuelle Regelungsdefizite

Die zunehmend flächendeckende Praktizierung von gerichtssinterner Mediation in 14 von 16 Bundesländern erfordert deren gesetzliche Verankerung in der ZPO. Die gegenwärtigen Regelungen (vor allem § 278 II und V ZPO) reichen als Rechtsgrundlage für die gerichtsbezogene Mediation nicht aus.¹³² Die Analogie zu § 278 V 1 Alt. 2 ZPO kann auf Dauer die zwischenzeitlich etablierte Praxis nicht tragen.¹³³ Als Bestandteil moderner Justizgewährung ist die Mediation in der ZPO zu verankern¹³⁴, um zugleich die Gesetzesbindung des Richtermediators klarzustellen.¹³⁵ Die gerichtssinterne Mediation muss zudem auf eine gesetzliche Regelung gestellt werden, die dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgebot entspricht.¹³⁶

¹³⁰ Zur ungeklärten Rechtsnatur vgl. bereits Hess, Gutachten Mediation zum 67. DJT 2008, F. 53.

¹³¹ Vgl. § 3 EGZPO.

¹³² Ebenso der Beschluss Nr. 22 des 67. DJT (2008) zur Mediation, Vhdgln 67. DJT II/2 O 80.

¹³³ Insofern wird die ZPO ihrem Regelungsanliegen als Kodifikation nicht mehr gerecht, da sie die Verfahrenspraxis vor den Zivilgerichten der ersten und zweiten Instanz nur unvollständig abbildet und regelt.

¹³⁴ Vgl. dazu den Vorschlag des Freistaats Bayern zu Stärkung der gütlichen Streitbeilegung im Zivilprozess, BR Drs. 373/04 vom 2.11.2004.

¹³⁵ Entsprechende Klarstellungen sollten auch in die anderen Prozessordnungen (ArbGG, VwGO, SozGG) eingefügt werden, soweit dort gerichtsbezogene Mediation angeboten wird. Van Bargaen, DVBl. 2004, 468 ff. empfiehlt die Einfügung eines § 86a VwGO, der § 278 ZPO nachgebildet ist.

¹³⁶ Für eine gesetzliche Verankerung der gerichtsbezogenen Mediation auch Spindler, Gerichtsnaher Mediation, Rdn. 628 ff.; Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 157 f. (zusammenfassend); zurückhaltend Greger, FS Vol-

Die Unsicherheiten der aktuellen Rechtslage verdeutlicht das erste Urteil des BGH zur gerichtswegigen Mediation vom 12.2.2009¹³⁷: Dort hatte der VII. Zivilsenat über die Versäumnis der Berufungsbegründungsfrist (§ 520 II ZPO) zu entscheiden. Die Parteien hatten einer gerichtswegigen Mediation vor dem Mediationssenat des OLG Dresden zugestimmt, die Verhandlung war nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist terminiert worden. Das einschlägige Informationsblatt des OLG zur gerichtswegigen Mediation empfiehlt den Parteien, die Berufung nicht vor dem Mediationstermin zu begründen. Die Frist nach § 520 II ZPO werde auf Antrag verlängert.¹³⁸ Der Berufungskläger stellte erst im Mediationstermin den Antrag auf Fristverlängerung. Als die Mediation schließlich scheiterte, wies der zuständige Zivilsenat die Berufung wegen Überschreitens der Begründungsfrist zurück. Auch der BGH gewährte unter Bezugnahme auf § 251 S. 2 ZPO keine Wiedereinsetzung, da die Fristverlängerung erst nach Fristablauf beantragt worden war – die Formulierung des „Informationsblatts“ hielt der Senat für ausreichend: auf die Fristverlängerung sei ja hingewiesen worden – man hätte angesichts der „Mitverursachung“ der Fristversäumnis durch den OLG-Senat eine Wiedereinsetzung durchaus gewähren können.¹³⁹

Das Urteil verdeutlicht die bestehende Rechtsunsicherheit bei der gerichtswegigen Mediation. Diese betrifft insbesondere die Schnittstellen zum Zivilprozess: Nicht nur die Übertragung des Verfahrens an die Richtermediatoren, sondern auch das Verhältnis zwischen „Streitverfahren“ und Mediationsverfahren, bedarf gesetzlicher Regelung – die parallele Betreibung von Streit- und Mediationsverfahren belastet die Parteien (und auch die befassten Gerichte) unnötig.¹⁴⁰ Aus den divergierenden Aus-

Ikonom (2006), S. 3 ff.; *ders.*, NJW 2007, 3258 ff. (Vorhaltung richterlicher Mediation sei „ultima ratio“).

¹³⁷ BGH, NJW 2009, 1149.

¹³⁸ Anders die Praxis nach dem „Göttinger Modell“: Nach Zustimmung zur gerichtswegigen Mediation beschließt das Prozessgericht die Aussetzung und (ggf.) eine Verlängerung der Klageerwiderungs- bzw. Berufungsbegründungsfrist, OLG Oldenburg, BeckRS 2008, 08299.

¹³⁹ So *Tochtermann*, LMK 2009, 284303.

¹⁴⁰ Kritisch auch *Zöller/Greger*, § 278 ZPO, Rdn. 35 a.E.

gestaltungen der gerichtswinternen Mediation resultiert weitere Rechtsunsicherheit. Hier geht es vor allem um die (essentiellen) Fragen, ob und inwieweit die Parteien und der Mediations- bzw. Güterichter wirksam Prozesshandlungen vornehmen können.¹⁴¹ Die fehlende gesetzliche Ausgestaltung mag zwar dem informellen Charakter von Mediation entsprechen; „local rules“ bei den deutschen Landgerichten fördern jedoch Rechtsunsicherheit und behindern de facto die Rechtsanwaltschaft, die nach § 78 ZPO nicht mehr an Lokalisationsgebote gebunden und ebenso wie die Parteien auf die Geltung eines einheitlichen Prozessrechts angewiesen ist. Daher ist im Ergebnis festzuhalten: Die gerichtswinterne Mediation benötigt dringend einer gesetzlichen Verankerung sprich: einer Rahmenregelung in der ZPO.¹⁴²

2. Regelungsvorschläge zur Integration der gerichtswinternen Mediation in die ZPO

Im Anschluss (und Fortschreibung) der Vorschläge des Gutachtens zum 67. Deutschen Juristentag sollten folgende Regelungen in die ZPO aufgenommen werden: § 278 II ZPO ist dahin zu ergänzen, dass die Güteverhandlung mit Einverständnis der Parteien auch als gerichtswinterne Mediation durchgeführt werden kann.¹⁴³ Insofern empfiehlt sich die Einfügung eines weiteren vierten Satzes: „Mit dem Einverständnis der Parteien kann anstelle der Güteverhandlung ein gerichtswinternes Mediationsverfahren (§ 278a) durchgeführt werden.“

Den Rahmen einer gerichtswinterne Mediation könnte sodann eine eigenständige Vorschrift festlegen, etwa ein neu einzufügender § 278a ZPO mit der Überschrift: „Gerichtswinter-

¹⁴¹ Etwa im Hinblick auf die Entgegennahme von Prozesshandlungen (Anerkennissen, Klageverzicht); im Hinblick auf die Streitwertfestsetzung und die Prozesskostenhilfe; auch im Hinblick auf Anträge zur Fristverlängerung nach § 520 ZPO.

¹⁴² Aus diesem Grund ist der Lösung des Referententwurfs, die gerichtswinterne Mediation mitzuregeln, grundsätzlich – trotz der Kritik an der inhaltlichen Ausgestaltung – zuzustimmen, dazu unten V 2.

¹⁴³ Damit ist dem bayerischen Integrationsmodell zu folgen, das die gerichtswinterne Mediation als Teil des Gerichtsverfahrens versteht, dazu Koch, NJ 2005, 97, 98.

ne Mediation“. Dabei erscheint es nicht erforderlich, den sog. „Güterichter“ als gesondertes Rechtspflegeorgan mit neuem Aufgabenbereich und eigener Bezeichnung einzuführen.¹⁴⁴ Denn der Name „Güterichter“ ist (zumindest derzeit) keine gängige Bezeichnung, zudem gehört die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten (insbesondere durch richterliche Mediation) zu den Aufgaben der Rechtsprechung.¹⁴⁵ Mithin ändert die Durchführung von Mediation als Teil richterlicher Dienstaufgaben die Rechtstellung des Richters grundsätzlich nicht.

Im Verhältnis zum Prozessgericht kann die funktionelle Zuständigkeit des Richtermediators nach dem Modell der Kammer für Handelssachen geregelt werden: Danach begründet der gemeinsame Antrag der Parteien, eine gerichtsinterne Mediation durchzuführen, die Zuständigkeit des Richtermediators. Wie im Fall der §§ 98 ff. GVG wird das Verfahren an den Richtermediator verwiesen.¹⁴⁶ Ein Aussetzungsbeschluss des Prozessgerichts ist entbehrlich, der Prozess bleibt während des Mediationsverfahrens rechtshängig.¹⁴⁷ Zu regeln ist allerdings die Befassung des Streitgerichts im Fall des Scheiterns der Mediation: Jede Partei kann jederzeit die Rückübertragung des Verfahrens beantragen.¹⁴⁸ Der Richtermediator ist damit für die Dauer der gerichtssinternen Mediation der gesetzliche Richter i.S.d. Art. 101 I 2 GG; er ist deshalb im Geschäftsverteilungsplan zu bestimmen.¹⁴⁹ Ein Wahlrecht der Parteien in Bezug auf einen bestimmten Rich-

¹⁴⁴ So der Gesetzesvorschlag des Freistaats Bayern vom 2.11.2004, BR Drs. 373/04, S. 7.

¹⁴⁵ Vgl. Hess, Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag (2008), F. 9 ff. Ebenso nunmehr § 1 I.

¹⁴⁶ Zur komplizierten Kompetenzverteilung zwischen „Streitrichter“ und „Richtermediator“, vgl. Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 89 ff.

¹⁴⁷ Anders die Praxis des LG Göttingen, dazu Matthies, SchlHA 2007, 130, 131.

¹⁴⁸ Zudem ist festzulegen, dass die gerichtsinterne Mediation auch dann beendet ist, wenn der Richtermediator sie für gescheitert erklärt. Jede Partei kann die Rückverweisung vor das Streitgericht beantragen. Wird kein Antrag gestellt, ordnet der Richtermediator das Ruhen des Verfahrens an (§ 251 ZPO – vgl. auch § 278 III ZPO).

¹⁴⁹ A.A. Koch, NJ 2005, 97, 102 (allerdings unter der Prämisse einer engen – hier abgelehnten – Definition von Rechtsprechung iSd Art. 92 GG).

termediator besteht hingegen nicht.¹⁵⁰ Eine gesonderte Gebühr für die anwaltlichen Prozessvertreter fällt nicht an.¹⁵¹

Handelt der Richtermediator als gesetzlicher Richter, so besteht eine grundsätzliche Bindung an die Verfahrensvorschriften der ZPO. Der Richtermediator ist mithin zur Protokollierung eines Vergleichs, zur Entgegennahme von Anerkenntnis- und Verzichtserklärungen sowie der Klagerücknahme zuständig,¹⁵² er setzt den Streitwert fest.¹⁵³ Auch die anwaltliche Vertretung der Parteien vor dem Landegericht folgt aus § 78 ZPO. Zwingend zu regeln sind hingegen Abweichungen der gerichtsisernen Mediation von den Vorschriften der ZPO.¹⁵⁴ Erwägenswert erscheint zunächst eine Definition der gerichtsisernen Mediation, welche die eigenständige (zurückgenommene) Funktion des Richtermediators herausstellt. Denkbar wäre folgende Formulierung eines § 278a Abs. 1 ZPO: „Bei der gerichtsisernen Mediation unterstützt das Gericht die Parteien, den Rechtsstreit einvernehmlich zu lösen. Es nimmt die Aufgaben des Prozessgerichts wahr; ist jedoch nicht befugt, den Rechtsstreit zu entscheiden.“

Den Verlauf der Mediation sollte das Gesetz nicht vorgeben; es sollte jedoch folgende Klarstellungen enthalten¹⁵⁵: Die Befugnis des Gerichts, nach billigem Ermessen und im Einver-

¹⁵⁰ Dagegen steht den Parteien bei der gerichtsnahen Mediation (§ 278 V 2 ZPO) ein Wahlrecht im Hinblick auf den (nicht richterlichen) Mediator zu.

¹⁵¹ So OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.; OLG Celle, NJW 2009, 1219; eine Erhöhung der Termingebühr in Bezug auf mit verhandelte Ansprüche ist hingegen möglich, sofern diese tatsächlich Gegenstand der Mediation sind, dazu KG, 25.11.2009, 14 W 56/09 (juris § 3 III RVG-VV).

¹⁵² Vgl. Windel, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1106 ff., zur Zulässigkeit von Dispositionsakten in der Güteverhandlung nach § 278 II ZPO.

¹⁵³ Anders (für die Richtermediation analog § 278 V 1 Alt. 2 ZPO) OLG Celle, NJW 2009, 1219: Zuständigkeit des Prozessgerichts.

¹⁵⁴ Die Regelungen sollten in der neu einzufügenden Vorschrift des § 278a ZPO zusammengefasst werden.

¹⁵⁵ Diese Vorschläge wurden zwar mehrheitlich auf dem 67. Juristentag abgelehnt (vgl. Vhdlgen des 67. DJT Bd. II/2, O 81 – Beschluss Nr. 26) – Ursache war jedoch das explizite Unbehagen der (mehrheitlich) anwesenden Richtermediatoren, dass gesetzliche Vorgaben die (individuelle) Ausgestaltung des Mediationsverfahrens eher behindern denn fördern würden. Es entsprach freilich dem Selbstverständnis der anwesenden Richterinnen und Richter, dass man sowieso an fundamentale Verfahrensgrundsätze gebunden sei.

nehmen mit den Parteien den Ablauf des Mediationsverfahrens zu bestimmen; die Wahrung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs, der prozessualen Waffengleichheit und der Vertraulichkeit.¹⁵⁶ Die sinngemäße Geltung des § 139 I ZPO ist anzuordnen.¹⁵⁷ Eine entsprechende Formulierung könnte als § 278a Abs. 2 ZPO lauten: „Den Verlauf der gerichtlichen Mediation legen der Richtermediator und die Parteien einvernehmlich fest; die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der prozessualen Waffengleichheit sind zu beachten. Das Verfahren ist nicht öffentlich.“

Regelungsbedürftig sind die Nicht-Öffentlichkeit der gerichtlichen Mediation und die fehlende Protokollierung des Verfahrensverlaufs mit Ausnahme des Mediationsvergleichs, der im Mediationsverfahren protokolliert wird.¹⁵⁸ Aufzunehmen wäre zudem ein Hinweis, dass die Vorschriften über die Säumnis und die Präklusion nicht anwendbar sind – das Nichterscheinen einer Partei beendet das Mediationsverfahren.¹⁵⁹ Die Formulierung eines § 278a Abs. 3 ZPO könnte lauten:

(3) Das Gericht protokolliert einen abgeschlossenen Vergleich oder das Scheitern der Mediation. Das Nichterscheinen einer Partei beendet das Mediationsverfahren. Auf Antrag jeder Partei wird das Verfahren vor dem Prozessgericht fortgesetzt. Das Gericht kann auch nach § 278 V 2 verfahren. Bei beiderseitiger Säumnis gilt § 251 entsprechend.“

Für die Mediation vor dem Berufungsgericht wäre in einem zusätzlichen Satz 3 in § 525 ZPO die entsprechende Anwendung von § 278a ZPO anzuordnen.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Die explizite Anordnung der Geltung dieser fundamentalen Verfahrensgarantien

¹⁵⁷ Sinngemäß insofern, als keine Erfolgsprognose und keine rechtliche Einschätzung durch den Richtermediator (den Parteien gegenüber) erfolgt.

¹⁵⁸ Dasselbe gilt für andere Prozesshandlungen, die zu Protokoll erklärt werden, § 160 III Nr. 1 ZPO.

¹⁵⁹ Auf Antrag der erschienenen Partei wird der Rechtsstreit umgehend an das Prozessgericht zurückverwiesen. Ein Gütetерmin ist dann nicht mehr durchzuführen.

¹⁶⁰ Die Formulierung des § 525 S. 3 ZPO könnte lauten: „Für eine gerichtliche Mediation gilt § 278a entsprechend.“

Schließlich sind Vorschriften zum Schutz der Vertraulichkeit aufzunehmen: Zunächst ist § 41 ZPO um den Ausschlussgrund des Richtermediators zu erweitern.¹⁶¹ Für den Schutz des Mediationsgeheimnisses kommen regelungstechnisch unterschiedliche Lösungen in Betracht. Der Bayerische Güterichter-Entwurf hatte ein Beweisthemenverbot vorgeschlagen, das als weiterer Absatz in § 286 ZPO eingefügt werden könnte.¹⁶² Dies entspricht freilich nicht der Regelungstechnik der ZPO, die die Ausschlussgründe bei den Beweismitteln jeweils einzeln regelt. Als Alternative kommt der explizite Ausschluss des Richtermediators vom Zeugenbeweis in Betracht; jedoch besteht bereits nach § 383 I Nr. 6 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht kraft Amtes.¹⁶³ Da die Umsetzung von Art. 7 Mediations-RL die Schaffung eines generellen Zeugnisverweigerungsrechts für den Mediator erfordert, kann dieses Zeugnisverweigerungsrecht auf den Richtermediator erstreckt werden. Der Vertraulichkeitsschutz sollte jedoch auch den Urkunden- und den Augenscheinbeweis umfassen, sofern Dokumente oder Datenträger speziell für die Mediation erstellt wurden.¹⁶⁴ Im Ergebnis bietet sich daher eine einheitliche Regelung der Beweisproblematik von vertragsautonomer und gerichtsinthener Mediation an.¹⁶⁵

3. Weitere Folgeänderungen

Die vorgeschlagenen Ergänzungen der ZPO werden die gerichtsinthene Mediation auf eine sichere Grundlage stellen. Die heute grundsätzliche Frage lautet jedoch, ob nicht die

¹⁶¹ Die Formulierung in § 41 ZPO könnte lauten: „Der Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, ...7. in Sachen, in denen er als Mediator (§ 278a ZPO) mitgewirkt hat.“ Damit ist das Urteil des LSG Niedersachsen, ZKM 2005, 139 f., über den fehlenden Ausschluss des Richtermediators korrigiert.

¹⁶² Die vorgeschlagene Regelung lautet: „(3) In einem Güteversuch erörterte Umstände, deren vertrauliche Behandlung zwischen den Parteien vereinbart worden ist, dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwertet werden.“ BR-Drs. 373/04.

¹⁶³ Ebenso Koch, NJ 2005, 97, 101; Spindler, Gerichtsnaher Mediation, Rdn. 111

¹⁶⁴ Vgl. dazu Hess, Gutachten Mediation für den 67. DJT (2008), F. 108.

¹⁶⁵ Vgl. den Regelungsvorschlag in Hess, Gutachten Mediation für den 67. DJT (2008), F. 109.

Bundesländer verpflichtet werden sollten, gerichtsinterne Mediation vorzuhalten. Solange die Pilotprojekte liefen, bestand kein Zweifel, dass die Landesjustizverwaltungen frei über die Einrichtung gerichtsbezogener Mediation entscheiden konnten. Immerhin geht es um Justizressourcen, denn die Mediation erfordert immerhin eine hinreichende Zahl von geschulten Richtermediatoren, d.h. die Vorhaltung von entsprechender Personalkapazität.¹⁶⁶

Inzwischen hat sich jedoch die Situation geändert: Die gerichtsinterne Mediation hat sich als erfolgreicher Weg der Konfliktlösung erwiesen, das im Interesse der Rechtssuchenden Parteien vorzuhalten ist. Angesichts der weiten Verbreitung der gerichtsinternen Mediation erscheint die „souveräne“ Entscheidung einzelner Bundesländer, eine gerichtsinterne Mediation nicht zuzulassen, rechtspolitisch anachronistisch. Vor dem Hintergrund des aktuellen Entwicklungsstands sollte eine bundeseinheitliche Regelung vorgesehen werden. Lediglich im Rahmen einer Übergangsfrist sollte es den Ländern noch freistehen, ob sie den Zeitpunkt gerichtsinterner Mediation frei bestimmen.¹⁶⁷ Inhaltlich sollten die Bundesländer hingegen frei bestimmen können, ob sie die gerichtsinterne Mediation durch „Richtermediatoren“ oder „Güterichter“ durchführen lassen. Auch eine Abgabe des Rechtsstreits zur Mediation an ein anderes Gericht, bei dem (ausreichend) Richtermediatoren vorhanden sind, sollte zugelassen werden.¹⁶⁸ Die jeweilige Bezeichnung der Handelnden ändert freilich nichts an den einheitlichen Grundstrukturen der gerichtsinternen Mediation, die in einem § 278a ZPO zusammenzufassen sind.

¹⁶⁶ Vgl. dazu sogleich im Text.

¹⁶⁷ Der bayerische Gesetzentwurf (BR-Drs. 373/04) wollte folgende Regelung in das EGZPO einfügen: „Mit Einwilligung der Landesjustizverwaltung kann im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts bestimmt werden, dass Richter für die Durchführung gerichtlicher Güteversuche bestellt werden (Güterichter). Satz 1 gilt entsprechend für andere Gerichtsbarkeiten, in denen das geltende Verfahrensrecht eine Übertragung der Durchführung gerichtlicher Güteversuche vorsieht.“

¹⁶⁸ Diese Konstellation unterfällt § 278 V 1 Alt. 2 ZPO.

Bei der Einführung der gerichtlichen Mediation ist schließlich darauf zu achten, dass die Richtermediatoren über eine hinreichende Ausbildung verfügen. Insofern ist ein identischer Ausbildungsgrad wie bei den freiberuflichen (vor allem anwaltlichen) Mediatoren nicht geboten; jedoch muss ein hinreichendes Ausbildungs- und Supervisionsprogramm vorgehalten werden. Dabei kann inzwischen auf Erfahrungen in den Bundesländern zurückgegriffen werden, die Gesamtkonzepte erarbeitet haben.¹⁶⁹ Andererseits gilt es zu vermeiden, dass der „Erfolg“ gerichtlicher Mediation vorschnell am vermeintlich erfolgreichen Vergleich gemessen wird.¹⁷⁰ Die gerichtliche Mediation muss als eine von mehreren Optionen zur einvernehmlichen Streitbeilegung (wie die Güte- oder sonstigen Vergleichsverhandlungen) angesehen werden. Scheitert die Einigung der Parteien, ist nach § 279 ZPO unverzüglich Termin zur unendlichen Verhandlung anzuberaumen. Zudem sollten komplexe und zeitintensive Mediationsverfahren nicht im limitierten Verfahren nach § 278a ZPO (n.F.) durchgeführt, sondern nach § 278 V 2 und 3 ZPO in die gerichtliche Mediation verwiesen werden.¹⁷¹

Die Schaffung von gesonderten Kostenvorschriften (zur Förderung von weiteren Anreizen) für die gerichtliche Mediation erscheint hingegen nicht erforderlich: Der Anreiz für die gerichtliche Mediation besteht im Erlass von zwei Gerichtsgebühren, wenn die Mediation erfolgreich sein sollte.¹⁷² Für den (begleitenden) Rechtsanwalt bestehen bereits heute Kostenanreize: Der Anwalt erhält neben der Prozess- und Ter-

¹⁶⁹ Es erscheint auch denkbar, dass die JuMiKo sich auf gemeinsame Aus- und Fortbildungsstandards verständigt – allerdings sollte die Einführung einer gesetzlichen Regelung in der ZPO nicht von den (regelmäßig zeitintensiven) Verhandlungen zwischen den Bundesländern abhängen, sondern spätestens mit der Umsetzung der Mediations-RL erfolgen.

¹⁷⁰ Warnend (wenngleich überzeichnend) zur Anwendung von § 278 ZPO *Knauss*, ZRP 2009, 206 ff.

¹⁷¹ Ein entsprechender Verweis auf § 278 V 2 ZPO sollte in § 278a III ZPO n.F. aufgenommen werden, vgl.

