

ARABULUCULUĞUN KANUNLA DÜZENLENMESİ BAKIMINDAN AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ÖRNEĞİ

Dr. Bahadır Yakut*

ÖZET

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen tarafları çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Gönüllü bir çözüm yöntemi olması, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi, görüşme ve müzakere esasına dayanan ve bir iletişim sürecini içeren, taraflardan bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin kolaylaştırıcı olarak rol alması arabuluculuğun temel özelliklerini oluşturur. Arabuluculuğun temel amaçları, *adaletin gerçekleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde etkinlik ve kalitenin yanında adalete daha iyi erişimin sağlanması* olarak sayılabilir.

Arabuluculuk vasıtasıyla adalet, etkinlik, erişim ve kalitenin sağlanması ve bu amaçlar arasındaki görünen çelişkinin iyi analiz edilmesi, hukuk sistemi içerisinde iyi bir arabuluculuk müessesesi oluşturulması açısından çok önemlidir.

Arabuluculuk mesleğini inşa etme çabaları ve adalet ve kalitenin sağlanması konusundaki tedbirler, arabulucuk konusunda düzenlemeleri artırmıştır. Ancak bu süreç bir yönüyle, adalete ve arabuluculuğa ve erişimi sınırlayabilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısında (HUAKT), arabuluculuk hizmetlerinin etkinliği ve kalitesi açısından arabulucuların eğitimi, arabulucular sicili oluşturulması, arabulucuların denetlenmesi ve arabuluculuk anlaşmasının mahkeme tarafından onaylanması gibi kalite tedbirleri yanında, arabuluculuğun iradiliği ilkesi, zorunlu arabuluculuk uygulamalarına kapı açılmaması, arabuluculukta anlaşmayı kabul etmeyen tarafa mahkeme masraflarının yükletilmesi gibi, taraflara dolaylı baskı teşkil edecek bir takım tedbirlerin alınmamış olması, esneklik ilkesinin, arabulucunun tarafsızlığı ve eşit muamele ilkelerinin düzenlenme-

* Tetkik Hâkimi- Adalet Bakanlığı AB Genel Müdürlüğü.

si, arabuluculukta adaletin sağlanması açısından önemli vazgeçilmez ilkelere sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, ADR, alternatif uyuşmazlık çözümü, arabuluculuk anlaşması, özel hukuk uyuşmazlıkları.

ABSTRACT

Mediation is an alternative dispute resolution method in which parties of dispute negotiate and settle their dispute with the participation of third party neutral as a facilitator in a voluntary process. The main feature of this method is that parties involve this process with their own consent to find their own solution to disputes depending on the free choices of parties, as negotiation and bargaining and third party neutral play a role so-called mediator and facilitator. The fundamental goals of mediation are fairness, efficiency, quality of settlement of disputes and better access to mediation and justice. Designing a functional mediation system in legal order largely depends on analysis of competition between these fundamental goals of mediation and providing fairness, efficiency, quality of settlement of disputes and better access to mediation and justice. Efforts to build mediation system as profession and precautions to ensure fairness and quality of mediation have increased laws and rules on mediation. However, overregulation efforts can limit access to justice and mediation in some respect.

As regards the efficiency and quality of mediation services, training of mediators, establishment of registry for mediators, supervision of mediators, judicial review of settlement contract by courts, were adopted in the Draft Law on Mediation in Civil Disputes. However, there is no room for mandatory mediation and indirect settlement pressure on parties of disputes by penalizing the party which does not accept the settlement and burdening trial costs. Additionally, flexibility of process and principles of neutrality and equal treatment for mediators have fundamental importance for the fairness of mediation.

Key Words: Mediation, ADR, Alternative Dispute Resolution, settlement contract, civil disputes.

GİRİŞ

Arabuluculuk², tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak³ yürütülen tarafları çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁴. Arabulucu olarak görev yapan kişinin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir karar vermeksizin sadece tarafların kendi çözümlerini bulmalarında bir kolaylaştırıcı olarak işlev görmesi en önemli noktayı oluşturur⁵.

Gönüllü bir çözüm yöntemi olması, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin üretmesi (iradilik özelliği bkz. HUAKT Madde 3)⁶, görüşme ve müzakere esasına dayanan ve bir iletişim sürecini içeren, taraflardan bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kişinin kolaylaştırıcı olarak rol alması arabuluculuğun temel özelliklerini oluşturur⁷.