¹⁷² Vgl. §§ 1,3 GKG, KV Nr. 1210, dazu *Koch*, NJ 2005, 97, 102; OLG Dresden, 18.2.2009, BeckRS 2009, 10676 (in der Berufungsinstanz fällt nach § 3 GKG, Nr. 1221 KV nur eine Gerichtsgebühr an).

mingsgebühr zusätzlich die Vergleichsgebühr nach RVG Nr. 1003.¹⁷³ An der Auslegungsregel, dass im Fall des Vergleichs die Kosten gegenseitig aufgehoben werden (§ 98 ZPO), sollte festgehalten werden.¹⁷⁴

V. Der Referentenentwurf des BMJ für ein Mediationsgesetz vom 4.8.2010

1. Die vorgeschlagene Grundkonzeption

Anfang August 2010 hat das BMJ den Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Förderung der Mediation und der außergerichtlichen Konfliktlösung“ vorgelegt. Kern des Entwurfs ist ein aus sechs Paragraphen bestehendes Mediationsgesetz (MedG-RE), das die Mediation definiert und die Aufgaben des Mediators umschreibt (§§ 1-3 MedG-RE), § 4 MedG-RE enthält eine „Verschwiegenheitspflicht“ des Mediators, die als gesetzliche Verpflichtung das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 I Nr. 6 ZPO auslösen soll.¹⁷⁵ § 5 MedG-RE spricht die Aus- und Fortbildung des Mediators dergestalt an, dass dieser „in eigener Verantwortung durch eine angemessene Aus- und Fortbildung“ sicher stellen soll, „dass er die Mediation in sachkundiger Weise durchführen kann.“¹⁷⁶ § 6 MedG-RE soll schließlich wissenschaftliche Forschungsvorhaben ermöglichen und im Bereich der Mediation bei Familiensachen auch Vorhaben zur „Mediationshilfe“ (entsprechend der Prozesskostenhilfe) ermöglichen.

Änderungen des Zivilprozessrechts enthält Art. 3 des Referentenentwurfs. Zwei neue Vorschriften sollen in die ZPO eingefügt werden: Zum einen ein neuer § 278a ZPO-RE, der die gerichtsnahe und gerichtsinterne Mediation regeln soll. Die Regelungen zur gerichtsinternen Mediation werden in einem

¹⁷³ Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 140 ff.; Volkmann, Mediation, S. 142 ff.

¹⁷⁴ Ebenso Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 155.

¹⁷⁵ Begründung des Referentenentwurfs vom 4.8.2010, S. 20.

¹⁷⁶ Damit wird auf die Formulierung eines einheitlichen Berufsbilds und auf die Festsetzung von einheitlichen Ausbildungsstandards verzichtet – die völlige Freigabe des „Mediatoren-Berufs“ überrascht – insbesondere ist hier die Abgrenzung zu § 2 Nr. xxx RDG nicht vorgenommen worden. Dazu Hess, Gutachten 67 DJT, S. xx.

Absatz zusammengefasst.¹⁷⁷ Die Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung soll § 796d ZPO-RE regeln. Vorgesehen ist eine (vereinfachte) Vollstreckbarerklärungsmöglichkeit, die dem Modell des Anwaltsvergleichs (§ 796c ZPO-RE) folgt. Von praktischer Bedeutung ist schließlich die in Art. 2 des Gesetzentwurfs vorgesehene Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes. Dort soll ein neuer § 15 GVG-RE den Landesregierungen die Ermächtigung eröffnen, durch Rechtsverordnung die richterliche Mediation in Zivilsachen einzuführen.¹⁷⁸ Damit stellt der Bundesgesetzgeber die Einführung der gerichtlichen Mediation in das Ermessen der Bundesländer-im Ergebnis wird ein Stück der Rechtseinheit im Zivilprozessrecht aufgegeben.¹⁷⁹ Der Gesetzentwurf beschränkt sich freilich nicht auf eine Einführung der Mediation in der Zivilgerichtsbarkeit – auch die Arbeits-, Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit werden gleichermaßen eingeschlossen.

2. Bewertung des Referentenentwurfs

Die Grundaussage des Referentenentwurfs ist uneingeschränkt positiv zu bewerten: Das Bundesjustizministerium hat sich im Ergebnis für die Beibehaltung der gerichtlichen Mediation ausgesprochen, sie wird in § 1 Nr. 3 MedG-RE als

¹⁷⁷ § 278 ZPO n.F. soll lauten: „Soweit durch Landesrecht vorgesehen, kann das Gericht den Parteien eine richterliche Mediation vorschlagen. Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend [danach ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen]. Die richterliche Mediation findet vor einem nicht entscheidungsbefugten Richter statt. Sie ist nicht öffentlich, soweit die Parteien nichts anderes vereinbaren. Schließen die Parteien in der richterlichen Mediation einen Vergleich, kann der richterliche Mediator wie ein entscheidungsbefugter Richter den Inhalt des Vergleichs im Protokoll feststellen und den Streitwert festsetzen.“

¹⁷⁸ Auffallend ist, dass damit der Bundesgesetzgeber in die Kompetenzgefüge der Länder eingreift: Die Möglichkeit, lediglich durch Rechtsverordnung die richterliche Mediation einzuführen, führt zu einer Ausgrenzung der Landesparlamente, die mit dem Demokratieprinzip nicht ohne weiteres vereinbar zu sein scheint.

¹⁷⁹ Diese Regelung erscheint umso misslicher, als die deutsche Zivilprozessordnung sich zunehmend als eine Teilrechtsordnung im Hinblick auf die unterschiedlichen Zivilverfahrensrechte der EU-Mitgliedsstaaten darstellt. Hier zu immer weiteren Durchbrechungen der Rechtseinheit zu kommen, erscheint dem Gebot der Rechtsklarheit durchaus abträglich.

eine von drei möglichen Formen der Mediation definiert.¹⁸⁰ Allerdings steht die grundsätzliche Anerkennung der gerichtsin-
ternen Mediation unter dem Vorbehalt der Ermächtigung an
die Landesregierungen, ihre Einführung anzuordnen. Insofern
enthält der Referentenentwurf (auch im neu gefassten § 278a
ZPO-RE) nur eine rudimentäre Regelung. Diese lässt verschie-
dene Grundsatzfragen offen: Diese beginnen bei der rechtlichen
Einordnung der gerichtsin-ternen Mediation: Der Gesetzentwurf
enthält kein Leitbild, (abgesehen von § 1 MedG-RE) es geht al-
lerdings ersichtlich davon aus, dass sich gerichtsin-terne und
außergerichtliche Mediation strukturell nicht unterscheiden.
Damit bleibt freilich die Frage unbeantwortet, ob die richter-
liche Mediation als Rechtssprechung im Sinne des Art. 92 GG
einzuordnen ist und ob und inwieweit der Richtermediator an
Recht und Gesetz gebunden ist. Die Gleichstellung mit anderen
Formen der Mediation legt vielmehr die Schlussfolgerung nahe,
dass der Richtermediator wie der sonstige (nicht juristische)
Mediator jenseits von Recht und Gesetz handeln kann. Höchst
bedenklich ist in diesem Zusammenhang, dass offensichtlich § 2
II 3 MedG-RE sogar dem Gerichtsmediator die Möglichkeit er-
öffnen soll, Einzelgespräche mit den Parteien zu führen. Damit
scheint der Entwurf den Richtermediator auch von der Notwen-
digkeit der Gehörgewährung zu dispensieren – eine höchst
bedenkliche Regelung. Die Ausgestaltung der §§ 1-5 MedG-RE
legt die Vermutung nahe, dass die Formulierung des Gesetzes
eigentlich mehr die Rechtstellung des Mediators (im Sinne einer
Berechtigung) als seine Pflichtenstellung im Verhältnis zu den
Parteien und seine Aufgabe als Organ der Rechtspflege (bezo-
gen auf den Richtermediator) im Fokus hat. Von dieser Pers-

¹⁸⁰ § 1 MEDG-E lautet: „(1) Mediation ist ein vertrauliches Verfahren, bei dem
Parteien mit Hilfe eines Mediators freiwillig und eigenverantwortlich
eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Die Mediation
kann durchgeführt werden

1. unabhängig von einem Gerichtsverfahren (außergerichtliche
Mediation),
2. während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts (gerichtsnahe
Mediation) oder
3. innerhalb des Gerichts von einem nicht entscheidungsbefugten Richter
(richterliche Mediation).

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne
Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

pektive her gesehen erscheinen die rudimentären Regelungen des vorgeschlagenen § 278a II ZPO-RE nicht ausreichend: Die Vorschrift regelt lediglich die Fragen der Protokollierung, Öffentlichkeit und Streitwertfestsetzung. Ungeregt bleibt die Ausschließung des Mediationsrichters in einem späteren Stadium des Verfahrens – mithin eine wesentliche Voraussetzung, um das Vertrauen in die Mediation zu stärken. Letztlich drängt sich der Eindruck auf, dass die gerichtsinterne Mediation als eine Form des „Outsourcing von Konfliktlösungen innerhalb des Gerichts“ konzipiert wurde – eine solche Derogation der Justiz von ihrer gesetzlichen Bindung erscheint freilich verfehlt.

VI. Schlussbemerkung

Das Fazit für die vorhergehenden Überlegungen kann knapp ausfallen: Die gerichtsinterne Mediation hat sich – in unterschiedlicher Ausgestaltung im Einzelnen – in der Ziviljustiz von 14 der 16 deutschen Bundesländern durchgesetzt – die experimentelle Phase hat eine breite Einführungsphase abgelöst. Die tatsächliche Verbreitung steht in auffällender Diskrepanz zur gesetzlichen Ausgestaltung in der ZPO. Insofern besteht (dringender) Regelungsbedarf, der zum 21.5.2011 mit der Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie erfolgen sollte.

Die gerichtsinterne Mediation ist mit Artikel 92 GG zu vereinbaren; sie ist ebenso wie die Vergleichsförderung des Gerichts Rechtsprechung i.S.d. 92 GG. De lege lata kann sie auf eine analoge Anwendung von § 278 V 1 Alt. 2 ZPO gestützt werden. Die Erweiterung der gerichtsinternen Konfliktlösungsoptionen um die Mediation ist mit den überkommenen Zwecken des Zivilprozesses zu vereinbaren.

De lege ferenda ist die Aufnahme folgender Regelungen in der ZPO zu empfehlen:

1. § 278 Abs. 2 ist um einen vierten Satz zu erweitern: „Mit dem Einverständnis der Parteien kann anstelle der Güteverhandlung ein gerichtsinternes Mediationsverfahren (§ 278a) durchgeführt werden.“

2. Die gerichtsinterne Mediation ist in einem neuen § 278a ZPO zu regeln:

„§ 278a ZPO Gerichtsinterne Mediation

(1) „Bei der gerichtlichen Mediation unterstützt das Gericht die Parteien, den Rechtsstreit einvernehmlich zu lösen. Es nimmt die Aufgaben des Prozessgerichts wahr; ist jedoch nicht befugt, den Rechtsstreit zu entscheiden.

(2) Den Verlauf der gerichtlichen Mediation legen der Richtermediator und die Parteien einvernehmlich fest; § 139 gilt entsprechend, die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und der prozessualen Waffengleichheit sind zu beachten. Das Verfahren ist nicht öffentlich.

(3) Das Gericht protokolliert einen abgeschlossenen Vergleich oder das Scheitern der Mediation. Das Nichterscheinen einer Partei beendet das Mediationsverfahren. Auf Antrag jeder Partei wird das Verfahren vor dem Prozessgericht fortgesetzt. Das Gericht kann auch nach § 278 V 2 verfahren. Bei beiderseitiger Säumnis gilt § 251 entsprechend.“

3. Weitere Folgeänderungen betreffen die §§ 41 und 525 ZPO. Die Einführung der gerichtlichen Mediation sollte im EGZPO erfolgen; dabei sollten die Landesjustizverwaltungen innerhalb einer angemessenen Übergangsfrist zur Einführung der gerichtlichen Mediation verpflichtet werden. Über die Mindestanforderungen einer qualitätsgerechten Mediatorenaus- und -fortbildung sollte sich die JuMiKo möglichst verständigen.

Prof. Dr. Burkhard HESS*

Çev: Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ**

ALMANYA'DA MAHKEME İÇİ ARABULUCULUĞUN GELİŞİMİ***

I. Giriş

Hukuki etkileşim (küreselleşme) medenî usûl hukukunda da söz konusudur. Son on yılda sadece avrupadaki gelişmeler açısından değil, bilakis amerikadaki gelişmeler için de usûl hukukunun devamlı surette bir açılım içinde olduğunu görüyoruz. Bugünün sabah konusu, Amerika Birleşik Devletleri'nden yasal transferlere ilişkin olacaktır¹. Arabuluculuk direktifinin getirdiği yükümlülükler sebebiyle konu şüphesiz bir Avrupa boyutuna da sahiptir².

* Heidelberg Üniversitesi

** Çev: Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)

*** Bu sunum, 9.4.2010 tarihindeki Viyana Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısında takdim edilen sunumun 4.8.2010 tarihli Arabuluculuk Kanununa İlişkin Daire (Alt Komisyon) Tasarısı açısından geliştirilmiş halidir.

1 Breidenbach, *Mediation* (1995), S. 114 ff.; Chase *ADR and the Culture of Litigation*, in: Cadiet/Clay/Jeuland (ed.), *Médiation et arbitrage* (2005), S. 135 ff.; rechtsvergleichender Überblick bei Hopt/Steffek, *Mediation* (2008).

2 RL 2008/52/EG vom 21.5.2008, ABl. EU 2008 L 136/3 ff.; bunun ikame edilmesi süresi 21.5.2011 tarihinde sona eriyor; yeni kaynaklar Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 10 V, Rdn. 136 ff.; Sharma, in: Haft/Schlieffen (Hrg.), *Handbuch Mediation* (2. Aufl. 2009), § 51; Sujecki, *Die Europäische Mediationsrichtlinie*, *EuZW* 2010, 7 ff. Zur Literatur vor dem 31.12.2007 vgl. Hess, *Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag* (2008), F. 141 ff.

Arabuluculuk Almanya'da başına buyruk ve doğru görmek-
teysem aynı zamanda Avrupa için de olağan dışı gelişmelerin
olmasına neden oldu³: Avrupa sahasında arabuluculuk ağırlık-
lı olarak mahkeme yargılamasının dışında, psikologlar, terapi
edenler, avukatlar veya başkaca menfaat çatışması konuların-
da danışmanlık yapanlarca uygulanmakta iken, Almanya'da
hâkim tarafından kendiliğinden uygulandı ki, hâkim bunu ya-
parken sadece arabuluculuk tekniklerinden değil (ağırlıklı ola-
rak sulh görüşmelerinin yapıldığı)⁴, bilakis Alman HMK mad-
de 253 vd'na göre çekişmeli yargıya alternatif olarak sunulan
-daha çok büyük özel taahhütlerle ve taraflara mahkemede
çekişmeli yargıdaki karara kendiliğinden bir alternatifin sunu-
labilmesi iknasına dayanan arabulucuğu mahkemede özel bir
yargılama olarak gördü.⁵

Ayrıca, mahkeme içi arabuluculuğun şu ana kadar hukuki
temelinin yetersiz olduğunu saklamak istemiyorum⁶ - aynı za-
man da tarafların iradesi de bazen hukuki gerekçelendirilmeyi
bile haklı çıkaramamaktadır.

Ama gene de öncelikle alman hâkimlik kurumu mahkeme
içi arabuluculuğa bağlı olarak övülmek zorundadır: Hakimlik
kurumu, menfaat çekişmesi içinde olan tarafların ihtiyaçları
için açıklık getirdi ve yargı için modern ve uyumsuzluğun çö-
zümünün farklılıkları olmayan bir modelini geliştirmeye çalış-
tılar ki, bu model mahkeme sulhü ve hüküm arasında bilinen
alternatif üzerinden geliştirildi.⁷ Bu işin üstlenilmesi, aslında

³ v.Bargen, *Gerichtsinterne Mediation* (2008), S. 114 ff., başka avrupa ülke-
lerindeki dağınık model projelerine işaret eder (Niederlande - inzwi-
schen eingestellt; Norwegen, Finnland, Slowenien, Litauen).

⁴ Dazu Breidenbach, *Mediation*, S. 306 ff.

⁵ Kapsamlı açıklama J. von Bargen tarafından, *Gerichtsinterne Mediation*
(2008); dazu Löer, *ZZP* 1222 (2009), 253 ff.; Vgl. auch Probst, *Gerichtliche
Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit - Entwicklung und Pers-
pektiven*, JR 2008, 364 ff.

⁶ Ek olarak III 1 ve hukuki politik sonuçlara yönelik ise IV başlıklarının
altında

⁷ Çekişme çözümüne yönelik karşılaştırınız. Breidenbach, *Regelungsbe-
darf im Bereich Mediation*, VhdIgen 67. DJT (Bd. II/1, 2008), O 9 ff.;
yargının bu nedenle taraflar için „hizmet verici“ olarak tanımlanmak zo-
runda olup olmadığı sorusu için krş. III 5.

hüküm yazmak zorunda olmamak adına sadece bir sulh yapan tembel hâkimin kabullenilmesi ile de uyuşmamaktadır.

Mahkeme içi arabuluculuk Almanya'da hiçbir şekilde tartışmalı olmaktan çıkmamıştır; bu hususta pek çok eleştiri (itiraz) yapılmaktadır: Bu gelişmeye kapalı olan ayeletler artık fazla olmamakla birlikte, iki eyalet arabuluculuğu avukat işi gördüklerinden mahkeme içi arabuluculuğa izin vermemektedir⁸. Hakimlikten mal sahipliği türüne göre adaletin gerçekleşebileceği⁹, hâkimin kendi iradesine aykırı olarak asli görevinden el çekeceği ve hakemlik derecesine alçaltılacağı¹⁰ gibi düşünceler ortaya atıldı.

Son olarak (adalet idaresi açısından bakıldığında) yargının yükten kurtarılması olarak anılan sözüm ona en ideal şekilde anlaşarak çekişmeyi ortadan kaldıran sürekli bir ihtiyaç ortaya çıkacaktır.¹¹

Hakim arabuluculuğuna karşı bir başka itiraz noktası, avukatlıktan kaynaklanır: Bu itirazda yargının kendisine karlı bir uğraş alanı yaratma endişesi bulunur:¹² avukat tarafından ücrette tabi arabuluculuk neredeyse masrafsız mahkeme içi arabuluculukla yarışamayabilir.¹³ Hukuki danışmanlık piyasası rekabetleri şiddetlendirdi. Avrupa Birliği ülkelerinde mahkeme dışı hukuki danışmanlığa izin verilmişken (ve arabuluculuk özgür bir alan iken), Almanya'da 1935'ten beri Hukuki Hizmet

⁸ Baden-württembergische Adalet Bakanı Goll etkili bir şekilde vurgulamaktadır, *Wie viel Freiheit, wie viel Zwang verträgt die Mediation?*, AnwBl. 2003, 274 ff.

⁹ Lindner/Krämer'in tartışmalı sunum başlığı, *Neue Rheinische Zeitung*, 16.5.2009, bu mahkeme içi arabuluculuğu her hukukî temel açısından reddini istemektedir. Genel bir red için de Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 278 ZPO (68. Aufl. 2010), Rdn. 2.

¹⁰ Şimdiki Ön Komisyon şimdikiye değin başvuruda bulunmadı. Hâkimin mesleği açısından eleştiriye formüle eden Schmidt-Räntsch, § 4 DRiG (6. Aufl. 2008), Rdn. 34.

¹¹ Warnend Probst, JR 2008, 364, 365.

¹² Tek taraflı bir betimlemeyi Bercher/Engel vermektedir, *Richtungsentscheidungen für die Mediation in Deutschland*, JZ 2010, 226 ff.

¹³ Rüstow, *Außergerichtliche Mediation im (regulierten) Abseits*, NJ 2008, 385 ff.; Härting, Editorial: *Für eine mediationsferne Justiz*, AnwBl. 2007, 700.

Kanunu'nun arabuluculuk açısından temel alınan avukatlık tekelidir¹⁴. Bu nedenden dolayı Almanya'da mahkeme içi arabuluculuk mahkeme dışı arabuluculuğa göre özellikle nettir ve taraflar mahkeme dışı arabuluculuğa pek yanaşmazlar.

II. Medenî Yargılama Hukukunda Model Arayışları

Mahkeme içi arabuluculuğa karşı ileri sürülen itirazlardan evvel, kısaca mahkeme içi arabuluculuğun tipik gerçekleşme şekli ve güncel hazırlık aşaması ortaya konulmalıdır -67. DJT 2008 için çalışılan bilirkişi raporuyla bağlantılı olarak. Takip eden görüşler medenî yargıda arabuluculuğu sınırlar.

1. Yargılama akışı ve yasal esaslar

Mahkeme içi arabuluculuğu tetikleyen 2002 tarihli Alman HMK reformudur. Bu reformda uzlaşarak uyumsuzluğun çözümünün kuvvetlendirilmesi reform çabalarının başını çektiği açıklanmış ve madde 278 II Alman HMK'sına göre zorunlu sulh teşebbüsünü öngörmüştür. Öncelikle bir çok mahkeme, taraflara gözdağı veren bir sürü hükmü¹⁵ sulh duruşmalarının gerçekleşmesinde -arabuluculuk tekniklerinin ikame edilmesiyle- kullandı. Mahkeme içi arabuluculuğun çok sayıdaki tasarımlar için öncü ve modeli, 2002 Eylül ayında Göttingen'deki eyalet mahkemesinde uygulanmakla hayata geçirilen Göttinger Modelidir. Orada yargılama hâkimi, davalı tarafın cevabı geldikten sonra (Alman HMK m. 277) dosyayı mahkeme içi uzlaşma açısından tarafların avukatlarıyla bağlantıya geçen bir arabulucu hakime devreder. ¹⁶ Taraflar uzlaşma başvurusunu onaylarsa, mahkeme yargılamayı durdurur (bekletmeye alır) (Alman HMK m. 251). Çekişme, Alman HMK madde 278 V 1 ve 362'ye kıyasen uygulanarak arabulucu hakime devredilir. Bu kıyas, Alman HMK m. 278 V 1'deki (dar) ifadeden çıkarılır ki, bu ifade yetki-

¹⁴ Zusammenstellung bei Hess, Gutachten Mediation 67. DJT (2008), F. 114 ff.

¹⁵ Etwa MünchKomm/Prütting, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 29 ff.; deutlich positiver Wiczorek/ Assmann, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 2 ff.

¹⁶ Katılan mahkemelerin bütün hâkimleri öncelikle deneyimli olmalı ve arabuluculuğa uygun olayları tanımak, taraflara ve avukatlara arabuluculuk teklifi konusunda bilgi vermek ve bir anlaşma önermekle görevlidir.

lendirilen hakime sadece verilen yetkiyi içerir –ilk olarak karar merciine ait olan, son olarak ise aynı mahkemeye ait olmayan-¹⁷.

Mahkeme içi arabulucuk, mahkeme binasında yükümlü kılınan arabulucu hâkimler tarafından uyuşmazlık konusu üzerinde karar vermeden gerçekleştirilir¹⁸. Yargılama için 2 saatlik süre (daha da uzun olabilir¹⁹) kural olarak tespit edilir ve taraflar ile avukatları duruşmaya (kararlaştırılan zamanda) gelirler. Taraflar uzlaşma (sulh) konusunda anlaşır iseler, arabulucu hâkim bu anlaşmayı Alman HMK m. 278 V 1 ve 362'ye göre tutanağa geçirir (karşılaştırınız Alman HMK m. 274 I Nr.1).²⁰ Aksi durumda (anlaşma gerçekleşmezse) ayrılan yargılamaya (Alman HMK m. 251) mahkemede devam edilecektir.²¹

Mahkemeye bağlantılı bu arabuculuk Göttingen'de hakimler arasında ve avukatlar arasında da önemli bir kabul gördü. Bu husustaki istatistik dikkat çekicidir: Günümüzde ilk derece yargılamalarının tamamının yaklaşık % 18'i arabulucu hâkim tarafından görülür ve bunların sulh oranı yüzde % 88.5'tir.²² Göttingen eyalet mahkemesinde uzlaşmaya dayanarak davanın sonlandırılması oranı toplamda 1/3'ten yaklaşık 1/2'ye artmıştır.

Başka mahkemeler de benzer oranları rapor etmektedir.²³ Başarı oranı konusunda bayern sulh hakimleri dikkat çekmektedir –önceleri belirli bir süreye bağlı olarak başlatılan arabu-

¹⁷ Vgl. § 153 GVG, Spindler, *Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen* (2007), Rdn. 54 f.; Löer, ZZZ 119 (2006), 199, 202 ff.; v. Barga, *Gerichtsinterne Mediation*, S. 234 ff.

¹⁸ Hüküm ve arabuluculuk alanlarının ayırımı arabuluculuğun önemli noktalarına dâhildir. Unrichtig LSG Niedersachsen, ZKM 2005, 139 f. (kein Ausschluss von Richtermediatoren nach § 42 ZPO im späteren Streitverfahren); vgl. auch LAG Hessen, ZKM 2009, 191: Selbstablehnung eines vertraglichen Mediators (und Richter) nach §§ 42, 48 ZPO.

¹⁹ Matthies, SchlHA 2007, 130, 131; Löer, ZZZ 119 (2006), 199, 204 ff.

²⁰ Sulh tutanağı için arabulucu hâkimin yetkisi tartışmalıydı; Göttingen eyalet mahkemesi sulh tutanağının tutulması konusunda arabulucu hâkimin yetkili olduğu sonucuna vardı (ve böylece başkaca duruşmaları engelledi). Erteleme kararı arabulucu hâkime açıkça sulh tutanağına dökme yetkisi verir. dazu v. Olenhusen, ZKM 2004, 104, 105; Volkmann, *Mediation*, S. 79 f.

²¹ Süre kesilmesi hakkında karşılaştırınız, BGH NJW 2009, 1149 f., abl. Tochtermann ZMK 2009, 284303, OLG Oldenburg, MDR 2008, 763 f.

²² Matthies, SchlHA 2007, 130, 131 f.; v. Olenhusen, ZKM 2004, 104 f.

²³ Matthies, SchlHA 2007, 130, 132; Diskussionbeitrag Isermann (Präsident des OLG Braunschweig), Vhdngen des 67. DJT (2008), Bd. II/2, O 164 f.

İcra hukuku model arayışları, bütün bayern eyalet mahkemelerinde devamlı (süreye bağlı olmaksızın) sunulmaktadır.²⁴ Sulh oranı yaklaşık % 70'dir.²⁵

2. Alman Eyaletlerinde Mahkeme İçi Arabuluculuğun Güncel Durumu

Şimdiki durum birleştirici bir hükmün eksikliğinden dolayı karışıktır: Mahkemelere arabuluculuğun takdim edilip edilmediği, öncelikle eyalet adalet bakanlığının sorumluluğuna ve sonra da mahkeme başkanının somut girişimine (en azından) bağlıdır. Sonuç olarak bazı eyaletlerde durum eyalet mahkemesinden eyalet mahkemesine değişiklik göstermektedir; başka eyaletler (Berlin, Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein) mahkeme içi arabuluculuğu bütün eyaletler kapsamında uygulamaktadır. 2008 yılı için tespit edilebilir ki, 8 alman eyaletindeki 30 eyalet ve yüksek eyalet mahkemesinde yaklaşık 140 hakim (bütün eyalet mahkemelerinin yaklaşık % 25'i) mahkeme içi arabuluculuğa katılmıştır; ve eğilim gittikçe de artmaktadır. Yeni istatistiklerden dolayı 2010 yılı başı için takip eden şu tabloyla karşılaşılmaktadır:

Baden-Württemberg: Mahkeme içi arabuluculuk sadece Freiburg, Karlsruhe ve Stuttgart'ın medenî yargılamanın söz konusu olamayacağı idare mahkemeleri tarafından önerilmektedir ki, istenilen esasen mahkemeye yakın bir arabuluculuktur; özellikle FamFG madde 135 ve 165'e göre. Bunun dışında arabuluculuk bir „avukatlık işi“dir.²⁶ Kendi tetikleyici ilk öncü rolünü onaya bağlı uzlaşmalarda Baden-Württemberg eyaleti kaybetmiştir.

²⁴ Lesenswert Reiter, Aktuelle Praxis des Güterichterverfahrens am LG Augsburg; unter: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/landgerichte/augsburg/aktuelle_hinweise_zum_g_terrichterverfahren_gerichtsinterne_mediation.pdf (besucht am 30.3.2010).

²⁵ Bunun dışında, her mahkeme arabulucusu, kesin bir uyuşmazlık çözümüne neden olmaz, vgl. BGH, 27.1.2010, XII ZR 148/07: Kira sözleşmesi hakkında mahkeme içi arabulucukta akdedilen (eksik) bir sulhün yorumlanması

²⁶ Ek bilgi bröşürü: Schlichten statt Richten (hâkim yerine uyuşmacılar), <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1155584/index>. adresinde bulunmaktadır

Bayern: Prof. Dr. R. Greger tarafından Uzlaşmacı Hâkim Modelinin olumlu değerlendirilmesi üzerine model 2007'den beri devamlı olarak sekiz eyalet mahkemesinde uygulandı ve orta vadede bayerndeki bütün eyalet mahkemelerinde öngörüldü.²⁷

Berlin: Berlin eyalet mahkemesi ile asliye ve sulh hukuk mahkemeleri, 2006'dan beri tek tüze bir konseptin oluşturulması için mahkeme içi arabulucuğu taraflara öngörmektedir.²⁸

Brandenburg: 2009'dan beri adalet bakanlığı ile Branderburg eyaleti arasında mahkeme içi arabuluculuğun uygulanmasına yönelik bir pilot proje vardır. Günümüzde şu mahkemeler bu projeye katılmaktadır: Brandenburg eyaleti yüksek mahkemesi, Neuruppin, Potsdam und Frankfurt (Oder) yüksek mahkemeleri ile Cottbus und Potsdam sulh hukuk mahkemeleri.²⁹

Bremen: Bir adalet senatoru tarafından forma dökülerek çıkarılan ve tanıtılan 11.12.2009 tarihli Özgür Hanseşehri Alanında Arabuluculuk Hakkında Yönetmelik'ten dolayı 01.01.2010'dan beri mahkeme içi arabuluculuk önerilmektedir.³⁰ Bu yönerge, Bremen'deki bütün mahkemeleri kapsamaktadır; mahkeme arabuluculuğunun somut hukuki gerekçesi, taraflar ile arabulucu arasında yapılan üç taraflı arabuluculuk anlaşmasıdır (madde 2 Nr.3)³¹

Hamburg: 2008 Temmuz'undan beri bütün medenî, iş, idari ve sosyal güvenlik mahkemelerinde Göttingen modelini önemli ölçüde esas alan bir mahkeme içi arabuluculuk öngörülmektedir. Arabuluculuk yönergesinin esası Bremen yönergesiyle öz-

²⁷ Adalet ve tüketicinin korunması bakanlığının kısa bilgisi için bkz. <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/aktuelles/projekte/gueterichter/> (30.3.2010 tarihinde ziyaret edildi).

²⁸ <http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/kg/mediation/> (besucht am 31.3.2010).

²⁹ <http://www.mdj.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.174643.de?highlight=mediation> (besucht am 31.3.2010).

³⁰ http://www.justiz.bremen.de/sixcms/media.php/13/091211_AVMediationsordnung.pdf (31.3.2010 tarihinde ziyaret edildi).

³¹ Arabuluculuğa yönelik Bremen Eyaletinin bilgi belgesi arabulucu olarak avukatın sunulmaktadır, krş. <http://www.landgericht.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen136.c.1656.de>

deştir. ³² Arabuluculuğun somut gerekçesi, taraflar ile arabulucu hâkim arasında önceden formüle edilmiş bir arabuluculuk sözleşmesidir.

Hessen: Şimdiye kadar normal yargılama usûllerinde arabuluculuk öngörülmemiştir. Bakanlığın gerekçesi şöyledir: hukuki koruma sunan gücün tarafsızlığından dolayı hâkimlere kanun kapsamında somut olaya en uygun yargılamayı seçme ve kararını verebilme sorumluluğu bırakılmıştır³³. Genişleyen arabuluculuk teklifi diğer taraftan idari ve de sosyal hak edinmede oluşmaktadır³⁴.

Mecklenburg-Vorpommern: Mahkeme içi arabuluculuk (Göttingen modeline dayanarak) Rostock yüksek eyalet mahkemesi ile eyalet mahkemesinde ve de Stralsund eyalet mahkemesinde öngörülmektedir- bunun yanında çok sayıda proje de başka yargılama usûlleri de bulunmaktadır³⁵.

Niedersachsen: Bu eyalette mahkeme içi arabuluculuk tasarlanmasına ve sınanmasına rağmen oluşmuş genel bir eyalet konsepti bulunmamaktadır. Ayrıca Göttingen Modeli bu arada bütün eyalet alanında ve pek çok eyalet (asliye) ve sulh mahkemesinde uygulandı. Güncel istatistikler ispat etmektedir ki, yıllık yaklaşık 2.400 mahkeme içi arabuluculuk yaklaşık yüzde % 80 başarı oranıyla uygulanmıştır. ³⁶ Şu an Niedersachsen'da şu mahkemelerde arabuluculuk öngörülmektedir: Braunschweig, Celle, Oldenburg yüksek eyalet mahkemeleri; Aurich, Braunschweig, Göttingen, Hannover, Hildesheim, Lüneburg, Oldenburg, Osnabrück, Stade, Verden; Amtsgerichte Braunschweig, Cuxhaven, Delmenhorst,

³² <http://justiz.hamburg.de/contentblob/1354902/data/mediationsordnung.pdf> (31.3.2010 tarihinde ziyaret edildi).

³³ Bu gerekçelendirme yanlıştır: Hâkim, hukuka ve kanuna bağlıdır. Nerede kanun belirli bir yargılamayı belirtmişse, hâkim bağımsızlığı takdir hakkına neden olmaz.

³⁴ Brändle/Schreiber, Mediation in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit als richterliche Tätigkeit, Betrifft Justiz Nr. 95/2008, 351 ff.

³⁵ http://www.regierung-mv.de/cms2/Regierungsportal_prod/Regierungsportal/de/jm/Themen/Schlichtung_und_Mediation/index.jsp

³⁶ http://www.mj.niedersachsen.de/live/live.php?navigation_id=3787&article

Duderstadt, Einbeck, Goslar, Göttingen, Hann. Münden, Helmstedt, Herzberg am Harz, Hildesheim, Nienburg, Norderheim, Oldenburg, Osnabrück, Osterholz-Scharmbeck, Osterode am Harz, Rotenburg, Stolzenau, Syke, Wolfenbüttel, Wolfsburg eyalet (asliye) mahkemeleri.

Nordrhein-Westfalen: Detmold ve Paderborn eyaletlerinde (sulh ve asliye hukuk derecesinde), arabulucu hakimlik' projesinin başarıyla uygulanmasından sonra adalet bakanlığının desteğiyle 2008'de Nordrhein-Westfalen eyaletinin diğer mahkemelerinde de mahkeme içi arabuluculuk uygulanmaya başlandı. Mahkeme içi arabuluculuğu Aachen, Bielefeld, Essen, Krefeld eyalet (asliye) mahkemeleri öngörmektedir. Aynı zamanda adalet akademisine hakim arabuluculuğu için bir ağ da kuruldu. Köln eyalet mahkemesinde avukatlık kulübünün (derneğinin) desteğiyle mahkemeye yakın bir arabuluculuk öngörüsü kabul edildi.

Rheinland-Pfalz: 2008'den beri eyalet kapsamında bütün mahkeme kollarında arabuluculuk uygulanmaktadır; şimdi mahkeme içi arabuluculuk toplam 74 mahkemede öngörülmektedir³⁷.

Saarland: 1.1.2010 tarihinden beri Saarbrücken eyalet mahkemelerinde mahkeme içi arabuluculuk öngörülmektedir.³⁸

Sachsen: Mahkeme içi arabuluculuğu Dresden Yüksek eyalet mahkemesi³⁹, Dresden, Zwickau eyalet mahkemeleri ile pek çok sulh hukuk mahkemesi öngörmektedir.⁴⁰

³⁷ Vgl. Steffens, Richterliche Mediation in Nordrhein-Westfalen, http://www.justiz.nrw.de/Online_verfahren_projekte/projekte/modell_owl/Sammlung/Netzwerk_Forum_Mediation_NRW_Dokumentation_28_10_2008.pdf (besucht am 31.3.2010).

³⁸ <http://www.justiz.rlp.de/Ministerium/Projekte/binarywriterserv-let?imgUId=05c04528-a34d-1133-e2dc-6169740b3ca1&uBasVariant=11111111-1111-1111-1111-111111111111> (besucht am 31.3.2010).

³⁹ <http://www.lg-sb.saarland.de/medien/inhalt/Mediation.pdf> (besucht am 31.3.2010).

⁴⁰ Ayri bir arabulucu komisyonu düzenlendi, ilaveten BGH NJW 2009, 1149 (abl. Tochtermann, LMK 2009, 284303).

Sachsen-Anhalt: Pilot uygulama şimdi 14 mahkemede yapılmaktadır (Naumburg yüksek eyalet mahkemesi, Dessau, Halle, Magdeburg eyalet mahkemeleri ve pek çok sulh hukuk mahkemesi). Proje Haziran 2010 tarihinde sona ermektedir. (bu tarihte devam edilip edilmeyeceğine karar verilecektir)⁴¹.

Schleswig-Holstein: 2007'den beri şu mahkemeler mahkeme içi arabuluculuk öngörmektedir; Schleswig yüksek eyalet mahkemesi; Flensburg, Itzehoe, Kiel, Lübeck eyalet mahkemeleri; Kiel, Neumünster, Norderstedt, Pinneberg sulh hukuk mahkemeleri⁴².

Thüringen: 2008'den beri şu an için 11 mahkemede Prof. Dr. Greger ile Unberath'ın gözettiği arabulucu hâkim modelinin yerleştirilmektedir⁴³.

Sonuç olarak şu tespit edilebilir ki, medenî yargılamada Baden-Württemberg ve Hessen⁴⁴ eyaletleri istisna olmak üzere mahkeme içi arabulucu eyaletlerin tamamında öngörülmektedir. Deneme aşaması ağırlıklı olarak sona ermiş olup, artan bir şekilde eyaletlerde tek tip şeklinde konseptler oluşturulmuştur. Hakim arabucular düzenli olarak bir ağda buluşarak meslekdaşlarının gelişimini sağlamaktadır.

Bu arada yargılamanın (özellikle arabuluculuk anlaşmasının) standartlaşmasına yönelik açık bir eğilim görülmektedir⁴⁵. Ayrıca mahkeme içi arabuluculuğun gittikçe genişleyen uygulaması Alman HMK'daki eksik kurallara yönelik dikkat çekici bir farklılık ortaya koymaktadır.

⁴¹ Adalet Bakanlığının web sayfasında merkez bilgi ihtarı eksikliğinin Sachsen Eyaletindeki hukuki etkisi ilk bakışta anlaşılmamaktadır.

⁴² <http://www.sachsen-anhalt.de/LPSA/index.php?id=mediation>

⁴³ <http://www.schleswig-holstein.de/OLG/DE/Oberlandesgericht/Mediation/MediationOLG/faltblattMediation,templateId=raw,property=publicationFile.pdf>

⁴⁴ <http://www.thueringen.de/imperia/md/content/text/justiz/gueterichter/grundinformationen.pdf>

⁴⁵ Her iki eyalette idari yargıda ve Hessen'de ayrıca sosyal yargıda mahkeme içi arabuluculuk bulunmaktadır.

III. Temel İtirazlar

Mahkeme içi arabuculuk öğretide geç farkedildi⁴⁶; pilot karakterinden dolayı ilk projenin yürürlükteki usûl hukuyla uyumu nerdeyse hiç sorgulanmadı- bu durum şüphesiz son yıllarda değişti.⁴⁷ Mahkeme içi arabuluculuğa karşı bu arada beş tane önemli itiraz yapıldı ki, takip eden konuda bunlardan gidilecektir.

1. Alman HMK madde 278'e aykırılık

Mahkeme içi arabuluculuğa karşı ilk itiraz noktası doğrudan Alman MHK madde 278'in ifadesine dayandırılır: Bu hüküm mahkeme içi arabuluculuğa temeli olarak basit bir elverişsizlik taşır, çünkü Alman HMK madde 278 fıkra II'ye göre sulh duruşması arabuluculuk değildir -orada aleniyeti garanti altına alınmak zorunda olunan (§ 169 GVG), tutanak düzenlemeye yönelik bir yükümlülük vardır (Alman HMK madde 160 III Nr. 10)⁴⁸ ki, sulh duruşması mahkemenin çekişmeli yargılamaya ilişkin hükmün ilk basamağıdır ve bu nedenle mahkemenin hukuki hükmüne yönelik faaliyete dahildir.⁴⁹

Keza Alman HMK madde 278 V de mahkeme içi arabuluculuk için esas olarak değerlendirilemeyecektir: Madde 278 V 1'in şartları da açıkça ortaya konulmamaktadır; Madde 278 V 2 mahkeme içi arabuluculukla bilinçli olarak ilgili olup, devletin adalet hizmetinin dışında devlet hâkimiyetinin olmadığı ve bu nedenle hukuki değerlendirmenin yapılmadığı bir başka şeyi ifade eder. Bu nedenlerden dolayı madde 278 V 3 yargılamanın durdurulabileceğini öngörür.⁵⁰ Bunun gibi madde

⁴⁶ Bremen ve Hamburg Eyalet Mahkemelerinde arabuluculuk düzenlemesi açıktır; Rheinland-Pfalz eyalet kapsamında daha detaylı bilgiler bulunmaktadır.

⁴⁷ Greger, DRiZ 2008, 48 f.

⁴⁸ Öğretideki duruma ilişkin krş. Hess, Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag (2008), F. 19 ff. Gegenposition vor allem bei Prütting, JZ 2008, 847, 849 ff.

⁴⁹ Ayrıca madde 160 III Nr. 10 Alman Usûl Kanunu'na göre sulh duruşmasının neticesi sadece tutanağa geçirilmelidir.

⁵⁰ Prütting, Mediation und weitere Verfahren der konsensualen Streitbeile-

278 II ve V'in arabuluculuğa kıyasen uygulanması da mümkün olmayacaktır: Arabuluculuk madde 278 V 2 ve 3 kalıbı içinde sadece görülebilecektir; mahkemenin dışında arabulma yeri söz konusu olacaktır.⁵¹

Bu yorum takip edilecekse, o zaman bu arada 14 eyaletin Madde 278'e dayanarak uyguladığı mahkeme içi arabuluculuk hukuki temelinin eksikliğinden dolayı hukuka aykırı ve ilk fırsatta durdurulmak zorundadır.

Bu dar yorum çok az takipçi buldu⁵². Bu yorum kanunun ifadesinden gerçi kendileri içindir; madde 278 Alman HMK'nun anlam ve amacı halbuki mahkeme içi arabuluculuğa onay vermektedir: öncelikle sulh duruşması (görüşmesi) ile hakimin arabuluculuğu arasında iddia edilen farklılık açısından şu tespit yapılmalıdır ki, Alman HMK madde 278 II sulh görüşmesini sözlü yargılamadan ayırır⁵³. Bu arabulucu hâkime konunun devrini kolaylaştırır. Ayrıca sulh görüşmelerinin uygulanması için içsel talimatlar azdır⁵⁴, bu arabuluculuk tekniklerinin kullanılmasını kolaylaştırır⁵⁵. Son olarak Alman HMK madde 278 V'den çıkarılan kıyas yasağı kanun koyucunun yeni düzenlemenin temelinde bulunan amacını çok az dikkate almaktadır⁵⁶. Alman HMK madde 278'in net ifadeleri barındırmaması, öncelikle zamanın akışıyla ilgilidir: Medenî yargıda söz konusu olan model arayışları ilkin 2002 yılında başladı ki, bu kanun koyucu için daha tasavvur edilemezdi.⁵⁷

gung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und im Berufrecht, JZ 2008, 847, 849; ebenso Spindler, Mediation – Alternative zur justizförmigen Streitbeilegung und rechtspolitischer Handlungsbedarf, DVBl. 2008, 1016, 1020 ff.

⁵¹ Prütting, JZ 2008, 847, 849 f.

⁵² Prütting, JZ 2008, 847, 850.

⁵³ Mahkeme içi arabuluculuğun caiziyeti için özellikle Stein/Jonas/Leipold, § 278 ZPO (22. Aufl. 2008), Rdn. 69; Wieczorek/Assmann, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 75 f.; auch Zöllner/Greger, § 278 ZPO, Rdn. 26 und 33 f.; Wagner/Thole, FS Kropholler (2008), S. 915, 924.

⁵⁴ A.A. Prütting, JZ 2008, 847, 848 – „enge Verzahnung“ von Güteverhandlung und mündlicher Verhandlung.

⁵⁵ Dazu Windel, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1095 ff.

⁵⁶ Auch der BGH, NJW 2009, 1149 f., Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi mahkeme içi arabuluculuğu, „§ 278 II ZPO'ye göre özellikle düzenlenmiş sulh duruşması“ olarak nitelendirir.

⁵⁷ Zira § 278 ZPO yeni ifadesi, uzlaşmaya dayanan çekişme çözümünü kuv-

Zira mahkeme içi arabuluculuk Alman HMK madde 278 V 1 2, 362'nin ifadesiyle uyumlu olmadığından halbuki sadece bir kıyas gündeme gelebilir⁵⁸. Bilahare uzlaşılma amacıyla bir hukuki uyumsuzluk aynı mahkemede naip (araştırmacı) hakim olarak bir başka hâkime de nakledilebilir.⁵⁹ Kanun koyucunun tarafların rızasıyla anlaşmanın gerçekleştirilmesini teşvik etme amacı, Alman HMK madde 278 V 1 2'nin kıyasen uygulanmasını da hesaba katar.⁶⁰

Önerilen hukuk açısından mahkeme içi arabuluculuğun kabulü şüphesiz Alman HMK madde 278 II'deki ifadeden çıkarılabilir.⁶¹ Her ne kadar bu öneriye karşı herşeyden evvel anayasal gerekçeler ileri sürülmüşse de, hakim arabuluculuğu bir hukuki hüküm değildir ve bu nedenle medenî usûl kanununa alınamamalıdır. Bu husus, mahkeme içi arabuluculuğa karşı ikinci itiraz noktasına temel oluşturur:

2. Anayasa madde 92'ye göre hukuki hüküm ile olan uyumsuzluk

İdari bir faaliyet veya hukuki hüküm olarak mahkeme içi arabuluculuk düzenlemesi özellikle tartışmalıdır. Devletin görevi olarak hukuki kararı nitelendiren Anayasa madde 92'nin tanımlama yapmayan, sadece „yargı erki... mahkemelere verilmiştir“ dediği için açık olmayan yapısı bu durumun esas

vetlendiren açık bir hedef belirlemeyi gerekli kılmaktadır. Rimmelspacher, Zivilprozessreform (2002), S. IX; v.Bargen, Gerichtsinterne Mediation, S. 241 ff. m.w.N.

⁵⁸ Böylece gerçek bir kanun boşluğu yakalanabileceğinden bahsedilir, v.Bargen, Gerichtsinterne Mediation, S. 243 - 246.

⁵⁹ v.Bargen, Gerichtsinterne Mediation, S. 238 f., -Delil toplanmasının tersine- genel anlamda içsel bir yargılama hükmüyle kanun koyucunun açıkça somutlaştırmadığı (hariçi) bir hâkime havalenin yapıldığı bu düzenlemedeki çekinceye haklı olarak işaret eder.

⁶⁰ Keza Wiczorek/Assmann, § 278 ZPO (3. Aufl. 2008), Rdn. 75 f.; Greger, NJW 2007, 3258, §§ 156 ff. GVG'i buna karşılık ilgili görmez - zira § 278 V 1 Alt. 2 ZPO doğrudan uygulanabilir olmalıdır. Stein/Jonas/Leipold, § 278 ZPO (22. Aufl. 2008), rdn. 69 § 278 V 2 ZPO uygulanmasını desteklemektedir (meğer ki mahkeme dışı arabuluculuğa ilişkin atıf mümkün olsun, o zaman bu, söz konusu olduğu kadar mahkeme içi arabuluculuk için de geçerli olmak zorundadır). BGH, NJW 2009, 1149 f., mahkeme içi arabuluculuğun caiz olmasından hukuki temelini açıkça vurgulamadan bahsetmektedir.

⁶¹ v.Bargen, Gerichtsinterne Mediation, S. 249 (für ein argumentum a fortiori).

nedenidir. Maddenin sistematığı ve lafzı göstermektedir ki, Anayasa madde 92 esasen yargı erki sınıflandırmasını başka devlet erklerine yönelik düzenlemiştir.⁶² Bu bakış açısından dolayı Alman Anayasa Mahkemesi öncelikle işlevsel bir yargı (adalet) kavramı geliştirdi.⁶³ Bu, yargı hükmünü, objektif hukukun ölçüsünde uyuşmazlık olayının son bağlayıcı açıklaması şeklinde tanımlar. Bu ölçü ortaya konursa, mahkeme içi arabuluculuğun hukuki hükme yönelik düzenlemesi kapalı olur.⁶⁴ Sonuç olarak bu tür bir tasnif adalet hizmeti, adli yönetim veya hukuki önem olarak dikkate alınmalıdır⁶⁵ - meğer ki bu, hukuka aykırı olarak kesinlikle görülüyor olsun.⁶⁶

Halbuki bu düzenleme zorunlu değildir. Çünkü Alman Anayasa Mahkemesi, işlevsel yargı kavramının yanında ayrıca maddi yargı kavramını da geliştirdi.⁶⁷ Bu, hakim faaliyetlerini, bu faaliyetler hukuki hüküm olarak nitelendirildiği kadar olumlu olarak farklı bir şekilde anlatma işlevi gördü. Maddi yargı anayasal düzenlemelere, geleneksel örneklerle ve de kanun koyucu tarafından hâkim görevinin ifasına yönelik kabul edilen niteliğe göre belirlenir.⁶⁸ Böylece Anayasa madde 92,

⁶² Ek olarak Nr. 22 des 67 kararı. DJT (2008) zur Mediation, Vhdngen 67. DJT II/2, Beschlüsse Nr. 22, 22a und 22b (büyük çoğunlukla halbuki kabul edilmektedir).