Türk hukukunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda bulunan HUAKT haricinde, arabuluculuk olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Örneğin tüketici hakem heyetleri (TKH-K madde 22), toplu iş uyumsuzluklarında arabuluculuk (TSGLK madde 22, 23 ve 34/I)⁸, medeni usul hukukunda (HUMK madde 213/I), avukatlık hukukunda (Avukatlık Kanunu madde 35/A)⁹, aile hukukunda uz-

² TÜBİTAK'a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

³ **TANRIVER Süha**, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bakış", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821.

⁴ **ÖZEKES Muhammet**, "Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk", Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009.

⁵ **ÖZBEK Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Bası, Ankara 2004, s.210; **KAPLAN Yavuz**, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", 1-2 MHB, 2008, s.121.

⁶ **PEKCANITEZ Hakan**, "Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanun Tasarısı", Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009.

⁷ **PEKCANITEZ Hakan**, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s. 15; **ÖZEKES Muhammet**, "Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk".

⁸ **SUBAŞI İbrahim**, "Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk", Ünal Tekinalp'e Armağan, cilt 2, İstanbul 2003.

⁹ **ÖZBEK Mustafa**, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", ABD, 2001/3; **SUNGURTEKİN Özkan Meral**, "Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın UzlaşmaSağlama Yetkisi", MİHDER, 2005/2; **ÖZBAY İbrahim**, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği", AÜEHFD, Cilt VIII, Sayı 3- 4, Yıl 2004, (s. 386 - 418)

laştırma (4787 sayılı Kanun madde 7) ve arabuluculuk olarak değerlendirilebilecek birtakım düzenlemelere yer verilmiştir¹⁰. Ancak bu düzenlemelerin yeterince etkin bir şekilde uygulanmadığı bilinmektedir. Bu nedenle arabuluculuğun hukuk sistemimizde etkin bir şekilde uygulanması amacıyla, HUAKT hazırlanarak TBMM'ye gönderilmiştir.

Arbuluculuğun temel amaçları, *adaletin gerçekleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde etkinlik ve kalitenin yanında adalete daha iyi erişimin sağlanması* olarak sayılabilir. Arbuluculuğun bu amaçları arasında bir yarışma ve çelişki var gibi görünmektedir. Arbuluculuğun yaygınlaşması ve kurumsallaşması, uyuşmazlıklara etkin çözüm bulma amacıyla adaleti sağlama amacı arasında çelişki yaratabileceği gibi, yüksek kaliteli¹¹ arbuluculuk hizmeti sunma amacının abartılması adalete erişimi sınırlandırabilir¹². Bu nedenle arabuluculuğun kanunla düzenlenmesinde bu amaçları elde etmek için gerekli vasıtalar dikkate alınırken amaçların elde edilmesini sağlayacak vasıtalar arasında belirli derecede bir uyumlulaştırmanın sağlanması gerekir.

Bu nedenle arabuluculuk vasıtasıyla adalet, etkinlik, erişim ve kalitenin sağlanması ve bu amaçlar arasındaki görünen çelişkinin iyi analiz edilmesi, hukuk sistemi içerisinde iyi bir arbuluculuk müessesesi oluşturulması açısından çok önemlidir. Arbuluculuk müessesesinin nasıl düzenlenmek istendiği sorusunun cevabını bulmak için bazı önemli konuların dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu konular; arabuluculuğun mahkeme dışı bir çözüm olması ve gayri resmi niteliği, esneklik ile adaleti sağlamaya ilişkin tedbirler, etkinliği sağlama vasıtalarının tespitinin zorluğu ve adaletin sağlanması amacının vasıtaları ile ilişkisi; arbuluculuk hizmetleri ve arabulucuların nitelikleri ve kaliteyi artırma vasıtası olarak arabuluculuğun uygulanması, denetlenmesi ve düzenlenmesinde

¹⁰ PEKCANITEZ Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet; SUNGURTEKİN Özkan, Meral, Medeni Usul Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, s. 724.

¹¹ BUSH Robert A. Baruch, "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments", 66 Denv UL Rev, 1989, s.335; Bush kalite açısından 6 temel standart ortaya koymaktadır. Bunlar bireysel tatmin, bireysel özerklik, sosyal kontrol, sosyal dayanışma ve kişisel dönüşüm şeklinde sıralanmaktadır.