⁶³ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 92 GG (2000), Rdn. 16; v. Münch/Meyer, Art. 92 GG (4./5. Aufl. 2003), Rdn. 1; Sachs/Detterbeck, Art. 92 GG (4. Aufl. 2007), Rdn. 21a.

⁶⁴ BVerfGE 103, 111 = NJW 2001, 1048, 1052 (hessisches Wahlprüfungsgericht); BVerfG, NJW 2004, 2725, 2726; BVerfG, NJW 2006, 2613 (§ 56 InsO'e göre iflâs idaresinin seçimi); zuletzt BVerfG, .

⁶⁵ Böylece kesinleştirir Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243 f. - tabii ki sonuç olarak önemli adli temel haklar mahkeme içi arabuluculuğa uygulanmak istenir.

⁶⁶ Koch, NJ 2005, 97, 99; Prütting, FS Busse (2005), S. 263, 269 f.; Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243, 3244. Ebenso Spindler, DVBl. 2008, 1016, 1020 ff. (in Auseinandersetzung mit dem Gutachten Hess für den 67. DJT) - Spindler halbuki Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının önemlilerinde işlevsel içtihatlarla ilgilendirirken, Gutachten Hess maddi içtihat kavramını oluşturur.

⁶⁷ Prütting vurgulamaktadır, JZ 2008, 847, 850.

⁶⁸ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 92 GG, Rdn. 19; Umbach/Clemens/Wolf, Art. 92 GG, Rdn. 30; Sachs/Detterbeck, Art. 92 GG (4. Aufl. 2007), Rdn. 21; Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), S. 74 ff.

hem uzlaşılan yargılama modeli dolayısıyla⁶⁹ hem de ara dönemdeki değişiklikler dolayısıyla yargıya yönelik hakim görevinin genişleyen bir düzenlemesine olanak verir. Bu bakış açısından dolayı mahkeme içi arabuluculuk tamamıyla bir yargı hükmü olarak düzenlenebilir: Bunlardan ilki olarak BGH (Alman Yüksek Mahkemesi), hukuki uyuşmazlığın sulh yoluyla teminine yönelik mahkemenin etkisini yargının icrası olarak nitelendirdi.⁷⁰ - burada şüphesiz söz konusu olan adli yönetim değildir.⁷¹

Tarafların sulh yoluyla anlaşmalarına sebep olmak 1877'den beri mahkemenin sadece ona özgü görevlerine dahil değildir.⁷² Bu kapsamda resmi veriler, hukuktan dolayı uyuşmazlığa ilişkin kararların bazı dogmatik artışları, yargının özü olarak devamlı surette azaldığını gösterdi: Şu anda Alman mahkemelerindeki bütün yargılamalardan sadece % 25'i yargılama faaliyeti sonucunda verilen bir hükümlerle bitmektedir (davanın kısmen sona ermeleri istatistiksel olarak bu kapsamda hesap edilmemiştir); ilk derece mahkemeleri için sulh oranı sulh mahkemesinde (% 14,4), eyalet (asliye) mahkemesinde buna karşılık %23'tür. Buna ilaveten istinafta sulh oranları şöyledir: eyalet mahkemesinde % 12,2, yüksek eyalet mahkemesinde %15,3: toplamda çekişmeli yargıda rızaya bağlı olarak sulh ile yargılamanın sona ermesi kesinlikle bir istisna değildir, bilakis sayısal açıdan fazla olan sıkça bir alternatiftir. Hukuk devletinin bu buluşu daha şimdiden hukuk dolayısıyla çekişmeli mahkeme hükmünün azaltarak kapsam dışında bırakmaktadır.

⁶⁹ BVerfG NJW 2001, 1048, 1052.

⁷⁰ Ön anayasal hukuksal model yönelik haklı eleştirilerde bulunan Voßkuhle, Rechtsschutz (1993), S. 83 f.; Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 92 GG, Rdn. 19.

⁷¹ BGH, 9.3.1967, BGHZ 47, 275, 287: „Hukuki çekişmelerin uzlaşmayla çözümü mahkeme uygulamasında önemli bir rol oynar. Bu, hüküm vermenin yanında hâkimin anlamlı görevlerindedir ve bundan dolayı hukuk hükmü gibi hâkimsel faaliyetin temelinde düzenlenmelidir.“ A.Ä. Smid, Rechtsprechung (1990), S. 335 ff. (insb. 341); buna karşı Voßkuhle, Rechtsschutz (1993), S. 90 ff.

⁷² Ilgilendirilir, v.Bargen, DVBl. 2004, 468 (bei Fn. 35 ff.); Greger, NJW 2007, 3259; Zöllner/Vollkommer, Einl. ZPO, Rdn. 39.

Yeni anayasa hukuku araştırmaları buna karşılık yargı hükmünün niteliğini „tarafsız yargılama“ olarak ortaya koymaktadır.⁷³ Bu eğilime göre kanuna bağlı, tarafsız üçüncü kişi olarak hâkimin çekişmelerin üstesinden gelmesinin her şekli yargı hükmü olarak görülmelidir ki, bu kapsama sulh tutanağı ile arabuluculuk da girmektedir.⁷⁴ Alman Anayasa Mahkemesi⁷⁵ ve EuGH⁷⁶ de çekişmelerin uzlaşmaya yoluyla çözümünü bir hukuk devletinde de hâkim tarafından verilen yargısal faaliyet ürünü hükme nazaran tamamıyla üstün olduğunu vurgulamaktadır – şüphesiz uzlaşma çözümünün ortadan kaldırılması olayında mahkeme tarafından sağlanacak koruma yolu açık olmak zorundadır. Böylece hâkimin yargısal faaliyet ürünü hükmünden uzaklaşılmasının anayasal caiziyeti temel olarak açıklanacaktır. Modern hak arama taleplerinin karşılanması mahkeme yapısını „multi door courthouse“ olarak da kapsamaktadır.⁷⁷ Fransız kanun koyucu hâkimin uzlaştırıcı rolünü yanlış anlamayacak kadar kesin tespit etmiştir. Fransız Medenî Kanun madde 21şöyledir: „Il entre dans la mission du juge de concilier les parties“.⁷⁸

⁷³ Vgl. § 268 CPO (1877): „Mahkeme hukuki uyumsuzluğun her aşamasında aynı veya ayrı çekişme noktalarında uzlaşma yoluyla çözümü deneyebilir veya tarafları uzlaşmaya teşvik amacıyla görevli olan hâkime havale edebilir Uzlaşmayı deneme amacıyla tarafların davetini düzenleyebilir.“ İlaveten Breidenbach, Mediation, S. 9 ff.; Röhl, Evaluation, S. 50 ff.; Windel, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1095 ff.

⁷⁴ Böylelikle yargılamayı sona erdiren daha az şekil (hüküm, sulh) söz konusuysen, tarafsız üçüncü kişinin rolü daha çok çeşidi içerir, Voßkuhle, Rechtsschutz, S. 94, 115 ff. İçtihat işlevi yerine uyumsuzluk çözümü derecesini Alman Anayasa Mahkemesi de kullanmaktadır. BVerfG NJW 2004, 2725, 2726, Rdn. 24. Zur Gesetzesbindung vgl. v. Mangoldt/Clas sen, Art. 92 GG (5. Aufl. 2005), Rdn. 33.

⁷⁵ İlgili olarak bakınız Pitschas, Impulsreferat auf der Bundeskonferenz Mediation in der Justiz (2007), S. 35, 37; Voßkuhle, Rechtsschutz, S. 94 ff.

⁷⁶ BVerfG, 14.2.2007, ZKM 2007, 128 ff. (zust. Greger).

⁷⁷ Aynı şekilde daha fazlası EuGH, 18.3.2010, C-317/08, Rosalba Alassini u.a., (noch nicht in Slg.), Rdn. 47 ff. (Telekomünikasyon alanındaki mahkeme dışı uyumsuzluk çözümüne yönelik).

⁷⁸ A.A. Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243, 3244 arabuluculuğun içtihat hükmü olmamasına ilişkin yorumla, çünkü anayasa hâkimi bu görevle görevlendirmemiştir. Bu ancak başa dönülmüş izlemi vermektedir; daha fazlası, yani Art. 92 GG'nin açık içtihat kavramının hâkim arabuluculuğunu içerip içermediği sorulmalıdır.

Yargı hükmüne yönelik hâkim arabuluculuğu düzenlemesine karşı Spindler⁷⁹ ve Prütting⁸⁰ şu uslüpla itirazda bulunur, hâkimin sulh teşviki sadece mahkeme önündeki yargılama kapsamında zorunluluk oluşturur ve de sanki hükme yönelik bir ön basamak olarak görülecek olursa „yargı hükmü“ olarak değerlendirilebilir.⁸¹ Diğer taaftan arabuluculuk madde 278 V Alman Usûl Kanunu'na göre sadece yargılama dışında gerçekleşebilir ki, şartları madde 251 Alman Usûl Kanunu'nda belirtilmiştir.⁸² Bu görüşe göre mahkeme içi arabuluculuk mahkeme binası içinde „özel hukuka ait uyuşmazlık çözümü“ olarak görülmektedir - bundan dolayı arabulucu hâkim özel kişi olarak davranmalıdır; katılımcıların benzer hukuki ilişkileri özel hukuk kapsamında kabul edilmelidir. Şimdiki düzenleme halbuki mahkeme içi arabuluculuğun anlayışına ve emsal modeline aykırıdır: taraflar yargının önce ele aldığı ve bitiş (amaçlanan) anlaşmasının mümkün olduğu bir uzlaşmalı çözüm arayışına girişmektedir.⁸³

İleri sürülen itirazların aksine, uyuşmazlık konusundaki çekişmenin anlaşarak (sullhle) çözülmesi konusunda taraflara destek olmak olan hakimin görevi, bugün hakimin asıl görevi olarak terk edilemez. Alman Usûl Kanunu madde 278 (2001) daha ziyade medenî yargıdaki adaletin kapsamlı bir uyuşmaz-

⁷⁹ § 278 ZPO fransız düzenlemesinin arkasında değildir, bu sonuçla bağlantı kuran Stürner, in: Breidenbach et al. (Hrg.), Konsensuale Streitbeilegung (2001), S. 5,10.

⁸⁰ Spindler, Gerichtsnähe Mediation, Rdn. 18; ders., DVBl. 2008, 1016, 1020 ff. (§ 278 ZPO'e göre sulh duruşması da, Art. 92 GG kapsamında içtihat hükmü değildir); Volkman, Mediation im Zivilprozess, S. 25.

⁸¹ Prütting, JZ 2008, 847, 849 f.

⁸² Bu yargılama gerçekliğini vermektedir: § 278 I ZPO' e göre mahkeme yargılamanın her aşamasında sulhe teşvik etmelidir. Bu yanlıştır, Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243, 3244: Hukuki çekişmenin uzlaşmayla çözümü hâkim faaliyetinin 'eklentisi' olmalı. Bunun gibi BGHZ 47, 275, 287; mahkeme içi arabuluculuğa özel, OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.

⁸³ Spindler, DVBl. 2008, 1016, 1020; Volkman, Mediation im Zivilprozess, S. 26. Mahkeme içi arabuluculuk devam ederken (§ 278 V 1 ZPO'e göre kıyasen) yargılamanın durdurulması zorunlu değildir. § 278 V 3 ZPO, § 278 V 2 ZPO'e göre sadece mahkeme dışında gerçekleşmek zorunda olan mahkemeye yakın arabuluculuğu ifade etmektedir, Yasal bir açıklılık, 12.2.2009 tarihli BGH hükmü kapsamında görülmektedir, NJW 2009, 1149 f., IV 1 başlığı altında.

lığı çözmeye yönelik önemli bir aşama olarak görülmektedir.⁸⁴ Bu gelişmeler karşısında mahkeme içi arabuluculuk yoluyla çekişmenin uzlaşarak giderilmesi Anayasa madde 92 anlamında hukuki hüküm olarak nitelendirilmek zorundadır.⁸⁵

Bu düzenlemeden önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır: İlkin hakim arabuluculuğu Anayasa madde 97 ve 20 f.3 bağlantılı bulunmaktadır –arabulucu hâkim, hakim olarak kalır ve hukuka ve kanuna bağlıdır.⁸⁶ Bu hakim arabuluculuğunun hızlı bir hukuk sistemi olduğu anlamına kesinlikle gelmemelidir, çünkü arabulucu hâkim tarafsız bir üçüncü kişi gibi (madde 41 vd. Alman Usûl Kanunu) taraflara yardımcı olur ve tasarrufa yönelik davranışlarını şekillendirir.

Bunun dışında arabulucu hâkim kanuna bağlılıktan dolayı, kanun çerçevesinde özel hukuk taraf anlaşmalarını kontrol etme konusunda yükümlüdür; bu kişi değerlendirilen arabuluculuk kapsamında hukuka aykırı alternatifler gösteremez – arabulucu hâkim hukuka aykırı tekliflere ise müdahale etmek zorundadır.⁸⁷ Usûli anlamda silahların eşitliğinin sağlanması için arabulucu hâkim taraflar arasındaki eşitsizliğe karşı direnir de. Hâkimin bu bağlılığı şüphesiz arabuluculukta boyundurluk altına girme olarak neydeyse nitelendirilemez bile. Tamamen tersidir söz konusu olan: Çünkü mahkeme içi arabuluculuğa giden taraflar devletin adli sistemine güvenirlir.⁸⁸

⁸⁴ M.a.W.: Taraflar arabulucu hâkimi seçemezler, zira o sadece arabulucu değil, bilakis uyuşmazlıkların sonlandırılması yargılamasının icrasını organize eden ve sorumluluğunu üstlenen özel nitelikli bir organdır. Bu hususta Alman Anayasa Kanunu'nun işlevsel içtihat kavramı kapsamında içtihat organı olarak davranır: Sadece hâkim icra başlığını taşıyan bir yargılama sulhünü gerçekleştirebilir, § 794 I Nr. 1 ZPO.

⁸⁵ Vgl. auch Pitschas, Impulsreferat Bundeskongress gerichtliche Mediation (2007), S. 35, 37: Arabuluculuk bir „hukuki içtihatır“, çünkü uyuşmazlıkta uzlaşmak (...). Çünkü „hâkim“ de karar verir ve taraflar arasındaki çekişmeyi bir tarafsız ve bağımsız organ olarak uzlaştırır (sulh yoluyla).

⁸⁶ Ebenso: v.Bargen, Gerichtsinterne Mediation, S. 227; Greger, NJW 2007, 3258, 3259 f.; Löer, ZJP 119 (2006), 247, 249 f.; Matthies, SchfHA 2007, 130, 132 f.; Probst, JR 2008, 364.

⁸⁷ İlgili, v. Mangoldt/Starck/Classen, Art. 92 GG, Rdn. 27: „yargılama garantisi içtihadı detaylı yapmayı arzular, ama bu arabuluculukta da kaçınılmazdır“

⁸⁸ Bu probleme yönelik gerekçeler (hâkimin sulh faaliyeti ile ilgili olarak)

Kişi bununla mahkemeye ilişkili arabuculuğu hukuk devletin adli hizmetinin bir kısmı olarak anlarsa, kendi yargılama ölçüsündeki donanımına göre şu soruyu sormak zorundadır: mahkemeye ilişki günümüzün pilot projesi temelde tarafların anlaşmasına dayanır, ki bunu Bremen ve Hamburg arabuluculuk tüzükleri üç taraflı bir anlaşma olarak şekillendirdiler.⁸⁹ Sözleşmeye dayanan anlaşma arabulucu hâkime arabuluculuk yargılamasını icra etme yetkisi verir.⁹⁰

Kanuni bir düzenleme yapılacaksa, tarafların arabuluculuğun başlatılması için ortak (üzerinde anlaştıkları bir) sözleşme yapmaları yeterlidir.⁹¹

Hukuki hükme yönelik mahkemeye bağlantılı arabuluculuk düzenlemesi, hâkim olmayan arabulucuya uzlaşmanın devredilmesinin mümkün olup olmadığı ile mümkünse kapsamını belirten soruyu da içerir.⁹² Anayasa madde 92'den başka düşünceler çıkmaz. Madde hükmü, maddi yargısal hüküm devletin hâkimleri için öngermeyip, sadece tarafsız sorusuna yönelik davranışları içerir.⁹³ Taraflar özel hukuk tasarrufları kapsamında devletin mahkemesi yerine Anayasa madde 92'ye dayanmaksızın hakem seçebilir.⁹⁴ Avukatlar veya başkaca arabulucular tarafından mahkeme dışında yerine getirilecek arabuluculuk için de durum farklı değildir.⁹⁵ Alman Usûl Kanunu

M. Wolf, ZZZ 89 (1976), 260 ff.; Stürner, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, 202 ff.

⁸⁹ Tochtermann, Die Unabhängigkeit des Mediators (2008), S. 44 ff.

⁹⁰ Vgl. oben Fn. 33 f.

⁹¹ Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 63 haklı olarak bağımsız arabuluculukla paralelliğe dikkat çeker. Bayern modeli buna karşılık iş bölümü planında (§ 21e GVG) belirlenmesiyle vurgular ki, sulh hâkimi, devletin yargısal hizmeti ile ilgilidir.

⁹² Dazu Hess, Gutachten Mediation Vhdngen des 67. DJT (2008), F. 51 ff. und F. 64 ff.; Busemann, Überlegungen zur gerichtlichen Mediation im arbeitsgerichtlichen Verfahren, AuR 2009, 115, 117 f.

⁹³ Olay buysa, o zaman mahkemeye yakın arabuluculuğun avukat arabulucularla yürütülmesi anayasal anlamda düşünülebilecektir.

⁹⁴ BGHZ 65, 59, 61; Geimer, in Schlosser (Hrsg.) Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz (1994), S. 115, 118 ff.

⁹⁵ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 92 GG, Rdn. 48 ff.; Umbach/Clemens/Wolff, Art. 92 GG, Rdn. 45; Sachs/Detterbeck, Art. 92 GG, Rdn. 29, özel hukuktaki irade sahası ve „iradi“ adaletin caizliği arasındaki paralelliğe haklı

madde 278 V 2 özel taraf anlaşmalarından dolayı mahkeme dışı uzlaşma yargılamayı açar. Alman Usûl Kanunu madde 278 V 3 tarafından öngörülen yargılamanın durması düzenlemesi (Madde 251 Alman Usûl Kanunu) mahkeme içi ile mahkeme dışı uzlaşma arasındaki farkı netleştirir.

Son olarak 14.2.2007 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi kararında mecburi uyuşmazlık çözümüne yönelik önemli bir ifade yer aldı.⁹⁶ Kanun koyucu anlaşmalı uyuşmazlık çözümü teşvik edilebilir. Bu adli çekişmeye ilişkin hizmetin farklılığı için orta vadede şu bakış açılarına neden olur: Bir arabulucuk düzenlemesi, sulh ile uyuşmazlık çözümüne ilişkin masraf yükümlülüğünün oluşturulması gibi hususlarla mümkündür. Ayrıca adli korunma talebi burada önemli bir sınırlama oluşturur: Uyuşmazlığa girişe ilişkin karar veren yargı mekanizması sonunda taraflara bırakılamaz.⁹⁷ Düzenlenen arabuluculuk konusunda taraflar önceden anlaşmayla bağlanmadıkları sürece, taraflara hukuki yollara başvurmak açık olacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi ile EuGH'nin yeni kararları modern hukuk devletlerinde uyuşmazlık çözümleri konusunda farklılıkları Anayasa madde 92'nin hukuki hüküm tekeline dokunmadan⁹⁸ oysaki mümkün kılmaktadır.

3. Arabuluculuk Modeliyle Uyumsuzluk

Başka bir itiraz şöyle yapılmaktadır: Mahkeme içi arabuluculuk kesinlikle gerçek bir arabuluculuk değildir, çünkü çoğu kez, iki veya üç saate kadar görüşmeyle gerçek arabuluculuk taleplerini karşılamaya uygun değildir.⁹⁹ Bazen arabulucu

olarak temas eder.

⁹⁶ Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 63; Hess, Hdb Mediation, § 26, Rdn. 17 (zur Vergleichbarkeit von Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit).

⁹⁷ BVerfG ZKM 2007, 128 ff. Ebenso nunmehr EuGH, 18.3.2010, Rs. C-317/08, Rosalba Alassini u.a., Rdn. 47 ff. zur obligatorischen, außergerichtlichen Streitbeilegung im Telekommunikationssektor.

⁹⁸ BVerfG ZKM 2007, 128, 129; v. Mangoldt/Klein/Classen, Art. 92 GG, Rdn. 27.

⁹⁹ Ebenso v. Bargen DVBl. 2004, 468, 474; Greger, NJW 2007, 3258, 3259.

hâkimler „rol çekişmesi“ altına girerler:¹⁰⁰ Arabulucu olarak tarafları menfaat temelinde uzlaşma sağlayıp korurken, bu kişi hâkim olarak uyuşmazlığı hukuka bağlı olarak taraflardan birinin leh ve aleyhinde kararlar sonuçlandırmak durumundadır.¹⁰¹

Günümüz görüş tarzı, kendi bakış açısına ve kendisine verilen görevlendirmeye göre tarafları yargılamada koruyan ve hukuki çekişme konusunda karar vermeyen bağımsız arabulucu hâkimin özel rollerini yanlış değerlendirmektedir. Bunlar hukuktan dolayı olmayan saf arabuluculuk kavramını telkin ettiler.¹⁰² Arabuluculuk tanımı „eşyanın tabiatından“ değil, bilakis bugün Arabuluculuk-RL'nin madde 3 f.1'den çıkarılmaktadır. Buna göre arabuluculuk tarafsız bir üçüncü kişi tarafından tarafların korunması; yargılama hükmü veremeyen hâkim tarafından arabuluculuk şeklinde ifade edilmektedir¹⁰³. Bu pozitif hukuk formülü açısı dolayısıyla mahkeme içi arabuluculuğun her tanımlanan sınırı boşa kalmaktadır.¹⁰⁴ Bundan ayrı olarak arabuluculuk kavramı (madde 3 I Med.RL'ki de) geniş kapsamlıdır ve daha da açık kalacaktır – sonunda tarafsız üçüncü kişi tarafından uyuşmazlık çözümünde arabuluculuk metodlarının ikamesi söz konusu olacaktır.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Dazu Greger, NJW 2007, 3258, 3259.

¹⁰¹ Schreiber, Wie „gerichtsnahe“ kann Mediation funktionieren?, Betrifft Justiz 2004, 216 ff.

¹⁰² So Sarhan, JZ 2008, 280, 285 (iradi işlemsel düzenleme olarak arabuluculuk, adaletin görevi olamaz). Ähnlich Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 f.

¹⁰³ Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 f. Art. 3 I 3 Med.-RL'den ilgilendirerek gitmemektedir.

¹⁰⁴ Art. 3 I Mediations-RL ifade etmektedir ki: „Arabuluculuk“, içinde iki veya daha fazla tarafın gönüllülük temelinde bir arabulucunun yardımıyla aralarındaki çekişmeyi sona erdirmeyi amaçlayan bir uyuşmaya ilişkin nitelendirmeden bağımsız yapılan bir yargılamadır. Bu yargılama, taraflarca düzenlenir veya mahkeme tarafından teklif edilir veya düzenlenir veya üye ülkenin hukukuna göre kaydedilmiş olabilir. Bu, ilgili uyuşmazlık konusunda medenî yargılama için yetkili olmayan hâkim tarafından yapılan arabuluculuğu içerir“

¹⁰⁵ Meditations-RL'in mahkeme içi arabuluculuğa uygulanmasına yönelik Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2739; Wagner/Thole, FS Kropholler (2008), S. 915, 918; a.A. Zöllner/Greger, § 278 ZPO, Rdn. 34 (ayrıca arabulucu hâkim, yargılama mahkemesinin naip üyesiyle faaliyette bulunuyor olabilir).

Mahkeme içi arabuluculuğun kavramsal içeriği şüphesiz, sözleşmesel serbestliğe dayanan arabuluculukla eşit içeriğe ve karektere sahip olmak zorunda olduğu anlamıyan gelmez.¹⁰⁶ Bayern ve Thüringen Adalet Bakanlıklarının, hâkim arabuluculuğu kavramını „sulh hâkimi“ tarafından doldurmaya çalışmalarını temelde yasal bir arzu bulunmaktadır.¹⁰⁷ Çünkü mahkeme içi arabuluculuk sözleşmesel tasarrufa dayanan arabulucuktan ayrıdır.¹⁰⁸

Sonuncusu çoğu zaman çekişmenin ön etabında söz konusu olup tarafların erken zamanda hukuki çatışmalarını ortaya koymalarını ve menfaatlerine uygun çözümü sağlamayı ister. Bu amacı mahkeme içi arabuluculuk da taşımakta olup, bu ancak ilk olarak geç dönemde, tarafların hukuki pozisyonlarını yazılı olarak beyan etmiş olmalarından sonra (madde 253, 277 Alman Usûl Kanunu) ve bir avukatın hukuki hazırlığı (en azından asliye hukuk mahkemelerinde) gerçekleşikten sonra gerçekleşecektir.¹⁰⁹ Böylece mahkeme içi arabuluculuk sözleşmeye dayanan arabuluculuktan açıkça daha fazla bir hukuki ilişkiyi ifade eder- ama bu kesinlikle olumsuz olarak görülmemelidir.¹¹⁰ Çünkü, tarafları hali hazırda kendi beyanlarını mahkemeye sunmuş olup; şimdi sadece arabulucu hâkimin

¹⁰⁶ Hess, Gutachten 67 DJT (2008), F 16 f.; Arabulucunun tarafsızlığına ilişkin bkz. (değil: Bütün taraf için davranmak), Tochtermann, Die Unabhängigkeit des Mediators (2009), S. 44 ff.

¹⁰⁷ Mahkeme içi arabuluculuğun bütün şekillerini tek bir kapsama almak isteyen ve mahkemeye yakın ve mahkeme içi arabuluculuğu eşit davranan Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Art. § 1'nda daha farklıdır, V 1 başlığı altında.

¹⁰⁸ „Sulh hâkimi“ konuşmasal olarak § 278 II, V ZPO'e göre „Sulh duruşmasıyla“ bağlıdır. „Arabulucu“ ifadesi, Bayern Adalet Bakanlığının tanınmamış kavram yaratımı olarak şüphesiz eşit olmayacak kadar popülerdir.

¹⁰⁹ Bu farklılık, mahkeme içi arabulucunun savunucuları tarafından açık şekilde formüle edilmiştir, vgl. Probst, JR 2008, 364, 366 f.; vgl. auch Greger, NJW 2007, 3258, 3260.

¹¹⁰ Bu sebepten dolayı Greger, NJW 2007, 3258, 3262, mahkeme içi arabuluculuğa yönelik model arayışlarının yürütülmesine karşı görüş beyan eder. Daha fazla olarak mahkeme öncesi arabuluculuk teşvik edilmelidir. Yargılama öncesinde avukatlar tarafından uyuşmazlığın çözümüne yönelik, krş. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), § 23, Rdn. 2.

yardımıyla özel hukuk tasarrufuna dayanan, menfaatlerine yönelmiş çözümü elde etmeye çalışılmaktadır. Üstelik arabulucu hâkim sulh akdi aşamasında maddi hukukun sınırları kapsamında kalmasına ilişkin beklenti de karşılanacaktır - sadece vakıalar uzlaşmayı yürüten hâkimi hukuka ve kanuna bağlı olmaktan kurtaramaz.¹¹¹ Bu ancak mahkeme içi arabuluculuğa ilişkin çoğu broşürlerde yeterince açıklıkta belirtilmemiştir.¹¹²

4. Asli avukatlık alanının devletin yetki alanına çekilmesi

Mahkeme içi arabuluculuğun, mahkeme dışı arabuluculuğa oranla önemli bir faaliyet şansına sahip olduğu düşüncesine sahip olacağı, sadece avukatlıktan dolayı söylenmemelidir: mahkeme kapsamında ucuz uzlaşmanın (karşılaştırılmayacak kadar pahalı ve masraflı olan) mahkeme dışı arabuluculuğa gerçekten şans tanımayacağı ortadadır ki, uygulamada mahkeme dışı arabuluculuk hali hazırda boştaadır. Mahkeme içi arabuluculuğun avukat arabulucular tarafından madde 278 V 2 Alman Usûl Kanunu'na göre desteklenmesine ilişkin baroların teklifi şu için başarılı olmamıştır.¹¹³ Hukuki olaya ilişkin netice, şüphesiz mahkeme içi arabuluculuğun Almanya'daki başarı nedenini aksettirmektedir: Mahkemede bir hukuki çekişme başladığında taraflar hâkime yönelik bir uzlaşmayı avukatlar üzerinden gerçekleştirecek bir uzlaşmaya tercih etmektedir. Burada hakim prestiji belirleyici bir rol oynar, bu rol arabuculu hâkimin hukuktan ve kanundan muafiyetine kapalıdır.¹¹⁴

Dolayısıyla buradaki itiraz, mahkeme içi arabuluculuğun mahkeme dışı arabuluculuğa nazaran masraflar açısından re-

¹¹¹ A.A. Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 228.

¹¹² Busemann, AuR 2008, 115, 118; Probst, JR 2008, 364, 368.

¹¹³ Hess, örnek verir, Gutachten 67 DJT (2008), F 52 f. Bilgi kağıtlarında yayınlanan mahkeme içi arabuluculukta hukuki hazırlığın tamamıyla avukatlara verilmesi eğilimi, en azından yanlış anlaşılacak olarak görülmektedir. En azından uyuşmazlık çözümünün yürürlükteki hukuka göre yapılması gerektiği ve bunun garanti edilmesinin hâkimin işi olması düzenlemelerde zikredilmelidir.

¹¹⁴ Deutlich Rüstow, NJ 2008, 385, 387. Mahkeme yakını arabuluculuk, 2008 yılında Kölnün 57 proje uzlaşma buluşmasında reddedildi. Uzlaşma faaliyeti yaklaşık 34.488,06 Euro ile desteklendi. Mitteilungen der RAK Köln 2/2009, S. 39.

kabet edilemez olduğunu gösterir. Gerçekte hukuki uyumsuzluğu sulh yoluyla giderilmesi iki mahkeme harcına neden olduğundan dolayı masraf avantajı da ortaya çıkarır – gerçekte avukat anlaşma temelinde daha fazla uzlaşma harcı kazanır.¹¹⁵ Mahkeme dışı arabuluculuk görüşme saatleri hesap edilecek olursa rekabet edilemez – ancak belki esasen daha az arabuluculuğa konu olacak bazı hususların mahkeme dışı arabuluculuk konusunda ortaya konulan rakamların yanlış olmasına da neden olacaktır. Mahkeme içi arabuluculukta hâkim faaliyetinin yasal bir parçası olarak görülüyor ki, tarafların dayandığı mahkeme içi arabuluculuğun savunucuları haklı olarak çekişmenin hali hazırda mahkeme önüne getirilmesinin marjinal problemlere neden olmadığına dikkat çekiyorlar.¹¹⁶ Açıktır ki, taraflara ve avukatlara davanın açılmasından evvel uzlaşmaya dayanan çözümü etkilemeyi başaramıyorlar. Bu üzücü bir durum¹¹⁷ - hukuk politikasının sonucu bundan dolayı mahkeme içi arabuluculuk yapma olmamalıdır- işin doğrusu mahkemeler (mahkeme içi arabuluculuk konusunda da), Alman Usûl Kanunu madde 278 V 2'ye göre mahkeme dışı arabuluculuğa yönelik bütün uyumsuzluk konusunda yöreklendirmelidir – özellikle karışık yargılama, dar bir mahkeme içi arabuluculuk faaliyeti için uygun görülmemekteyse.¹¹⁸

5. Arabuluculuk ve Yargılama Amacı

Mahkeme içi arabuluculuğa karşı son ve temel bir diğer itiraz noktası ise, medenî yargılamanın amacı dolayısıyla yapılmaktadır – yargılamanın amacı, medenî yargılamanın yeniden çok tartışılan güncel konusudur.¹¹⁹ Mahkeme içi arabuluculu-

¹¹⁵ Hess, Gutachten 67 DJT (2008), F 50 f.

¹¹⁶ İlâveten OLG Celle, NJW 2009, 1219 – başkaca haklar sulhle bağlantılandırıldı, uzlaşma harcı kıyasen artırıldı. Ayrı bir harç buna karşılık öngörülmedi, OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.

¹¹⁷ Matthies, SchlHA 2007, 130, 132 f.

¹¹⁸ Greger, NJW 2007, 2358, 2360.

¹¹⁹ Ausführlich Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 6 ff.; Greger, Autonome Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Prozesses, FS Vollkommer (2006), S. 3 ff.; Zöller/Vollkommer, Einl. ZPO, Rdn. 39 (Konfliktlösung als Prozesszweck). Zurückhaltung bei Rosen-

ğa karşı temel itiraz, mahkemelerin „devletin çekişmeyi çözen makam“¹²⁰ işlevini değiştirmesi, „uyuşmazlık çözümü alanında farklı hizmet“ sunması, ve bu nedenden dolayı artık yürürlükteki hukukla uyumunun fazla olmaması hususları oluşturur. Devletin adli hizmetinde bu türden temel paradigma değişiklikleri değerli olmamalıdır.¹²¹ Zira devletin mahkemeleri sadece özel çekişmelerin çözülmesi görevine değil, tersine herşeyden evvel egemenlik sahasındaki subjektif özel hukuksal hakların yerine getirilmesi görevini taşır; söz konusu olan özel hukuk düzenlemelerinin garanti edilmesidir.¹²² Bu hususta Greger itirazını, „arabuluculuğun devletleştirilmesi, yargı görevinin özelleştirilmesine yönelik eğilimlere dikkat çeken bir zıtlık taşıdığını belirterek“ ifade eder.¹²³ Tekrardan mahkeme içi arabuluculuğun mümkün olan kısa zamanda yasaklanması (kaldırılması) arzu edildi¹²⁴ - mahkeme içi arabuluculuk, sadece mahkeme dışı arabuluculuk için bir geçiş çözümü şeklinde bir işlev gördü.¹²⁵

Bu temel itirazla ortaya atılan tartışma şaşkıncı görüldü. Alman medenî yargı kapsamında görülen gelişmeler şimdi bu nedenle devrim niteliğinde değildir - özellikle uzlaşma yoluyla ve hukuki çekişmelerin uzlaşarak çözülmesi (özellikle sulhle çözülmesi) talep edilmişse.¹²⁶ Temelde açılan yargılama kapsamında modern uyuşmazlık çözüm metodlarının

berg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 11: Zira uyuşmazlık egemenlik sahasında hükme bağlanır, usûlün amacı bir tartışma yargılamasının garanti edilmesi değildir.

¹²⁰ Greger, AnwBl. 2008, 570, 572 f.

¹²¹ Prütting, JZ 2008, 846, 850.

¹²² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (17. Aufl. 2010), § 1, Rdn. 5 und 9.

¹²³ Greger, NJW 2007, 2358, 2360. Elbette bu gibi „özelleştirme eğilimleri“ (icra memurunun işlerinde de) şimdi takip edilmemelidir.

¹²⁴ So Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 unter Berufung auf die frühere niedersächsische Justizministerin Heister-Neumann, DRiZ 2007, 137 ff.

¹²⁵ Ausweislich Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227 (Fn. 4). Professoren Eidenmüller ve Greger Ekim 2008'de mahkeme içi arabuluculuk konusunda bir sonun geldiğini beyan ettiler. 67. Alman Hukuk Gününde oysa ki ağırlıklı bir çoğunlukla mahkeme içi arabuluculuğun yerleşmesi ve buna ilişkin ZPO'nun caiziyeti hakkında fikirler beyan edildi, vgl. Beschlüsse Nr. 7 und Nr. 21, VhdIgen d. 67 DJT, Bd. II/2, O. 74 und O 80.

¹²⁶ A.A. Prütting, JZ 2008, 846, 450 f.

tarafarca belirli ölçütlerde tanımlanan bir ikamesi yer alır.¹²⁷ Bu yolla arabuluculuk kullanıldı, yani arabulucu hâkimin hukuka ve kanuna bağlılığı mahkeme içi arabuluculuğun temeli olarak ortaya konulmuşsa ve her zaman için çekişmeli yargısal faaliyete dönmek mümkünse hükme yetkili olmayan arabulucu hâkimin işe başlaması yargı hizmetini temelde değiştirmez. Mahkeme içi arabuluculuğun sonunda bir icra hükmünün verilmesi (madde 794 I Nr. 1 Alman Usûl Kanunu), burada bir yargı gücünün icrasının söz konusu olduğunu açık şekilde ortaya koymaktadır. Fiili genişlemesinden dolayı mahkeme içi arabuluculuk, yargılamanın temel esaslarının ve kapsamının düzenlendiği kanuni bir hükme Alman Usûl Kanunu içinde ihtiyaç duymaktadır – broşürlerdeki, tasarı halindeki sözleşmelerdeki, arabuluculuk yönetmeliklerindeki¹²⁸ ve mahkeme iş bölümü paylaşımındaki farklı hükümler bu hususta memnun edici düzeyde değildir; güncel hukuki yarma fikri, 1879'dan beri yürürlükte olan medenî usûl hukukundaki kanunlaştırılmış olan metinlere aykırıdır.¹²⁹

IV. Alman Usûl Kanunu'nda Mahkeme İçi Arabuculuğa Hüküm İhtiyacı

1. Güncel Düzenleme Eksikliği

16 Alman Eyaletinden 14'ünde artarak uygulama alanı bulan mahkeme içi arabuluculuk kurumunun Alman Usûl Kanunu'nda kanuni bir hükme bağlanması artık gerektirmektedir. Hali hazırdaki düzenlemeler (öncelikle madde 278 II und V Alman Usûl Kanunu) mahkeme içi arabuluculuğa hukuki bir gerekçe oluşturmaya yeterli değildir.¹³⁰ Alman Usûl Kanunu madde 278 V 1 Alt. 2'nin kıyası bu arada gerçekleşen uygulamayı taşıyamaz.¹³¹

¹²⁷ Allg. Ansicht, vgl. Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht (30. Aufl. 2010), §§ 24 und 25.

¹²⁸ Açıklanamayan hukuki niteliğine ilişkin krş. bereits Hess, Gutachten Mediation zum 67. DJT 2008, F. 53.

¹²⁹ Vgl. § 3 EGZPO.

¹³⁰ Ebenso der Beschluss Nr. 22 des 67. DJT (2008) zur Mediation, Vhdlgen 67. DJT II/2 O 80.

¹³¹ Bu açıdan ZPO'daki kodifikasyon talepleri haklı değildi, ZPO'daki bu

Arabulucu hâkimin kanuna olan bağlılığına açıklık getirmek için¹³² modern adli hizmet sunumlarının bütünlüyci parçası usûl kanununda arabuculuğun düzenlenmesidir.¹³³ Mahkeme içi arabuluculuk anayasal önemliliğin vurgulanması bakımından kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duyar.¹³⁴

Güncel durumun güvensizliğini mahkeme içi arabuluculuğa yönelik 12.2.2009 tarihli BGH'nin ilk kararı ortaya koyar¹³⁵: O kararda 7. Hukuk Dairesi istinaf (gerekçelendirilmesi) süresinin kaçırılmasına hakkında karar vermek zorundaydı (madde 520 II Alman Usûl Kanunu). Taraflar Dresden Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin Arabuluculuk Dairesinde mahkeme içi arabuluculuğa başvuruyu onayladılar ki, buna ilişkin duruşma istinaf başvuru süresinin geçmesinden sonraydı. Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin mahkeme içi arabuculuğa yönelik teklif bilgi broşüründe taraflara, uzlaşma duruşmasından evvel istinaf sebebini ileri sürmemeleri tavsiye edilmekteydi.

İstinaf başvuru süresi madde 520 II Alman Usûl Kanunu'na göre talep üzerine uzatıldı.¹³⁶ İstinafa başvuran taraf ilk uzlaşma duruşmasında süre uzatımı dilekçesi veriyor. Bununla birden arabuluculuk kesilirken, istinafın gerekçelendirilmesi süresinin geçmesinden dolayı istinafı yetkili daireye geri gönderiliyor.

hükümler, medenî yargılama pratiklerini ilk ve ikinci derecesinde sadece tamamen yapıllaştırmış ve düzenlemişti.

¹³² Söz konusu açıklık getirmeler, başka yargılama düzenlerine de (ArbGG, VwGO, SozGG) dâhil edilmelidir, meğer ki, orada da mahkemeyle bağlantılı arabuluculuk teklif edilmiş olsun. Van Baren, DVBl. 2004, 468 ff. § 86a VwGO'un eklenmesini tavsiye eder.

¹³³ Krş. Medenî Yargılamada uzlaşma yoluyla çekişmenin giderilmesinin güçlendirilmesine yönelik Özgür Şehir Bayern'in Teklifi, BR Drs. 373/04 vom 2.11.2004.

¹³⁴ Mahkemeyle bağlantılı arabuluculuğun kanuni düzenlemesi için Spindler de, Gerichtsnähe Mediation, Rdn. 628 ff.; Volkman, Mediation im Zivilprozess, S. 157 f. (zusammenfassend); zurückhaltend Greger, FS Volkmer (2006), S. 3 ff.; ders., NJW 2007, 3258 ff. (Vorhaltung richterlicher Mediation sei „ultima ratio“).

¹³⁵ BGH, NJW 2009, 1149.

¹³⁶ „Göttinger Modeli“ ne göre uygulama farklıdır: Mahkeme içi arabuluculuğa onaydan sonra yargılama mahkemesi, erteleme ve davanın reddinin uzatılması -istinaf gerekçelendirme süresi vs. kararı verir, OLG Oldenburg, BeckRS 2008, 08299.

Alman Yüksek Mahkemesi de Alman Usûl Kanunu madde 251 c.2'ye dayanarak eski hale getirmeyi kabul etmiyor, zira süre uzatımı talebi süre aşıldıktan sonra verilmişti – Daire süre uzatımına işaret eden bilgi broşürünü yeterli gördü- Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin süre uzatımının kaçırılmasına yönelik ortak kusurundan dolayı, eski hale getirme mümkün olmalıydı.¹³⁷

Karar mahkeme içi arabulucukta okulan hukuki belirsizliği ortaya koymaktadır. Bu medenî yargının özellikle bir kısmıyla ilişkilidir: Sadece arabulucu hâkime yargılamanın devri değil, bilakis „çekişmeli yargı“ ile uzlaşma yargılaması arasında ilişkili olarak kanuni hükme ihtiyaç vardır – çekişmeli yargı ile uzlaşma yargılamasının paralel işletilmesi tarafları (yükümlü mahkemeyi de) lüzumsuz bir yük altına sokar¹³⁸. Mahkeme içi arabuluculuk ayırıcı yapısından dolayı başkaca hukuki belirsiz sonuçları doğurabilir. Burada herşeyden evvel (esasen) şu sorular söz konusu olacaktır, taraflar ve arabulucu (sulhe teşvik eden) hâkim etkili işlem yapabilecek midir, yapacaksa bunun kapsamı ne olacaktır¹³⁹.

Eksik kanuni düzenleme arabuluculuğun şekli olmayan karakterini ortaya koymaktadır: Alman eyalet mahkemelelerinde „local rules“ (yasal düello), halbuki hukuki belirsizlikleri tetikler ve Alman Usûl Kanunu madde 78'e göre bölgesel yetkilendirmeye artık bağlı olmayan, tıpkı taraflar gibi tek bir usûl kanununa bağlı olan avukatlığı gerçekte engeller. Bundan dolayı sonuçta şu tespit yapılmalıdır: Mahkeme içi arabuluculuk, acilen kanuni bir düzenleme hükmüne ihtiyaç duyar: Alman Medenî Yargılama Hukuku içinde olan bir düzenlemeye.¹⁴⁰

¹³⁷ So Tochtermann, LMK 2009, 284303.

¹³⁸ Zöllner/Greger de eleştirir, § 278 ZPO, Rdn. 35 a.E.

¹³⁹ Usûl işlemlerinin (kabul, davadan feragat) kabulü açısından;dava konusunun değerinin tespiti ve adli yardım açısından; § 520 ZPO'ye göre süre uzatım dilekçeleri açısından.

¹⁴⁰ Bu nedenden dolayı mahkeme içi arabuluculuğun düzenlenmesine ilişkin raportör tasarısı çözümü, temelde onaylanmalıdır – içeriksel yapılandırılması eleştirilmesine rağmen –V 2 altına bakınız.

2. Alman Medenî Usûl Kanunu'na Yönelik Mahkeme İçi Arabuluculuk Uyumuna Yönelik Hüküm Teklifleri

67. Alman Hukuk Gününe yönelik uzmanın tekliflerinin ardından takip eden düzenlemeler Alman Usûl Kanunu'na kabul edilmelidir: Madde 278 II Alman Usûl Kanunu şu yönde tamamlanmalıdır, tarafların uzlaşmasıyla sulh duruşması mahkeme içi arabuluculuk olarak da icra edilebilir.¹⁴¹ Bu açıdan devam eden bir dördüncü cümle eklenmesi tavsiye edilir: „Tarafların anlaşmasıyla sulh duruşması yerine mahkeme içi arabuluculuk yürütülebilir (madde 278a)“

Mahkeme içi arabuluculuk kapsamında yeni ihdas edilecek, „Mahkeme içi arabuluculuk“ şeklinde bir 278a maddesiyle bağımsız bir hüküm getirilebilir. Bundan dolayı „sulh hâkimini“ yeni görev alanlarıyla ve özel bir nitelendirmeye özel bir yargı organı olarak nitelendirmek de zorunlu görülmeyecektir.¹⁴² Zira „sulh hâkimi“ adı (en azından şimdi), yargının yerine getirilmesi görevine ilişkin (özellikle hâkim arabuluculuğu dolaşısıyla) hukuki uyumsuzlukların sulh yoluyla giderilmesine ait mutad bir nitelendirmeyi içermez.¹⁴³ Bununla hakimin hizmet görevinin bir kısmı olarak arabuluculuğun yerine getirilmesi, hâkimin konumunu temelde değiştirmez. Yargılama mahkemesiyle kurulan ilişkide arabulucu hakimin işlevsel yetkisi ticari işlerdeki daire modeline göre düzenlenebilir: Buna göre mahkeme içi arabuluculuğun yapılmasına ilişkin tarafların birlikte verdikleri talep arabulucu hâkime yetki verir. Mahkeme Teşkilatı Kanunu madde 98 ve devamı maddelerdeki olaylardaki gibi yargılama arabulucu hâkime havale edilir.¹⁴⁴ Yargılama mahkemesinin durdurma kararı vermesi lüzumsuzdur,

¹⁴¹ Böylece Bayern Bütünleştirme Modeli takip edilmek zorundadır, bu model mahkeme içi arabuluculuğu mahkeme yargılamasının bir kısmı olarak anlamaktadır, ilaveten Koch, NJ 2005, 97, 98.

¹⁴² 2.11.2004 tarihli Özgür Şehir Bayern'in Kanun Teklifi, BR Drs. 373/04, S. 7.

¹⁴³ Vgl. Hess, Gutachten Mediation zum 67. Deutschen Juristentag (2008), F. 9 ff. Ebenso nunmehr § 1 I.

¹⁴⁴ „Çekişme hâkimi“ ve „arabulucu hâkim“ arasında karışık alan paylaşımına yönelik krş. Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 89 ff.

yargılama arabuluculuk yargılaması süresince derdest kalır.¹⁴⁵ Arabuluculuğun kesilmesi duruma ilişkin olarak yargılama mahkemesinin işlevi ayrıca düzenlenmek zorundadır.¹⁴⁶ Arabulucu hâkim mahkeme içi arabuluculuk süresince Anayasa madde 101 I 2 anlamında kanuni hâkimdir; bu nedenle de iş paylaşma planında belirtilmek zorundadır.¹⁴⁷ Buna karşılık tarafların belirli bir arabulucu hâkimi seçme hakları bulunmaz.¹⁴⁸ Avukatla temsil için ayrıca özel bir ödeme ortaya çıkmaz.¹⁴⁹

Kanuni hâkim olarak hareket etmekle arabulucu hâkimin, Medenî Usûl Kanunu'nun yargılama hükümlerine temel bir bağlılığı oluşur. Arabulucu hâkim bununla sulh tutanağını tutmayadavanın geri alınmasında olduğu gibi, kabul ve feragat açıklamalarının kabulüne de yetkilidir,¹⁵⁰ arabulucu hâkim dava değerini tespit eder.¹⁵¹ Eyalet mahkemeleri önünde tarafların avukatla temsili de madde 78 Alman Usûl Kanunu'na dayanır.

Medenî Usûl Kanunu hükümlerinden mahkeme içi arabuluculuğun sapmasına karşılık kurallar konulmak zorundadır.¹⁵² Arabulucu hâkimin hangi bağımsız işlemlere sahip olacağına gösterileceği bir mahkeme içi arabuluculuk tanımının öncelikle düşünmeye değer gözükmektedir. Alman Usûl Ka-

¹⁴⁵ Göttingen Eyalet Mahkemesi Uygulaması başkadır, dazu Matthies, SchlHA 2007, 130, 131.

¹⁴⁶ Buna ilaveten ayrıca mahkeme içi arabuluculuğun arabulucu hâkimin istifasını (ayrılmasını) açıklamasıyla da sona ereceği düzenlenmelidir. Taraflardan her biri çekişme mahkemesinden vazgeçmeyi isteyebilir. Şayet herhangi bir istem yapılmamışsa, arabulucu hâkim dosyanın işlemiden kaldırılmasına (yargılamanın durmasına) karar verecektir (§ 251 ZPO – vgl. auch § 278 III ZPO).

¹⁴⁷ A.A. Koch, NJ 2005, 97, 102 (ayrıca Art. 92 GG kapsamında hukuki içtihadın dar tanımı –burada reddedilmekte- önkoşulu kapsamında).