¹² LOWRY Kem, "Evaluation of Community-Justice Programs, in the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States", Merry, Sally Engle and Milner, Nealeds Edition, Michigan, 1993, s.110; MACCOUN Robert J., LIND E. Allan and TYLER Tom R. "Alternative Dispute Resolution in Trial and Appellate Courts", in Kagehiro, D.K., and Laufer W.S., Edition, Handbook of Psychology and Law, Springer-Verlag, New York- London 1991, s.98.

temel politika tercihleridir. Arabuluculuk hukuki olarak düzenlenirken, bu amaçlar ve çelişkilerin tespiti, kanun, ilke ve etik kurallarının oluşturulması ve yorumlanmasında, yapılacak tercihler bakımından önem arz etmektedir¹³.

Arabuluculuk birçok kişinin günlük hayatının bir parçası olarak arabuluculuk adı vermeden uyguladığı bir müessesedir. Arabulucu olmak bir müzakereci olmaya benzer. Arabuluculuğun kanunla düzenlenmesi ve temel ilkelerinin oluşturulması, herkes için çok istenilen bir durum olmasa da, vatandaşlar ve kamu için güven oluşturması dolayısıyla, arabuluculuğa başvurmayı teşvik ettiği söylenebilir. Bu nedenle diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine nasıl başvuracağını ve sürecin nasıl işleyeceğini bilmeyen ve avukatı olmadığı için usule ilişkin endişeler taşıyan taraflar için, arabuluculuk ilkeleri oluşturma ve uygulama ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Arabuluculuğun çok geniş bir çerçevesi vardır ve arabuluculuğun değişik versiyonları bulunmaktadır. Bu yüzden arabuluculuğu düzenlemek kolay bir iş değildir. Bundan başka kanun koyucu, arabuluculukta kalite, adalet ve etkinliği sağlamaya çalışırken, arabuluculuğu aşırı derecede sıkı kurallara bağlı, masraflı hale getirme ve uyuşmazlık taraflarının arabuluculuğa erişimini engelleme riski de söz konusudur¹⁴.

Kamu tarafından finanse edilen veya mahkeme bağlantılı arabuluculuk programları çerçevesinde arabuluculuk düzenlenirken, yüksek kaliteli, adil ve etkin bir arabuluculuk hizmeti oluşturma konusunda benzer riskler bulunmaktadır. Kanunlar, yönetmelikler ve mahkeme içtihatlarından oluşan ilkeler elverdiği ölçüde, arabuluculuğun gizliliği, arabulucuların tarafsızlığı¹⁵, dürüstlüğü, arabuluculuğun iradiliği (gönüllülük) ve arabuluculukta tarafların seçme özgürlüğü ilkelerinin güvence altına alınması gerekir (ABD uygulamaları için 42 U.S.C.A. § 2000g-2(b); Alaska Stat § 23.40.190; Ark Code Ann § 11-2-202; MCL § 691.1559 (b))¹⁶.

¹³ **BERGMAN Edward J. and BICKERMAN John G.**, Court-Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs, (1998), ch.6

¹⁴ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation: Law, Policy and Practice, West Publishing Co., 2nd Edition, 2008, s. 11-2.

¹⁵ Tarafsızlığın gerekli olup olmadığına ilişkin yazarlar arasında farklı görüşler bulunmaktadır: bkz. **SMITH William**, "Effectiveness of the Biased Mediator", 1 Negotiation J, 1985, s.363, 368; SPIDR's Ethical Standards of Professional Conduct, Dispute Resolution Forum 13, National Institute for Dispute Resolution, 1987.

¹⁶ **MARSH Bill**, "Arabuluculuk: Birleşik Krallık ve diğer AB ülkelerinin deneyimleri", Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009; **BUSH Robert A.**

Arabuluculuğun ideal şekli, taraflara karşı dürüst ve tarafsız üçüncü bir kişinin gözetimi altında, gizlilik ilkesi çerçevesinde müzakerelerin yürütüldüğü ve çözüm kararının taraflara bırakıldığı bir sistemdir¹⁷. Hukuki ilkeler adil, etkili ve yüksek kaliteli bir arabuluculuğun nasıl olması gerektiğine ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya koyabilir. Kanunların adaletin sağlanması kavramına yüklediği anlamlarda farklılıklar ve bunu korumanın en iyi metodunun ne olduğu konusunda uyuşmazlıklar bulunabilir. ABD’de eyaletler arasında, arabulucunun uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişiler ve kamunun menfaatini koruma yükümlülüğü bulunup bulunmadığı hususunda farklı düzenlemeler bulunmaktadır¹⁸.