¹⁴⁸ Buna karşılık taraflar mahkeme yakını arabuluculukta (§ 278 V 2 ZPO), (hâkim olmayan) arabulucuya gitmeyi seçme hakkına sahiptir.

¹⁴⁹ OLG Rostock, NJ 2007, 76 f.; OLG Celle, NJW 2009, 1219; oysa duruşma harcının yükseltilmesi uyuşmazlığa ilişkin hakla bağlantılı olarak mümkünür,, meğer ki bu arabuluculuğun gerçek konusu olsun, ilaveten KG, 25.11.2009, 14 W 56/09 (juris § 3 III RVG-VV).

¹⁵⁰ Vgl. Windel, FS Gerhardt (2004), S. 1093, 1106 ff., § 278 II ZPO'e göre sulh duruşmasında tasarrufların caiziyeti.

¹⁵¹ Başka yönde (für die Richtermediation analog § 278 V 1 Alt. 2 ZPO) OLG Celle, NJW 2009, 1219: Yargılama mahkemesinin yetkisi.

¹⁵² Düzenlemeler, § 278a ZPO'nun yeni eklenen hükmünde özetlenmelidir.

nunu madde 278a f.1'in takip eden şu formülü bunun için düşünülebilir: „Mahkeme içi arabuluculukta mahkeme hukuki uyuşmazlığın anlaşarak çözülmesi konusunda tarafların menfaatlerini korur. Arabulucu hâkim, yargılama mahkemesinin görevini üstüne alır; ama hukuki çekişme konusunda karar verme yetkisine sahip değildir.“

Arabuluculuğun akışını kanun bildirmemekteydi; oysa ki şu husus açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁵³: mahkemelerin yetkisi, makul ölçü ile tarafların anlaşmasına göre arabuluculuk yargılaması sürecinin belirlenmesi, hukuki dinlenme hakkına uyulması, usûli silahların eşitliği ve doğruluk.¹⁵⁴ Madde 139 Alman Medenî Usûl Kanunu'nun kıyasen uygulanması düzenlenmelidir.¹⁵⁵ İlgili formül Madde 278a f.2 olarak şöyle ifade edilebilirdi: „Mahkeme içi arabuluculuk sürecini arabulucu hâkim ve taraflar uzlaşarak tespit ederler; hukuki dinlenme hakkına ilişkin esasları ve usûli eşitliğe dikkat edilmek zorunludur. Yargılama aleni değildir.“

Düzenlemeye ihtiyaç olunan hususlar, mahkeme içi arabuluculuğun aleni olmaması ve arabuluculuk yargılamasında tutanağa geçirilen arabuluculuk sulhü istisna olmak üzere yargılama sürecinin tutanak eksikliği hususlarıdır.¹⁵⁶ Gıyap ile hakkın düşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kabul edilmeliydi – taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi arabuluculuk yargılamasını sona erdirecektir.¹⁵⁷ Madde 278a fıkra 3 Alman Usûl Kanunu şöyle ifade edilmeliydi:

¹⁵³ Bu öneriler çoğunlukla 67. Hukuk Toplantısında reddedilmiştir. (krş. Vhdngen des 67. DJT Bd. II/2, O 81 – Beschluss Nr. 26) – Sebebi ise halbuki şimdiki arabulucu hâkimliğin açık sıkıntısı, yasal düzenlemenin arabuluculuk yargılamasını kişisel yapısını engellemeye çalışmaktan kaynaklanmaktadır. Mevcut hâkimlerin kendi kavrayışlarında önemli yargılama ilkelerine bağlamakta kesinlikle arzu edilen.

¹⁵⁴ Bu önemli yargılama garantisinin geçerliliğinin açık düzenlemesidir.

¹⁵⁵ Anlamsal olarak ayrıca hâkim arabulucusu tarafından taraflara bir başarı sözü veya sonuç tahmini aranmaz.

¹⁵⁶ Aynı durum tutanakta açıklanmış diğer başkaca yargılama işlemleri için de geçerlidir, § 160 III Nr. 1 ZPO.

¹⁵⁷ Gelen tarafın talebi üzerine hukuki uyuşmazlık, derhal yargılama mahkemesine sevk edilmelidir. Bir sulh duruşması artık daha fazla yapılmayacaktır.

(3) Mahkeme kararlaştırılan sulhü veya yarıda kesilen arabuluculuğu tutanağa geçirir. Taraflardan birinin katılmaması arabuluculuk yargılamasını sona erdirir. Taraflardan her birinin talebi üzerine yargılama mahkemesindeki yargılamaya devam edilir. Mahkeme madde 278 V 2'ye göre de yargılama yapabilir. Her iki tarafın gelmemesi durumunda madde 251 kıyasen uygulanır.“

İstinaf mahkemesi önünde arabuluculuk için madde 525 Alman Medenî Usûl Kanunu içine ek bir cümle üç ile madde 278a Medenî Usûl Kanunu'nun kıyasen uygulanması düzenlenmek zorunlu olacaktır.¹⁵⁸

Son olarak doğruluğun korunmasına ilişkin hükümler kabul edilmelidir: Öncelikle arabulucu hâkimin arabuluculuk yargılamasını bırakması için nedenler için madde 41 Alman Medenî Usûl Kanunu genişletilmek zorundadır.¹⁵⁹ Arabuluculuk sırlarının korunması için farklı düzenleme teknikleri göz önüne gelmelidir. Bayern Sulh Hâkimi Tasarısı, madde 286 Alman Usûl Kanunu'na devam edecek bir fıkra olarak getirilebilecek bir ispat konusu yasağı içerir.¹⁶⁰ Bu şüphesiz Alman Usûl Kanunu'nun her bir delil için düzenlenen delilin kapalı olmasına ilişkin düzenleme tekniği ile ilgili değildir. Alternatif olarak arabulucu hâkimin açık şekilde yasak olması tanık delilinde söz konusu olacaktır; oysa ki hali hazırda madde 383 I Nr.6 Alman Medenî Kanunu'na göre tanığın çekilme hakkı kanundan doğmaktadır.¹⁶¹ Şayet Arabuluculuk Direktifi'nin 7. maddesinin ikame edilmesi genel bir tanıklıktan çekilme

¹⁵⁸ § 525 S. 3 ZPO şöyle formüle edilmelidir: „mahkeme içi arabuluculuk için § 278a kıyasen uygulanır.“

¹⁵⁹ § 41 ZPO'de şöyle formüle edilmelidir: „Hâkim kanundan dolayı hâkim faaliyetini yapamaz.7. eşya uyuşmazlıklarında, bu uyuşmazlıklarda arabulucu olarak etkide bulunmuştur (§ 278a ZPO)“ Böylece Niedersachsen LSG'nin kararı, ZKM 2005, 139 f., arabulucu hâkimin reddindeki eksikliği telafi etmektedir.

¹⁶⁰ Teklif edilen düzenleme şu şekilde ifade edilmektedir: „(3) sulh teşebbüsünde tarafların yapılmasına güvendikleri duruşmada durumu yorumlar, bu yorum mahkeme yargılamasında kullanılamaz.“ BR-Drs. 373/04.

¹⁶¹ Aynı şekilde Koch, NJ 2005, 97, 101; Spindler, Gerichtснаhe Mediation, Rdn. 111 ff.

hakkının oluşmasını arabulucu için zorunlu kılmakta ise, bu tanıklıktan çekilme hakkı arabulucu hâkime kadar genişleyebilir. Doğruluğun korunması halbuki belge ve keşif delilini de kapsamalıdır, meğer ki belgeler veya veri taşıyıcıları özellikle arabuluculuk için oluşturulmuş olsun.¹⁶²

Sonuçta sözleşme özgürlüğü ve mahkeme içi arabuluculuğun ispat problemlerinin tek bir düzeni ortaya konulur.¹⁶³

3. Başkaca Sonuç Değişiklikleri

Alman Usûl Kanunu'nun teklif edilen tamamlamaları mahkeme içi arabuluculuğu güvenli duruma getirecektir. Günümüzde temel soru eyalet mahkemelerinin mahkeme içi arabuluculuğu uygulama konusunda yükümlü olup olmadıkları sorusudur. Pilot projeler sürdüğü sürece eyalet adalet bakanlıkları mahkeme içi arabuluculuğu düzenleme konusunda serbest oldukları şüpheden uzaktır. Ne de olsa söz konusu olan yargı kaynaklarıdır, çünkü arabuluculuk devamlı surette yeterli ara arabulucu hâkime ihtiyaç duyacaktır, bunun anlamı tabii ki ilgili personel kapasitesinin eleştirilmesidir.¹⁶⁴

Bu arada halbuki durum değişti: mahkeme içi arabuluculuk uyuşmazlık çözümünün hukuki koruma arayan tarafın menfaatine hizmet eden başarılı bir yolu olduğunu ispat etti. Mahkeme içi arabuluculuğun geniş alana yayılması karşılığında mahkeme içi arabuluculuğa izin vermeyen bazı eyaletlerin „souveräne“ (üstün) kararları hukuk politikası açısından zamana aykırı görülmektedir. Güncel gelişme durumunun arkasında federal bir hüküm göz önünde tutulmalıydı.

Ancak geçiş süresi kapsamında eyaletlere mahkeme içi arabuluculuk zamanını özgürce belirleme serbest bırakılmalıdır.¹⁶⁵

¹⁶² Krş. Hess, Gutachten Mediation für den 67. DJT (2008), F. 108.

¹⁶³ Krş. Düzenleme teklifi Hess tarafından, Gutachten Mediation für den 67. DJT (2008), F. 109.

¹⁶⁴ Krş. metinde

¹⁶⁵ Bayern kanun teklifi (BR-Drs. 373/04), EGZPO'ya takip eden düzenlemeyi eklemek istemişti: „Eyalet Adalet Bakanlığının onayıyla mah-

İçerik olarak eyaletler mahkeme içi arabuluculuğun arabulucu hakim veya sulh hakimi tarafından icra edilip edilemeyeceğini belirleyebilmelidir. Hukuki uyuşmazlığın arabulucuya havalesine de kendisinde yeterince arabulucu hâkim olan başka bir mahkeme izin vermelidir.¹⁶⁶ Madde 278a Alman Usûl Kanunu'nda özetlenen mahkeme içi arabuluculuğun temel yapısını şüphesiz ticaret yapanların ünvanları değiştirmeyecektir.

Mahkeme içi arabuculuğun gerçekleşmesinde son olarak arabucu hâkimin yeterli bir öğrenim yapmış olmasına dikkat edilmelidir. Serbest meslek arabuluculukta olduğu gibi aynı öğrenim derecesi öngörülmediği sürece; yeterli bir öğrenim ve sertifika programı kafi gelecektir. Ancak bu arada bütünüyle çalışması yapılan eyaletlerdeki tecrübelerle dayanılabilir.¹⁶⁷ Diğer taraftan mahkeme içi arabuluculuk başarısı farz edilen başarılı bir sulh ile ölçülmekten sakınılmak zorundadır.¹⁶⁸ Mahkeme içi arabuluculuk anlaşarak uyuşmazlık çözümüne yönelik pek çok seçeneklerle görülebilir. Tarafların anlaşması gerçekleşmezse, madde 279 Alman Usûl Kanunu'na göre derhal sözlü yargılamaya ilişkin duruşma düzenlenmek zorundadır. Kaldı ki tam ve zamansal açıdan hızlı arabuluculuk yargılaması madde 278 V 2 Alman Usûl Kanunu'na göre sınırlı bir yargılamada gerçekleşmemeli, bilakis Alman Usûl Kanunu madde 278 V 2 und 3 hükmüne göre mahkeme içi arabuluculuğa işaret edilmelidir.¹⁶⁹

Buna karşılık mahkeme içi arabuluculuk için ayrı masraf hükümlerinin yapılması zorunlu görülmemektedir: Mahkeme içi arabuluculuk için masraf indirimi iki mahkeme harcının or-

kemenin iş paylaşım planında mahkemesel sulh görüşmesinin icrasına ilişkin hâkim (sulh hâkimi) atanabileceği belirlenir. Cümle 1, içinde hali hazırdaki yargılama hukukunun mahkemesel sulh teşebbüsünün icrasının devrinin öngörüldüğü başka yargı yolları için de geçerlidir."

¹⁶⁶ Bu durum § 278 V 1 Alt. 2 ZPO'e tabidir.

¹⁶⁷ JuMiKo'nun genel öğretim stansartlarından haberdar olduğu düşünülebilir gözlemektedir - şüphesiz ZPO'daki kanuni düzenlemelerin icrası, alman eyaletleri arasındaki davranışlara bağlı olmamalı, bilakis en geç spätstens Mediations-RL (Arabuluculuk Düzenlemesinin) gerçekleşmesini beklemelidir.

¹⁶⁸ § 278 ZPO'un uygulanmasına ilişkin ihtar, Knauss, ZRP 2009, 206 ff.

¹⁶⁹ § 278 V 2 ZPO'a geçerli bir gönderme olarak § 278a III ZPO n.F. kabul edilmelidir.

taya çıkmasında söz konusu olacaktır, şayet arabuluculuk başarılı olacaksa.¹⁷⁰ Bugün katılımcı avukat için masraf indirimini söz konusudur: Avukat yargılama ve duruşma ücretinin yanında ek olarak RVG Nr. 1003'e göre sulh ücreti de elde eder.¹⁷¹ Masraflara ilişkin kurallara, ki bunlar sulh olayında masrafların karşılıklı olarak kaldırılmasına yöneliktir (madde 98 Alman Usûl Kanunu), bağlı kalınmalıdır.¹⁷²

V. BMJ'nin Arabululuk İçin 4.8.2010 tarihli Daire Tasarısı

1. Teklif Edilen Temel Yapı

Agustos 2010 başında BMJ „Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözümü Ve Arabuluculuğun Teşviki Kanunu“ için bir daire tasarısı oluşturdu. Tasarının çekirdeğini altı paragraftan oluşan Arabuluculuk Kanunu oluşturmaktadır ki, bu kanun arabuluculuğu tanımlamakta ve arabuluculuğun görevlerini yazmakta (madde 1-3 MedG-RE), Alman Usûl Kanunu madde 383 I Nr. 6'ya göre tanıklıktan çekilme hakkını kanuni yükümlülük olarak oluşturan arabuculuğun „sır saklama yükümlülüğü“ MedG-RE madde 4'te düzenlenmiştir.¹⁷³ Madde 5 MedG-RE ise arabuculuğun öğrenimi bilgisini konu almakta olup, bu „makul bir öğrenim yoluyla arabuculuğun sorumluluğu içinde“ garanti edilmektedir ki, bu yolla arabuculuğu uzman bir şekilde arabuculuğu yerine getirebilirsin“¹⁷⁴ Madde 6 MedG-RE, son olarak bilimsel araştırma programını mümkün kılmaktadır ve aile hukuku olaylarında arabuluculuk alanında „arabuluculuk yardımına“ yönelik planları da (masraflar da dâhil olmak üzere) mümkün kılmaktadır.

¹⁷⁰ Krş. §§ 1,3 GKG, KV Nr. 1210, dazu Koch, NJ 2005, 97, 102; OLG Dresden, 18.2.2009, BeckRS 2009, 10676 (istinaf derecesinde § 3 GKG, Nr. 1221 KV'e göre sadece mahkeme harcı belirir).

¹⁷¹ Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 140 ff.; Volkmann, Mediation, S. 142 ff.

¹⁷² Ebenso Spindler, Gerichtsnahe Mediation, Rdn. 155.

¹⁷³ 4.8.2010 tarihli raportör tasarısı gerekçesi, s. 20.

¹⁷⁴ Böylece tel elden öğrenim standartlarının tespitine ve tek düze bir mesleki eğitimin formüle edilmesinden vazgeçilmiştir - „Arabuluculuk mesleğinin“ tamamen serbest bırakılması şaşırtıcıdır - özellikle § 2 Nr. xxx RDG'ye ilişkin sınırlama uygulanmamalıdır, Hess, Gutachten 67 DJT, S. xx.

Daire tasarısının 3. Maddesi Medenî Usûl Kanunu'nda değişiklikleri içermektedir. İki yeni hüküm Alman Usûl Kanunu'na getirilmelidir: Biri mahkeme yollu veya mahkeme içi arabuculuğun düzenlenmesi gereken yeni bir madde 278a Usûl Kanunu hükmü olmalı. Mahkeme içi arabuculuğa ilişkin düzenlemeler bir fıkra içinde özetlenmelidir.¹⁷⁷ Arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliği madde 796d ZPO-RE'da düzenlenmelidir. Basit şekilde öngörülen icra edilebilirlik açıklaması avukat sulhü modelini (796c ZPO-RE) takip eder. Son olarak Mahkemeler Teşkilatı Kanununa yönelik öngörülen değişiklikler tasarının ikinci maddesinde pratik bir anlam kazanır. Orada madde 15 GVG-RE olarak yeni eklenecek madde tüzük dolayısıyla medenî uyuşmazlıklarda hâkim arabuculuğun gerçekleşebileceği yetkiyi eyalet yönetimlerine vermektedir.¹⁷⁵ Böylece federal kanun koyucu mahkeme içi arabuculuğun icrasını eyaletlerin takdirine vermektedir - sonuç olarak medenî yargılamada hukuki tek düzelikten bir parça vazgeçilmiştir.¹⁷⁶ Kanun tasarısı medenî yargılamada arabuculuğun yerine getirilebilmesini şüphesiz sınırlamamaktadır - iş, sosyal ve idari yargı yollarında da aynı şekilde düzenleme söz konusudur.

2. Daire Tasarısının Değerlendirilmesi

Daire tasarısının temel ifadeleri sınırsız bir şekilde olumlu olarak değerlendirilmelidir: Federal Adalet Bakanlığı sonuç olarak MedG-RE madde 1 Nr. 3'te tanımlanan arabuculuğun mümkün üç şekline ilişkin mahkeme içi arabuculuğun muha-

¹⁷⁵ § 278 ZPO n.F. şöyle ifade edilmelidir: „Eyalet hukuku düzenlemiş ise, mahkeme taraflara mahkeme içi arabuluculuğu teklif eder. Madde 1 cümle 2 kıyasen uygulanacaktır [böylece yargılamanın durdurulması düzenlenecektir]. Mahkeme arabuluculuğu hükme yetkili olmayan hâkim önünde gerçekleşir. Taraflar aksini kararlaştırmamış iseler, bu kapalı gerçekleşir. Sonuçta taraflar mahkeme içi arabuluculukta sulh yaparlarsa, arabulucu hâkim, hüküm vermeye yetkili hâkim gibi, sulhün içeriğini tutanakta tespit eder ve çekilme değerini belirler.“

¹⁷⁶ Dikkat çekici olan, böylece federal kanun koyucunun eyalet sorumluluk alanlarına müdahale etmiş olmasıdır: Sadece hukuki düzenleme yoluyla mahkeme içi arabuluculuğun yapılmasının mümkün olması, demokrasi ilkesiyle kesinlikle anlaşması mümkün gözükmeyecek bir eyalet parlamentolarının dışlanmasına neden olur.

faza edileceğini belirtmektedir.¹⁷⁷ Ayrıca eyalet yönetimlerinin yetkileri kapsamında düzenlemeyi yapması koşuluyla mahkeme içi arabuculuk esas olarak kabul edilmektedir.

Bu açıdan daire tasarısı (yeni ifade edilen madde 278a ZPO-RE'de de) gelişmemiş bir düzenlemeyi içerir. Bu değişik temel soruları açıkta bırakır: Bunlar mahkeme içi arabuculuğun hukuki düzenlemesinde başlar: Kanun tasarısı bir model içermez (madde 1 MedG-RE ayrık olmak üzere), mahkeme içi ile mahkeme dışı arabuculuğun yapısal açıdan farklı olmadıkları varsayımı açık şekilde kabul edilmektedir. Bununla arabuculu hâkimin Anayasa madde 92 kapsamında yargı hükmü olarak düzenlenmek zorunda olup olmadığı ve arabuculucu hâkimin hukuka ve kanuna bağlı olup olmadığı ve bağlanacaksa hangi kapsamda bağlı olacağı soruları şüphesiz cevapsız kalmaktadır.

Arabuculuğun diğer şekilleriyle eşitlik daha ziyade arabulucu hâkimin diğer arabulucular gibi (hukukçu olmayan) hukuka ve kanuna uygun davranmak zorunda olduğunu sonuç olarak ortaya koyacaktır. Madde 2 II 3 MedG-RE açıkça mahkeme arabulucusuna taraflarla özel görüşmeleri yapabilme imkanını bu bağlantıda yüksek ihtimalle sunmaktadır. Bununla tasarı arabulucu hakime uyulmasına aşırı önem verilmesi gereken hukuki dinlenilme hakkından zorunlu hallerde ayrılabilmeyi de öngörür görünmektedir. Madde 1-5 MedG-RE'in şekli, kanunun ifadesinin daha çok esasen taraflarla ilişkisinde hukuki yükümlü ve adli hizmetin organı olarak görevli olarak arabulucunun hukuki konumunu daha fazla odak noktasında tuttuğu yorumunu akla getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında teklif edilen madde 278a II'in basit düzenlemesi yeterli görülmemektedir: Düzenleme, sadece tutanağın tutulması, açıklık ve dava konusu değerinin tespiti sorularını düzenlemektedir. Düzenlenmemiş kalan husus, yargılamanın ileri aşamasında ara-

¹⁷⁷ Bu düzenleme, hem kötü niyetli gözükmekte hem de Avrupa Birliği Ülkelerinin farklı medenî yargılama hukukları açısından Alman Usûl Kanununu gittikçe kısmi hukuk düzenlemesi olarak göstermektedir. Burda her zaman hukuk birliğinin devam eden bir kırılması gündeme gelmektedir ki, hukuki netlik olmasına ilişkin emirden dolayı bu durum tamamıyla zararlı gözükmektedir.

bulucu hâkimin çekinmesine yol açabileceği konusudur – bu arabuculuğa güvenin artması için önemli bir şarttır. Son olarak mahkeme içi arabuculuğun mahkeme sınırları içinde uyuşmazlık çözümüne maksimum faydanın elde edilen bir şekli olarak tasarlandığı izlenimi doğacaktır –yargının zedelendiğine ilişkin benzer şeyler kanuni bağımlılıktan dolayı hatalı görülecektir.

VI. Sonuç

Önceki düşünceler için sonuç nadiren dikkat çekici olabilecektir: Mahkeme içi arabuculuk –somut olarak farklı yapılarda–medenî yargıda 16 Alman eyaletinden 14'ünde uygulanmaktadır – tecrübe aşaması geniş bir uygulama aşamasının yerini aldı. Fiili genişleme Medenî Usûl Kanunu'ndaki kanuni düzenlemelere yönelik dikkat çekici bir uyuşmazlık göstermektedir. 21.5.2011'de Avrupa Birliği-Arabuculuk Direktifinin gerçekleşmesiyle acilen bir hüküm ihtiyacı doğacaktır.

Mahkeme içi arabuculuk Anayasa'nın 92. Maddesiyle uyuşmak zorundadır: Mahkeme içi arabuluculuk Anayasa madde 92 kapsamında mahkemenin sulh teşviki gibi yargısaldır. Yürürlükteki hukuk açısından mahkeme içi arabuluculuk Alma Usûl Kanunu madde 278 V 1 alt fıkra 2'nin kıyasen uygulanmasına dayandırılmalıdır. Arabuluculuk için mahkeme içi uyuşmazlık çözüm seçeneklerinin genişlemesi medenî usûlün öngörülen amacıyla uyumlu olmak zorundadır.

Olmaması gereken hukuk açısından Alman Medenî Kanunu içi-ne takip eden şu düzenlemenin alınması tavsiye edilmektedir:

1. Madde 278 fıkra 2 dördncü bir cümle ile genişletilmek zorundadır: „Tarafların uzlaşmasıyla sulh duruşması yerine bir mahkeme içi arabuluculuk yargılaması (madde 278a) yürütülebilir“

2. Mahkeme içi arabuluculuk Kanuna yeni madde 278a ile düzenlenmek zorundadır:

Alman Usûl Kanunu Madde 278a, Mahkeme İçi Arabuluculuk

(1) „Mahkeme içi arabuluculukta mahkeme tarafları uyuşmazlığın uzlaşarak çözülme noktasında destekler. Yargılama mahkemesinin bu görevi ele alınacak olursa, mahkeme artık uyuşmazlık çözümü konusunda yargısal karar vermeye yetkili olmayacaktır.

(2) Arabulucu hâkim ile taraflar mahkeme içi arabuluculuk sürecini anlaşarak belirler; Madde 139 Alman Usûl Kanunu kıyasen uygulama alanı bulur, hukuki dinlenilme hakkı ile usûli eşitliğin teminine dikkat edilmelidir. Yargılama, aleni değildir.

(3) Mahkeme kararlaştırılan sulhü veya arabuculuğun başarısızlığını (kesilmesini) tutanağa geçirir. Taraflardan birinin arabuculuk oturumlarına katılmaması arabuluculuk yargılamasını sona erdirir. Taraflardan her birinin talebiyle yargılamaya asıl mahkeme önünde devam edilir. Mahkeme madde 278 V 2'ye göre de yargılamayı yürütebilir. Her iki tarafın oturumlara katılmaması durumunda madde 251 uygulanır.“

3.Başkaca sonuç değişiklikleri madde 41 ve 525'le ilgilidir. Mahkeme içi arabuluculuğun icrası EGZPO'da gerçekleşmelidir. Bununla eyalet adalet yönetimi (bakanlığı) uygun bir geçiş süresi içinde mahkeme içi arabuluculuk icrası ile yükümlü olmalı. Nitelikli bir arabuluculuk eğitim ve öğretiminin asgari şartları hakkında mümkün olduğunca JuMiKo anlaşılmalıdır.

Av. Talay ŞENOL (Oturum Başkanı): Son sözlerine karşı söyleyeceğimiz, sadece çok büyük bir zevkle izledik, gerçekten zevkle izledik. İnşallah bu heyecanımızı hep bizimle paylaşırsınız. Teşekkür ederiz.

Şimdi, bir ara vereceğiz, tabii benim heyecanımdan dolayı o arayı vermedik. Daha iyi oldu, çünkü birbirini tamamlayan konuşmalar yaptılar. Ara vermeden önce bir şeyi yanlış anlamalara meydan bırakmamak için ifade etmek istiyorum.

Birincisi, biraz önce söylediğim gibi, benim gönlümde yatan, avukat olarak, ne derece diğer barolar veya Barolar Birliği'nin kurumsal kimliği taşır, henüz daha kesin değil. Mahkeme yanında "gerichtsnahe" denen arabuluculuk sistemi. Mahkeme içi yani "gerichtsinterne" denen bir sisteme de şöyle karşı değiliz: Aslında öyle bir yargılama sürecini de özlüyoruz. Ama Almanya'da yargıçlar bağımsızlıklarını ilân ettiler. Birden bire Usûl Kanunu'nda olmayan bir yolu denemeye başladılar ve sanıyorum -sayın hocalarımız da bunu anlattılar- bu ne dereceye kadar Anayasa ile bağdaşıyor veya Usûl Kanunlarıyla bağdaşıyor veya yargıcın kanunlara bağımlılığıyla bağdaşıyor, onu tartışabiliriz. Ama her iki hâlde de şöyle anlıyoruz, nitekim bunu Sayın Hocamız da söyledi: Sivil hukuk, yani medenî usûl dediğimiz usûl taraf hukukudur. Yani burada taraflar gelirler, avukatlarıyla tartışırlar. Aslında bu usûle göre hâkim hakem konumundadır. Bir uzlaşma sağlayacak konumdadır. Maalesef öyle bir anlayış, kasaba hâkimi veya Almancası "Dorfrichter" yani sulh hâkimi, taraflar arasında sulh yaratmaya çalışan hâkim tipini uzaklaştırdı. Tek başına yargıcın götürdüğü bir sisteme gitti. Hatta böyle ara kararı verirken direkt "gereği düşünüldü" diye başlarlar. Birkaç defa itiraz ettim, "Efendim, müsaade edin de ben talebimde bulunayım, karşı taraf da bir şey söylesin" deyince "E, bunları söylemeyecek misiniz?" dediler. Yani yargıcın egemen olduğu tek taraflı, dayatmacı bir mantığın egemen olduğu bir noktaya geldik. Biz de diyoruz ki, mahkeme içi mediasyonun bu şekliyle, bu rolüyle bizim anladığımız manada ve kabul edilebilir manadaki mahkeme yanındaki mediasyonun bir tamamlayıcı unsuru olarak bunların birlikte yaşayabileceklerine inanıyorum.

Tabii, bu ikisinin içerisinde de avukatlar olacaktır, bizim anlayışımıza göre. Çünkü bu bir hukukî ihtilaf çözümdür. Bu çözüm işi de avukatlarındır, biz avukatlığı sorun çözme sanatı olarak tarif ederiz. Dolayısıyla avukatların dışında olan bir mediasyonun, bir arabuluculuğun sağlıklı olmayacağına inanıyoruz. Diğer meslek grupları yardımcı unsur olabilir, ama bizim inancımıza göre, eğer arabuluculuk kaliteli bir ihtilaf çözümü yaratacak, toplumda huzur, barış bir an önce adaleti sağlayarak, ihtilafları çözerek taraflar arasında barışı sağlayacak, toplumda barışı sağlayacak ise bunun bir hukuk nosyonuna sahip kişiler tarafından götürülmesinde yarar olduğuna inanıyoruz. Tartışılabilir, ama bizim inancımız bu.

Özellikle ben konuşmacımıza bu Tasarı ile ilgili verdiği bilgilerden dolayı teşekkür ediyorum. Çünkü bizim de bir Tasarımız var. Bu maalesef henüz Adalet Komisyonu'ndan çıkmadı, alt komisyonda bekletiliyor ve büyük bir ihtimalle de seçim sonrasına kalacak, hatta kadük olacak. Biraz da iyi olacak, çünkü bize daha fazla tartışma imkânı vereceğine, özellikle Almanya'daki Taslak da değerlendirilerek daha sağlıklı bir konsensüse ulaşılabileceğine inanıyorum.

Ben tekrar teşekkür ediyorum.

Şimdi kısa bir ara veriyoruz, aradan sonra tartışma bölümüne geçeceğiz.

TARTIŖMALAR

Av. Talay ŖENOL (Oturum BaŖkanı): Değerli arkadaŖlar, kıymetli konuklar, üçüncü bölümü açıyorum. Ŗimdi soru-cevap kısmına geçiyoruz. Buyurun efendim.

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın BaŖkanım, değerli konuklar; teŖekkür ediyorum.

Ŗimdi, değerli Alman konuklarımızdan daha mahkeme içi arabuluculuğun ne kadar önemli tartışmalara sebebiyet verdiğini açık bir şekilde gördük. Mahkeme dışı arabuluculuk noktasının artık düşünün ne kadar tartışma yaratabileceğini.

Ben Türkiye'nin Ŗu anda içinde bulunduğu durumda artık Avrupa Birliği'ne giden bu uzun ve ince bir yolda geri dönüp bu arabuluculuğa iliŖkin mevzuat yapmaktan vazgeçmesinin mümkün olmadığını düşünüyorum. O itibarla bir kere bu yola girmişiz ve yapılan Tasarı'yı da benim çok endişe duyduğum bir nokta düzeltilmiş olduğu için tamamen tasvip ediyorum, onu da başta belirtmek istiyorum.

TARTIŞMALAR

Yalnız, halledemediğim, içinden çıkamadığım bazı soru işaretlerim var. Değerli Alman konuklarımıza bu soru işaretlerini sormak istiyorum, ki bunları da “Critical Little Statis Movement” adında ABD kökenli bir anti ADR diyelim, hareketin manifestosundan bazılarını aldım.

Şimdi, bir kere diyorlar ki bunlar, ADR hareketi taraf çatışmasına dayanmayan çözüm yollarının daha iyi bir dünya yaratabileceğini ileri sürerek anti hukuk yani hukuk karşıtı bir ideolojiyi yaymaktadır diyorlar. Birinci direnç noktaları bu. İkinci olarak, süratle gidebilmek için okuyacağım bu manifestonun önemli noktalarını; ADR yöntemleri davanın yegâne sosyal fonksiyonunu özel nitelikteki uyuşmazlıkların çözümlenmesine indirgemektedir. Oysa adli sistemin yegâne amacı taraflar arasında sulhu tesis etmek değil, aynı zamanda yasal hükümlerin dayanağı olan ideal değerleri de somutlaştırmaktır. Bu konuda ne düşünüyorlar değerli misafirlerimiz?

Sonra bir diğer nokta, bazı basit uyuşmazlıkların çözümü için alternatif çözüm yolları ihdas etmek iki katlı bir adalet sistemi yaratmak olur diyorlar. Hele hele bu durum daha ucuz ve masrafsız yollarla uyuşmazlıkların çözümlenmesi gibi bir gerekçeye dayandırılıyorsa, ekonomik gücü az olanlar için ikinci sınıf bir çözüm yolu, ikinci sınıf bir adalet yaratılmış olur diyorlar.

Bir başka direnç noktaları, ADR hareketi ekonomik menfaatleri önemli olan bazı özel kişilere bir deregölasyon imkânı sağlar ve bu kişiler kendi menfaatlerini, toplumun normlarını hiç dikkate almadan gerçekleştirebilme imkânına kavuşurlar. Nitekim diyorlar, birçok ticarî işletme ADR yöntemlerinin promosyonu ve gelişmesi için büyük para yatırımları yapmaktadır. Bunun nedeni hakkında soru sormak lazımdır. Bu yatırımlar söz konusu ticarî işletmelerin ADR yöntemlerinin yayılmasında kişisel olarak menfaatleri olduğunu göstermektedir diye bir dirençleri var.

Sonra bir başka direnç noktası Avrupa Birliği hukukçularının sosyologlardan geliyor, ADR hareketi siyasi, kültü-

rel ve sosyal bir boyuta sahiptir, çağdaş Amerikan toplumu bünyesinde doğmuş ve gelişmiştir. Hareketin Avrupa'daki taraftarları, ADR'nin bu yönünü ihmal etmektedir, insan davranışlarını dikkate almamaktadır. ADR'nin Avrupa'daki taraftarları uyuşmazlıkları sosyal ortamdan ayrı ve sosyal ortamdan kopuk olaylar olarak telakki etmektedirler. Hâlbuki ADR'den alınacak olan sonuçları bu yönüme başvuracakların ve başvuruların kültürü belirler diyorlar. Bu çekincesi hakkında Avrupa Birliği'ndeki bazı hukukçuların ne düşündüğünü sormak istiyorum. Sonra tabii, taraflar arasında eşitsizliği giderme, bu eşitsizliği aksine daha da kuvvetlendirir diye bir şey var, onu biraz evvel söyledik.

Önemli bir eleştiri, arabulucuların tarafsızlığı ve bağımsızlığına yönelik. "Arabulucuların ücretlerini kural olarak taraflar ödediği için, arabulucuların kararları ilerideki muhtemel bir ihtilafta tekrar arabulucu veya hakem olarak görev yapma düşünce ve arzusundan etkilenebilir" diyorlar. Şu hâlde, arabulucuların uyuşmazlığın süratli bir şekilde çözümlenmesinde kişisel menfaatleri olabilir düşüncesindedir.

Onun için, ADR sistemi, adli sistemin dayandığı temel garantilerden kesinlikle yoksundur ve bu da sorunlara neden olabilir düşüncesindedir.

Benim üzerinde en fazla durduğum nokta şu: ADR taraftarları bu sistemin, bu yöntemlerin, uyuşmazlığın mahkemelerce hüküm yoluyla giderilmesine nazaran çok avantajlı tarafları olduğunu ileri sürüyorlar ve diyorlar ki: "ADR yöntemleri özellikle maddî hukuk kurallarını bir kenara bırakıp yaratıcı çözümler bulunması konusunda rakipsizdir. Büyük bir imkân sağlamaktadır, bu bağlamda büyük avantajlar sağlamaktadır".

Şimdi, böyle olunca "ADR'nin hukukun izlediği amaçları yok saydığı veya en azından bu amaçlara özel bir ağırlık vermediği söylenebilir" düşüncesindedir. "ADR, ne pahasına olursa olsun, uzlaşmaya sevk ettiği için maddî hukuk kurallarının kapsamını zayıflatmaktadır. Oysa bu kuralların birçoğu kamusal değerler içermektedir. Maddî hukuk karşı-

sındaki bu kayıtsızlık, istenmeyen bazı sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Sonra, maddî hukuk kurallarını uyguladığımız zaman çözümler, yani uyuşmazlık karşısında öngörülebilir çözümler vardır. İşte, şu maddî hukuk kuralına göre böyle bir sonuca varabiliriz diye, sonucu daha önceden öngörebiliriz ve bu yönden taraflara iddialarının başarı şansını değerlendirme ve başarısızlığa mahkûm davayı açmama imkânını veririz.” diyorlar.

“Maddî hukuk kuralları, ayrıca hâkimin keyfiliğine ve tarafgirliğine karşı da garanti oluşturan ilkeleri bünyesinde taşır. Oysa maddî hukuk kurallarıyla bağlı olmayan bir arabulucu veya hakem veya uzlaştırıcı bakımından tarafgirlik ihtimali daha yüksek olabilir.

Nihayet maddî hukukun uygulanmaması, hakkın ve adaletin yerine gelmemesi sonucunu doğurabilir. Uzlaşmada davalı isterse ve daha çabuk ödeme yapacaksa, davacı alacağına daha azını almaya razı olabilir uzlaşmada” diyorlar.

Şimdi, burada “Efendim, barış sağlanmıştır” demek doğru değildir. Yani iki taraf da sarılıyor, sevgi pıtırıcıları ortaya çıkıyor” demek doğru değildir, çünkü davalı da aradaki ilişkiler iyileştiği için değil, ödemesi gerekenden daha azını ödeyeceği için çözüme razı olmaktadır.

Nihayet, son olarak değindikleri bir nokta da, “ispat aşamasının bulunmaması, hiç kuşkusuz ADR’nin süratli olmasını sağlar. Ama bir uyuşmazlığın vakıalarının tam araştırması yapılmadan uyuşmazlığın düzgün ve doğru şekilde çözümlenmesi mümkün değildir. Yani taraflar sahip oldukları verileri ibraz etmeye bir şekilde zorlanmadıkça sonuç fiilen ancak eksik olacaktır ve dolayısıyla muhtemelen de yanlış olacaktır.” diyorlar.

Şimdi, benim de bu söylediğim çekince ve eleştirilerde doğrusu açtığım birçok nokta var. Bu maddî hukuk kurallarının bu ölçüde bir kenara bırakılması bende de biraz bir rahatsızlık uyandırıyor. Belçikalıların ünlü bir hukukçusu var, “Ost” adında, bu bir makalesinde “Sonuç olarak, huku-

ku kanun ve hâkim figürlerinin dışında düşünmek gerçekten mümkün müdür diye sorarım.” diyor. Ben de biraz o noktadayım, yani hukuku acaba kanun ve hâkim figürlerinin dışında düşünmek gerçekten mümkün müdür? Değerli konuklarımıza bu süratle genişletmeden sorduğum soruları her ikisine de yönelmiş oluyorum ama, öncelikle Sayın Profesör Prütting’e yöneliyorum. Çünkü Sayın Hess tamamen aksi yönde gerekçeler getirecek, biliyorum.

Teşekkür ediyorum konuklarımıza.

Av. Talay ŞENOL: Sayın Hocamıza da teşekkür ederiz.

Şimdi sayın konuşmacılarımız kısa kısa kendileriyle ilgili gördükleri sorulara cevap verirlerse memnun olurum.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING: Sorunuzun çıkış noktası, bu Amerika’da ADR’yi bir tür hukuk dışı bir ideoloji olarak gören bir bakış açısına ilişkin. Şöyle söyleyeyim: Bu çok tipik Amerikan bakış açısıdır. Bundan kırk yıl önce şöyle bir araştırma yapıldı: Amerikalılar “Multi-Door Courthouse” adıyla ilk bakışta harika bir düşünce gibi gözüken; ancak, sosyal zaafiyetler bakımından bakımından bir arka plan olarak görülen düşünce geliştirmiştir. Fakat ADR konusundaki bu karşıt görüşler çok da yeni görüşler değil. Fakat şu anda yapılan bu sunumdaki bu çarpık bakış açısına karşı şunu söyleyebilirim: Burada durum tabii biraz karma bir durum, dolayısıyla böyle bir sunuma ne evet ne de hayır diye cevap verebilirim. Çünkü katıldığım ve katılmadığım noktalar var. Eğer soru içerisinde “Bir arabulucu taraflı olabilir mi?” diye soruluyorsa, bu durum hâkim için de pekâla gündeme gelebilir. Gerek hâkimin gerek arabulucunun ya da uzlaştırıcının tarafsızlığı tabii ki bizim için temel ilkedir. Eğer bu gerçekleşmiyorsa, -gerek devlet yargısı gerekse tahkim ya da arabuluculuk- her usûl anlamsızdır.

Diğer konuyla ilgili olarak, tabii ki sunmuş olduğunuz başlıkların bazılarını savunuyorum, bazılarına karşı çıkıyorum. Fakat yargılamanın amaçlarının ve maddî hukukun

gerçekleştirilmesinin önemine vurgu yapmıştım zaten. Sayın Hess ile benim aramda bu noktada da bir fikir ayrılığı yok. Her şeyi aynı anda elde edemezsiniz. Her usûl, her mesele birbirinden farklı olduğuna göre, her meselenin de maddî hukukta ve usûl hukukunda aynı şekilde çözümünden söz edemeyiz. Çocukla ilgili hukuk davalarında olduğu gibi arabuluculuğa elverişli meseleler vardır. Fakat burada maddî hukukun gereklerini yerine getirmek mi daha önemlidir, yoksa çocuğun bir boşanmada menfaatlerini kanun olmaksızın arabuluculuk yoluyla korumak mı daha önemlidir çok emin değilim. Ancak başka alanlardan, örneğin tüketici hukukundan bahsettim. Kısaca, bu tür genel bir soruya verilecek net bir cevap bence yoktur.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun Sayın Hess.

Prof. Dr. Burkhard HESS: Evet, sizi hayal kırıklığına uğratmam gerekiyor, çünkü Sayın Prütting ile ben bu konuda mutabıkız ve ADR'nin -ki ADR deyince sadece arabuluculuktan bahsetmiyoruz- getirdiği tehlikeler, hukukun öngördüğü çerçevenin dışına çıkmaktır. Hukukun koruma ve adalet fonksiyonlarının göz ardı edilmemesi gerekiyor. Bu şu anlama geliyor: Gerek emredici hukuka gerekse yargılama garantilerine mahkeme dışındaki arabuluculukta da riayet edilmelidir. Ama -şimdi ama'yı da eklemem gerekiyor tabii ki- hukukun geçerli olduğu ama mahkemelerin etki alanının bulunamayacağı alanlar vardır. Bu benim yaşadığım bir deneyimdir. Ben, Alman otomotiv endüstrisindeki şirketlerin hukuk danışmanlığını yapıyorum. Orada mesela satın alma sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri, yazılım ürünleri ya da ürün sorumluluğu gibi konular var. Bu şirketlerin on yıllara dayanan ilişkileri vardır, burada ürünlerin geri alınmasında olduğu gibi ciddi uyuşmazlıklar meydana geliyor. Bu gibi uyuşmazlıklarda hiçbir zaman devlet mahkemesi karar vermiyor. Bu tür uyuşmazlıklar birincil olarak hukuk tarafından çözülmüyor. Tabii ki hukukçular bu işin içerisine dâhil oluyorlar. Yakın zamanlarda mesela ayıplı frenle ya da enjeksiyon araçlarıyla ilgili ürünleri geri alma işlemleri olmuştur ve bu arabuluculuk sürecinde hu-

kuk adamları tabii ki dâhil oluyorlar danışman olarak. Bu gibi durumlar da bariyle esas itiarabuluculuğa uygundur. Zaten bunları artık mahkemeye taşımak istemeyeceklerdir, çünkü işleri gizlilik üzerine yürütmek istiyorlar. Tabii ki aralarındaki ilişkinin bozulmasını da istemiyorlar, çünkü yıllardır birlikte çalışıyor ve parçalarını oradan alıyorlar, bundan sonra da öyle yapacaklar. Oysa arabuluculuğa ya da ADR'nin diğer araçlarına başvurmayı tercih ediyorlar. Tabii ki hukuk temel veridir bizim için, temelimizi oluşturur fakat burada müzakere de yapılıyor. Zararın tazmini için ürünler yeniden gönderiliyor ve burada en küçük kuruşa kadar hesaplama yerine, orta bir yol bulunmaya çalışılıyor. Burada şu söylenebilir: "Hukuktan uzaklaşıyorsunuz, emredici hukuku uygulamıyorsunuz". Fakat şunu da unutmamak lazım: Hukukun sadece küçük bir rol oynadığı alanlar da vardır ve burada da tahkim, arabuluculuk gibi araçlar çok mantıklı şekilde kullanılabilir. Bu alanda çalışan hukukçulara ADR yöntemlerinde sınırların nerede olduğunu ve artık müzakere edilemeyecek noktaların ne olduğunu belirlemek konusunda çok net bir görev düşmektedir.

Av. Talay ŞENOL: Teşekkür ederim.

Buyurun efendim.

Doç. Dr. Şükran ŞIPKA (Aile Hukuku Derneği): Ben medenî hukukçuyum ama ağırlıklı olarak aile hukuku ve miras hukuku konusunda uzmanlığım var ve son yıllarda da yeni Medenî Kanunumuzun kabulüyle birlikte aile hukukundaki mal paylaşımı ve mal rejimi, boşanma, velayet, bu konularda danışmanlık yapıyorum.

Benim sayın misafirlerime bir sorum var, bir de tüm Türk hukukçularına bir önerim ve sorum olacak.

Sayın misafirlerimize sorum şu: Sanıyorum Almanya'da aile mahkemeleri yok. Aile hâkimleri acaba boşanma davalarında ya da velayette ya da mal paylaşımında -onlarda da çünkü çok öyle tasfiyeye dayalı bir mal rejimi var- mahkeme içi arabuluculuk yapıyorlar mı, yapacaklar mı? Ya da yapmı-

yorlarsa dışarıdan bu konuda mahkeme yanlı arabuluculuklar ne kadar etkili oluyor? Birinci sorum bu.

İkinci sorum: Sayın Hess dediler ki: “İki üç saatlik oturum yapılıyor ve bu yeterli olmuyor.” Bu bir şart mı? Yani mutlaka tek oturumda mı arabuluculuk yapması gerekiyor hâkimin? Bunu ikinci oturum, üçüncü oturum olarak yapamaz mı?

Diğer sorum Türk Hukuku’na yönelik. Bizim Aile Mahkemeleri Kanunumuz aile hâkimlerine arabuluculuk görevi vermiştir, bana göre. Çünkü orada aile hâkimi öncelikle uzlaşmaya yönlendirecek. Biliyorsunuz aile mahkemelerimizde uzmanlarımız atandı, onlar da mahkemenin bir parçası. Hâkimler, uzmanlar vasıtasıyla arabuluculuk yapamazlar mı? Sayın Adalet Bakanlığı yetkililerine de bu konuyu sormak istiyorum ya da bu konuda bir pilot proje yapabilir miyiz? Çünkü ben aynı zamanda Aile Hukuku Derneği kurucusuyum ve bu alanı gerçekten çok önemsiyorum. Boşanmaların artması, mal rejimlerinin içinden çıkılmaz duruma gelmesi nedeniyle aile arabuluculuğunun Türkiye’de bir lokomotif görevi göreceğine inanıyorum. Arabuluculuğun da bu yönüne, aile arabuluculuğuyla da tanıtılabileceğine inanıyorum. Ama Adalet Bakanlığı’nın bu konuda bizlere, sivil toplumlara ya da üniversitede çalışanlara, bu alanla ilgilenenlere en azından manevî destek olması gerekir ki aile mahkemelerinde bu arabuluculuğu oturtalım. Acaba böyle bir pilot proje Bakanlık bünyesinde, aile mahkemelerinde mümkün olabilir mi?

Teşekkür ediyorum.

Av. Talay ŞENOL: Ben teşekkür ederim.

Önce Alman dostlarımıza cevap vermeleri için söz veriyorum.

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING: Sorunuzun çıkış noktası, Almanya’da aile mahkemesi olmadığına tespitidir. Ama bunu biraz düzeltmem gerekecek. Çünkü 1976’dan bu yana sulh mahkemesinin bir dairesi olarak aile mahkemesi var.

Bir de, aile mahkemesini çekişmesiz yargı işleri ile birlikte büyük aile mahkemesi olarak genişleten bir kanun (FamFG) yürürlüğe girdi. Her ne kadar mahkeme, birinci dereceden sulh mahkemesinin altında yer alıyorsa da bu alanda yetkileri genişlemiş durumda.

İkinci nokta, bu kanuna ilişkin olarak şu da dile getirildi: Aile hukukuyla özellikle çocukla ilgili konularda hâkimin bir arabulucu rolü vardır. Zaten bu da gerçekleştiriliyor. Ama Almanya'da arabuluculuk kurumunun mahkeme dışında çok başarılı olduğunu, özellikle bu alanda çok başarılı olduğunu görüyoruz. Bu alanda aile arabuluculuğu yapıyor mahkeme dışında ve oldukça da başarılı olduğunu düşünüyorum. Bu tek taraflı değil, sadece mahkeme dışı değil, mahkeme içinde de arabuluculuk çok başarılı oluyor, aile mahkemesiyle ilgili olarak.

Sanırım sorunuzun kalan kısmını Sayın Hess cevaplandırarak.

Prof. Dr. Burkhard HESS: Ben de sizin bıraktığınız yerden devam edeyim.

Mahkeme dışı, yani serbest aile arabuluculuğunun önemli bir kısmı, eşlerden birinin ya da ikisinin de kendi hesabına çalışan kişiler olduğu uyuşmazlıklara ilişkindir. Örneğin, taraflardan birisinin muayenehanesinin iflâs etme tehlikesi varsa, bu noktada mal rejimine ilişkin uyuşmazlık da vardır. Mal rejimine konu malların ne şekilde kullanılacağı, arabulucunun konusunu oluşturabilir. Heidelberg'de mesela bu alanda ağırlıklı olarak çalışan ve uzmanlaşmış olan serbest arabulucular vardır.

Şunu sordunuz bir de: "Mahkeme içi arabuluculukta eğer mesele o verilen iki saatlik oturum içerisinde halledilemezse ne olur?" Bundan sonra başka oturumlar da yapılabilir tabii ki. Fakat buradaki bu süreç, bir arabuluculuk için iki saatten fazla zaman ayrılmamasını öngörüyor. Bu da beraberinde sorun getirebilir tabii ki. Böyle bir noktada hâkim arabulucu,

TARTIŞMALAR

tarafra ma hkemeye yakın bir arabuluculu ğa başvurmasını isteyebilir. Yani şunu söyleyebilir: Uyuşmazlık kompleks bir yapıda, bu kısa süre içerisinde çözüme ulaşamayaca ğız, demek ki bunu mahkeme dışında devam edebilirsiniz” diyebilirler. Bu konuda da çok fazla dayanılabkilecek istatistik yok, çünkü Göttingen asliye mahkemesinde de bu konuda net rakamlar maalesef toplanmamış. Fakat dar ve zor bir usûlün yaratılmış olması bir problemdir.

Av. Talay şENOL: Aile mahkemeleri kurulduktan sonra de ğişik sebeplerle, belki biraz da kafamdaki o aile mahkemesi modelini görmedi ğim için bugüne kadar hiçbir duruşmaya katılmadım. Endişem, çok iyi niyetle başlamış olan bir yapılanmanın de ğişik nedenlerle hatta bu konudaki uzmanların da belki tam anlamıyla sağlanamaması nedeniyle sonunun çocuk mahkemelerine dönmesidir. Ama bu konuda bilmiyorum, aramızda Sayın Genel Müdürüm var, Sayın Genel Müdür yardımcılarım var, bu konuda bilgi aktarmak isterlerse kendilerine söz vermek istiyorum.

Kenan ÖZDEMİR (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü): Öncelikle hepinize hoş geldiniz diyorum. Dün katılmadım çünkü, Türkiye’de de ğildim, bugün de gecikmeli bir şekilde katıldım.

şimdi, aile mahkemeleriyle ilgili, doğrudur yani öncelikle uzmanlar noktasında veya di ğer fizikî altyapı konusunda bazı sıkıntıların yaşandığına ilişkin bize de ulaşan şikâyetler vardı. Ama tabii şu anda çok somut olarak bunlara özgü bir çalışmamız yok. Fakat bizim ileriki projelerimiz arasında -ileriki derken bu çok uzun vâdeli bir şey de ğil- düşüncemiz şudur ki: Bugün aslında adliyelerimizde çok de ğişik birimlerde, işte denetimli serbestlik, aile mahkemeleri, çocuk mahkemeleri gibi yerlerde istihdam edilen ve birbirleri arasında geçiş olmayan bazı personelimiz var; işte sosyologdur, pedago ğdur, bu tür kişiler. Bizim gerçekleştirebilirsek Bakanlık Teşkilat Kanunu’nun hazırlığında ayrı bir genel müdürlük teşkilatlanması yapmak ve adliyelerde şube müdürlüğü düzeyinde bir istihdam sağlayıp bütün bu aynı alanda görev

yapan kişileri bir havuza toplayıp kaynakların daha rantabl çalışmasını, daha rantabl kullanılabilmesini sağlamaktır.

Bunun yanında, proje noktasında yine Sayın Hocamızın bir sorusu vardı, önerisi vardı. Şimdi, biz tabii Kanunlar Genel Müdürlüğü olarak işin doğrusu, kanun çıktıktan sonraki uygulamasında sorunlar varsa bize intikal eder ama kanunun daha iyi uygulanması noktasında uygulamaya yönelik işlemler bizim Genel Müdürlüğümüzün görev alanına girmiyor. Fakat Bakanlığın genel anlayışı, mümkün olduğunca uzlaştırma, arabuluculuk türü sistemlerin daha etkin bir şekilde kullanılabilmesini sağlamak. Bu konuyla ilgili ceza alanında bildiğim kadarıyla bir projemiz var, uygulanıyor, devam ediyor.

Arabuluculukla ilgili olarak da Hukuk İşleri Genel Müdürlüğümüzün çalışmaları var, fakat bunun proje düzeyinde olup olmadığını ve münhasıran aile mahkemelerine ilişkin olup olmadığı konusunda ben şu anda kesin bilgiye sahip değilim. O yüzden net bir şey söyleyemeyeceğim.

Tekrar teşekkür ediyorum hepinize.

Av. Talay ŞENOL: Sayın Genel Müdürümüze biz de teşekkür ediyoruz.

Soru sormak isteyen?

Buyurun efendim.

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ÖZBEK: Teşekkür ediyorum.

Çok kısa bir soru arz edeceğim.

Mahkemeler teşkilatı bünyesinde adli hizmet uzmanı kadrosunun ihdas edilmesi planlanıyor. Ben bunun faydalı olacağı kanaatindeyim. Bu adli hizmet uzmanı hâkim yardımcısı "Rechtspfleger" Alman Hukuku'nda olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da mahkeme içi arabuluculukta faydalı bir işlev görebilir mi? Özellikle şu an Türk Hukuku'nda bilirkişilik yeni bir boyut kazandı. Tetkik hâkimliği gibi, raporörlük gibi çalışmaya başladı. Artık öyle bilirkişi raporları görüyoruz ki sonuç yok. Sadece dosya özeti var. Acaba böyle

bir ihtiyaç varsa bunu adlî hizmet uzmanıyla ve arabuluculuklarda faydalanacak şekilde geliştirebilir miyiz?

Arz ederim.

Av. Talay ŞENOL: Cevap vermek üzere sözü konuklarımıza veriyoruz...

Prof. Dr. Burkhard HESS: Çok teşekkürler. Almanya'da mahkeme içi arabuluculuk hâkimler tarafından yapılır. Adlî hizmet uzmanları yürütmez. Bizim anlayışımıza göre, adlî hizmet uzmanlarının faaliyeti, hâkimlerin rutin olarak yaptıkları işlerin yükünü üstünden almasını amaçlıyor. Bu mahkeme içi arabuluculuk bu tür rutin işler değildir. Bu birinci husus.

Biraz önceki tebliğime ek olarak şunu da söyleyebilirim: Mahkeme içi arabuluculuğun başarısı Almanya'da özellikle şu hususa bağlıdır: Almanya'daki hâkimlerin prestiji son derece yüksek. Yani halkın hâkimlere ve kararlarına duydukları güven son derece yüksektir. Bu nedenle taraflar mahkemeye başvurmuş olmalarına rağmen arabulucu olarak, bir arabulucu hâkimi görmek isterler. Adlî hizmet uzmanlarını görmek istemezler, ki onlar çoğunlukla kanuna bağlı olarak çalışırlar. Bilirkişilerin de Almanya'daki Medenî Usûl Kanunu çerçevesinde mahkemece arabuluculuk yapma ödevi bulunmamaktadır. Onlar mahkemenin yardımcısıdır, taraflardan bağımsızdırlar. Mahkemenin sahip olmadığı bir uzmanlık alanında görüş belirtirler. O bakımdan burada esasa ilişkin bir durum söz konusudur.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun Sayın Erdem.

Arş. Gör. Dr. Murat ERDEM (Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Konuşmacularımıza tebliğinden dolayı teşekkür ediyoruz.

Benim Profesör Hess'e bir sorum var. Bir de bir noktadaki görüşünü öğrenmek istiyorum. Öncelikle Sayın Hess eyaletler arasındaki hukuk birliğinin sağlanması amacıyla mahkeme içi arabuluculukta hâkimlerin verecekleri kararlar

arasında bir irtibatın olması gerektiğinden bahsetti. Yanılmıyorsam, anladığım kadarıyla, bunun da hukuk birliğinin sağlanması açısından daha doğru olacağı görüşünü belirtti. Acaba, alternatif çözüm yöntemleri olarak belirttiğimiz bu hususta zaman içerisinde getirilen bu çözümler bir nevi dava alternatifi olarak, daha doğrusu yargılama alternatifi olarak düşünülen bu şeylerin bir matbu hâle gelmesi, dolaşısıyla işlerliğini kaybetmesine yol açabilir mi bu birliktelik? Yani bu düşünceler? Hepsinde aynı yöntemlerin uygulanması, acaba amaçla doğrudan uygunluk arz eder mi?

Bir diğer husus da, özellikle Almanya'daki Taslak'tan bahsettiğinde, eğitim konusunda yeterince bir düzenleme olmadığından veya henüz bir hazırlık aşamasında olduğundan bahsetti. Mahkeme içi arabuluculuktaki hâkimlerin yetişmeleriyle ilgili olarak, çerçeve olarak acaba kendi ne düşünüyor Sayın Hocamız?

Teşekkür ediyorum.

Av. Talay ŞENOL: Teşekkür ederiz.

Buyurunuz Sayın Hess.

Prof. Dr. Burkhard HESS: Çok teşekkür ederim.

Ben, bütün ülkede tek tip bir hukuk yapısının oluşturulmasının Alman yargı sisteminde büyük bir ilerleme olduğunu düşünüyorum. O nedenle, eyaletlerdeki farklı farklı gelişmeler konusunda endişeliyim. 1879'dan beri Almanya'da tek tip usûl var. Biraz önce sayın Prütting, basit ihtilâflarda eyaletlerin mecburî uzlaşma yolunu getirebileceklerinden bahsetmişti. O nedenle kanun koyucunun eyaletlerden gelen dirençlerin üstesinden gelerek bu alanda tek tip bir uygulamaya gidememiş olması ne yazık ki bir zaaftır. Almanya'da avukatlar her mahkemede davaya katılabilmektedir. Birkaç yıldan beri yer itibarıyla sınırlamayı (lokalizasyon yasağını) kaldırdık, ama Federal eyaletlerde veya münferit mahkemelerde uyuşmazlık çözümlerinde -arabuluculuk da bu kapsamda- farklı düzenlemelerin geçerli olması doğru değil

bence. Bu nedenle mahkeme içi arabuluculuğun çerçeve bir düzenleme olarak Medenî Usûl Kanunu'nun altında düzenlenmesi, doğru bir adım olur ki, bu da alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda başarılı bir tercih olur.

İkinci konu, hâkim arabulucuların müşterek eğitimi. Bu, son derece temenni edilen bir konu. Bu konuda, Adalet Bakanlığıdır. Eyalet düzeyinde çerçeve koşullarının belirlenmesi ve bunların üzerinde uzlaşılması adalet bakanlıklarına düşüyor. Buradaki sorun daha ziyade tek tip bir eğitim sertifikası konusunda uzlaşmaya varamayan mahkeme dışındaki serbest arabulucular ve arabulucu dernekleri konusundadır. Neden? Almanya'da arabuluculuk eğitimi çok büyük bir pazar hâline geldi. Birçok kişi bu işten çok para kazanıyor. Avukatlar, ilave bir eğitimle arabuluculuk sertifikası almaya çalışıyorlar. Eğitimlerde aranan koşullar farklı farklıdır.

Şimdi, iyi bir eğitimin ön koşulu, arabulucuların arabuluculuk çalışmalarına bizzat katılmalarıdır, buna uygun süpervizyonun uygulanmasıdır. Yani bu arabulucular uyuşmazlık çözümü yaparken, başka uzman arabulucular tarafından gözlemlenir. Yeterince arabuluculuk usûlü olmadığı sürece, bizzat katılım da gerçekleşmeyecektir. Bu nedenle de Almanya'da arabulucu olmak isteyen herkes yeterli bir şekilde arabuluculuğun uygulamasına katılmadıkları için bunu da geliştiremiyorlar. Görüleceği gibi, bu durum, Almanya'da serbest bir şekilde gelişen arabuluculuk alanında bir eksikliktir.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun.

Kenan ÖZDEMİR (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü) - Bakanlığın biraz önceki genel yaklaşımından bahsetmiştim. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nden Hâkim Necip Bey ve bizim Genel Müdürlük'ten Bahattin Bey birer ikişer cümle söyleyecek bu konudaki çalışmalar hakkında. Müsadeniz olursa...

Necip TOPUZ (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi): Teşekkür ediyorum.

Bu arabuluculukla ilgili projeleri bizim Genel Müdürlüğümüz yürütüyor. Doğrusu aile mahkemelerinde arabuluculukla ilgili somut bir projemiz yok, ancak bizim Genel Müdürlüğümüz de bu hususu heyecanla karşılıyor, onu ifade etmek istiyorum.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun Bahattin Bey.

Bahattin YURT (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi): Ben de az önce Hocamın sorduğu, “Aile mahkemelerine ilişkin bir proje var mı?” sorusunu tamamlamak için söz aldım.

Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü’nün, Adalet Bakanlığı’nın 2011 yılı Eylül ayı içerisinde uygulamalarına başlayacağı hem hâkimlerin hem de pedagog ve psikologların eğitimine yönelik büyük bir proje başvurusu olmuştu. Avrupa Birliği de buna sıcak bakıyor. Eylül ayı içerisinde başlayacak. Aile mahkemelerinin hâkimleri pedagog, psikolog ve bütün çalışanların eğitimi.

Bir Katılımcı: Ne eğitimi?

Bahattin YURT: Her alanda yargılamaya ilişkin eğitimler.

Av. Talay ŞENOL: Teşekkür ederiz.

Buyurun Muhammet Hocam.

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES (Dokuz Eylül ve Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Benim sorum aslında kısa, fakat öncelikle Sayın Prütting’i ve Sayın Hess’i Viyana’dan sonra tekrar burada dinlemek büyük bir keyifti. Ben artık bir takım oluşturduklarını düşünüyorum, özellikle arabuluculuğun karşılıklı görüşlerini seslendirmek bakımından ve çok büyük bir keyifle izledik.

Benim sorum, aslında kısa, ama önce kısa kısmını sorup sonra kısaca açacağım.

Şu anda geldiğimiz noktada arabuluculuk gibi yeni sayılabilecek bir müessese için bir, çok fazla tartışmıyor muyuz?

TARTIŞMALAR

İki, çok komplike düzenlemelerimiz yok mu? Bu sorudan neyi amaçlıyorum? Şu görüşe katılmıyorum: “Arabuluculuk bir Amerikan icadıdır, yeni bir şeydir.” Hayır. İki insan var olduğundaiki tane çözüm yöntemi vardır, ya güçlü olan diğerini dövüp hakkını alıyordu veya uzlaşıyorlardı. Dolayısıyla arabuluculuk aslında insanlık kadar eski. Fakat Amerikalılar her şeyi güzel paketledikleri için son elli yıldır güzel paketleyip sunuyorlar, bu kadar. Belki bir Alman titizliği içerisinde veya Kıta Avrupası’nın kavramcılığı içerisinde gelişmediği için biraz da bu tepki var. Ama şu bir gerçek ki, arabuluculuk, en azından uygulanma bakımından daha yeni ve biraz da yargılamanın karışık ve uzun labirentlerinden kurtulmak için arabuluculuğa yöneliyoruz. Yargılamanın karışık ve uzun labirentlerinden kurtulmak için bu yola başvururken, Avrupa Birliği direktifi var, Birleşmiş Milletler Model Kanunu var, bizim Tasarımız var, Almanya ve Avrupa Birliği ülkeleri düzenlemeler yapıyorlar. Benim endişem şu: Yargılamadan daha basit, daha kolay ve daha müzakereci bir yolla çözüm ararken acaba arabuluculuktan kaçış başlar mı? Arabuluculuğa da alternatif yeni moda, yeni alternatif yöntemler acaba ortaya çıkar mı? Bundan şu sonuç da çıkarsın: Uyuşmazlıkları çözmek için ne kadar çok alternatif varsa o kadar iyidir. Fakat hepsi mahiyetince kalmalıdır diye düşünüyorum. Arabuluculuk, bence çok fazla düzenleme konusu olmaya başladı. Acaba üç beş maddelik düzenlemelerle yetinmek yerine bu kadar karışık düzenleme yapmak iyi bir şey midir, arabuluculuğun mahiyetine uygun mudur?

Teşekkür ediyorum.

Av. Talay ŞENOL: Biz teşekkür ederiz.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING: Tabii kısa bir soru olduğunu söylediniz ama oldukça karmaşık bir alana parmak basınız. Arabuluculuk gereğinden fazla mı düzenlenmiştir? Buna itiraz edeceğim. Ne Avrupa Birliği Yönergesi’nde ne de Almanya’daki Tasarı’da sürecin kendisini düzenlemiyoruz,

süreç serbest. Düzenlenen husus, esasen sürece eşlik eden temel ilkelerdir ve bu temel ilkelerin bir düzenlemeyi gerektirmektedir diye düşünüyorum. Yani arabuluculuğun güvenilirliği, dezavantajlı duruma düşülüp düşülmemesi, icra edilebilir olması ya da zaman aşımı konusu. Bunlar arabuluculuğun değil, esas itibarıyla arabuluculuğun güvence altına alınmasının düzenlenmesi. Bu nedenle, benim arabuluculuğun gereğinden fazla düzenlendiğine dair korkum yok. Sayın Hess'in de az önce ifade ettiği gibi, Alman bakış açısında, burada eyaletlerin farklı uygulamaları olması maalesef olumsuz bir nokta. Bu konuda da kendisine katılıyorum açıkçası.

İkinci nokta da, arabuluculuğun yeni olması. Hem evet hem hayır. Tarihsel olarak araştırdığımızda tabii ki birçok şey yeni değildir. Hakimın duruşmadan önce sulh 1942'den beri vardır. 1950'de başarılı bulunmadığı için yeniden kanundan çıkarılmıştır, şimdi yeniden dâhil edilmiştir. Bu, hep aslında gidip gelen bir hikâyeye. Buradan şöyle bir sonuç çıkarabiliriz: Temel fikir itibarıyla her şeyi çatışmacı olarak değil, mümkünse sulhla düzenlemek, çözümlenmek yeni bir fikir değildir, eski bir fikirdir fakat sürekli olarak yeniden gündeme taşınmaktadır. Belli dönemlerde başarısız olduğu düşünülerek bir kenara itilmiş olması ilginç bir tarihsel gelişimdir ve şu anda da ADR'nin bütün yöntemlerine, bütün araçlarına umut bağlamamak gerekiyor. Devlet eliyle uygulanan adaletin önemini bir kez daha vurgulamak gerekiyor.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun efendim.

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Çok teşekkürler.

Ben arabuluculukla ilgili bir noktaya temas etmekte yarar olduğunu düşünüyorum. Özellikle sağlık hukuku alanında ve gıda hukuku alanında tazminatların söz konusu olduğu günümüzde büyük fast-food firmaları aleyhine açılabilen yüksek rakamlı tazminat davalarının söz konusu olduğu günümüzde, acaba yargılamanın hukuk yargısı da olsa, toplumun bilinçlenmesi anlamında, kamunun aydınlatılması, bilgilendirilmesine vermiş olduğu desteği arabuluculukta gizli

TARTIŞMALAR

bir yöntemle bu işin uzlaşmacı suretle çözümlenmesi bu noktada bir sıkıntı yaratır mı? Yani yargılama sadece taraf menfaatlerini dengelemeye hizmet eden bir misyona mı sahiptir, yoksa aynı zamanda kamunun bilgilenmesi, aydınlatılması -ki yargılama alenidir, hâlbuki arabuluculukta gizlilik esas olan- bununla bir tenakuz teşkil etmiyor mu, burada bir sıkıntı var mı? Onu merak ettim.

Sağ olun.

Av. Talay ŞENOL: Buyurun Sayın Hess

Prof. Dr. Burkhard HESS: Bu, ciddi bir itiraz. Çünkü devlet mahkemelerinde açılması gereken kamu düzenini ilgilendiren davalar vardır. Tazminat yargılaması böyle kusurlu bir fiilin aydınlatılması bakımından mevcut yollardan sadece bir tanesidir. Örneğin cezaî bir sorumluluk varsa, ceza davası da açılabilir, bu da bir yol olabilir. Ama sizin bahsetmiş olduğunuz olayda eğer bir kusur varsa, ben bunu arabuluculuğa almayı uygun görmeyebilirdim. Bu konu tartışmalı bir konu olurdu zaten iki taraf arasında. Yani iki taraf da uzlaşmaya gitmek konusunda uzlaşamayabilir. Fakat işletmenin kusurlu davrandığı kesinleşirse, o zaman münferit tazminat davalarında belli bir standart getirebilirsiniz. Ama burada artık arabuluculuk mu yaparsınız, yoksa Amerikalıların dediği gibi “mass claim processing” mi uygularsınız, bu başka bir soru. Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yargının çekirdek görevi içinde kalması gereken belli konular vardı. Bu konuda tartışacak bir şey yok.

Prof. Dr. Erdal TERCAN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Her iki konuşmacımıza da sunmuş oldukları bu güzel tebliğler için teşekkür ediyorum.

Sorumu Sayın Prütting’e yöneltmek istiyorum.

Şimdi, arabuluculuğun temel özelliklerinden birisi de iradi olması, tarafların iradesiyle gerçekleşmesi. Gerek başvuru gerekse yürütme gerekse sonuçlandırma tarafların iradesiyle olacak.

Şimdi, sonuçlandıktan sonra da bu kez tarafların üzerinde anlaşığı sonucu icra etme gündeme geliyor. Bu da ayrı bir problem. Konuşmanızda icra aşamasında noterin, avukatın arabuluculuğuna başvurulduğu, daha sonra da tahkime başvurulduğunu ifade ettiniz. Şimdi, bu noktada bende şöyle bir tereddüt uyandı: Tarafların arabuluculuk sonunda elde etmiş oldukları uzlaşma metnini icra etmek için icra konusunda tekrar anlaşmazlık çıkar tahkime başvurulursa, arabuluculuğun başındaki uzlaşma noktasına, anlaşmazlık noktasına tekrar dönülmüş olmayacak mı? Bu noktada Türkiye’de hazırlanmış olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı’nda tarafların uzlaşma metninin icra mahkemesine ibraz edilerek icra edilebilirliğine ilişkin onaylanması öngörülmüştür. Böyle bir hükmü nasıl değerlendirirler?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hanns PRÜTTING: Teşekkür ederim sorunuz için.

Burada kaygınızı anlıyorum tabii ki, yeniden uyuşmazlığın başına dönmüş olmuyor muyuz diyorsunuz. Fakat bu tehlike sizin tahmin ettiğiniz kadar büyük değil, niyet en azından bu değil. Örnek olarak vermiş olduğum konu da böyleydi. Taraflar henüz bir sulh sözleşmesi olmadığı için sözleşme taslağı ile notere gidiyorlar, noter taslağı kâğıda döküyor duyduğu şekliyle ve bununla ilgili olarak Alman Medenî Usûl Kanunu bunun bir ilâm olduğunu kabul ediyor. Şayet tahkime gidilseydi, yeni bir tahkim yargılaması başladığı anlamına gelmeyecekti. Burada aslında kastedilen “med-arb hükmü” yani iki tarafın uyuşmazlığı sulhla çözmeye çalışan kişilerin ikinci adımda yeni bir yargılama başlatmak amacıyla değil, üzerinde konsensüse varılmış hususlara ilişkin bir tahkim hükmüne ulaşmak amacıyla hakem olarak görev yapmaları hususunda anlaşmalarıdır. Çünkü bunun yapılmasının sebebi, hakem hükmünün icra edilebilir olmasıdır. Türkiye ile ilgili olarak söylediğiniz şey, Alman kanun koyucusunun yapmak istediğı de bu, zaten önümüzdeki sene de bunu yapacak. Burada arzu edilen şey, sulh söz-

Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı

TARTIŞMALAR

leşmesinin icra edilebilir duruma getirilmesidir. Almanya da önümüzdeki yıl gerçekleştirilecek. Biz de Türkiye'deki ile aynı çizgideyiz.

Av. Talay ŞENOL: Sunumları ile bizi çok önemli bir konuda bizi aydınlatan ve rahatlıkla söyleyebilirim, toplantı öncesine göre bu konuda bizleri daha üst bilgi seviyesine taşıyan Alman dostlarımıza şahsım ve izin verirsiniz sizlerin adına bizleri sabırla izleyen ve çok değerli katkılar sunan sizlere de yine şahsım ve yine izin verirlerse konuşmacılarımız adına teşekkürlerimi sunuyorum, hepinize esenlik ve mutluluklar dileyerek oturumu kapatıyorum.