Genellikle, mahkemelerce arabulucuların mesleki hatalarına ilişkin etik davranış ilkeleri belirlenmiştir. Bununla birlikte ABD’nin bazı eyaletlerinde, arabulucuları kasti davranışları haricinde mesleki hataları nedeniyle açılacak davalara karşı korumak için, kanunî sorumsuzluk mekanizması oluşturmuştur. Bazı eyalet kanunları, kalite, adalet ve etkinliğin sağlanması kapsamında kamu finansmanı, mahkemelerin arabuluculuğa yönlendirmesi, arabulucuların nitelik, eğitim ve etik kurallarına ilişkin ilkeler öngörmektedir. ABD’nin bazı eyaletlerinde de, tarafların arabuluculuk anlaşmasına icra edilebilirliğe ilişkin hüküm koymaması durumunda, arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirlik niteliği kazanamayacağı öngörülmüştür. Birkaç eyalette kalite kontrol mekanizması olarak yargısal kontrol kabul edilmiş ve arabuluculuk anlaşmasının ancak mahkeme tarafından onaylandıktan sonra icra edilebilir hale geleceğine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹⁹. ABD’nin bazı eyaletlerinde olduğu gibi HUAKT’daki öngörülen düzenlemeye göre, mahkemenin arabuluculuk anlaşmasını incelemesi, özünde kamu düzenine ve hukuka açık aykırılıkları önlemek ve zayıf olan tarafları korumak için konulmuş olsa da, bir kalite kontrol mekanizması işlevi göreceği muhakkaktır.

Baruch, “Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition? The Mediator’s Role and Ethical Standards in Mediation”, 41 Fla L Rev, 1989, s.253.

¹⁷ **AKINCI Ziya**; “Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Batider*, Aralık, 1996, Cilt XVIII, Sayı 4; **ÖZBEK Mustafa**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, ABD, AUÇY, Sayı 1999/2 – 3; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, GÜHFD, Yıl 3, Sayı 1, 2004/1; “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara 2004.

¹⁸ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, *Mediation*, s. 11-3.

¹⁹ **RESNICK Judith**, “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”, 53 U Chi L Rev, 1986.

Birçok temel hukuk ilkesi kalite, adalet ve etkinlik ve arabuluculuğa erişimi etkilemesi muhtemeldir. Örneğin yargılama sürecinin alenî olması, hesap verilebilirlik açısından önem arz ederken, arabuluculuğun gizliliği ilkesi gereği, arabuluculukta alenilik uygun görülmemiştir. Bunun tek istisnası olan zorunlu arabuluculuk, ABD'nin bazı eyaletlerinde belirli davalar için öngörülmüştür ve mahkeme tarafından taraflar arabuluculuğa zorlanabilir. Bu durumda arabuluculuğun alenî olması da öngörülmüştür.

Gizlilik ilkesi HUAKT'nın 4. ve 5. maddelerinde düzenlenmiştir. Arabuluculuğun gizliliği ilkesine göre, mahkemede arabuluculukta müzakere edilen hususların delil olarak ileri sürülmesi uygun değildir (HUAKT m.5). Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar da, aksi kararlaştırılmamışsa gizliliğe uymak zorundadır. Burada gizlilik ilkesi tarafların kendileri bakımından olduğu gibi, arabulucu bakımından da bağlayıcı bir ilkedir. Ancak taraflar açısından gizlilik kendi iradelerine bağlıdır. Yani, tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür. Arabulucu yönünden ise, arabulucu kendisine sunulan veya elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutma yükümlülüğü getirilmektedir (HUAKT m.4).

Arabuluculukta avukatlardan hukuki danışmanlık alınmasına izin veren etik hükümleri, adil bir arabuluculuğun gerçekleşmesi açısından önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Avukatlar, arabuluculukta temsil edilmeyen tarafı çözüm alternatifleri hakkında bilgilendirebilir ve böylece pazarlık dengesizliğini ortadan kaldırabilir. Kalite kontrol mekanizması olarak işlev görmek üzere, taraflar arasında pazarlık dengesizliği bulunma ihtimali olan davalar, arabuluculuk kapsamı dışında tutulabilir. Son olarak, zorunlu arabuluculukta çözüm baskısı, arabuluculuk sürecinde tarafların tatmin olmamalarına rağmen, bu süreçten vazgeçme seçeneklerini sınırlandırabilir. Dolayısıyla tüm bu hususlar arabulucular ve arabuluculuk sürecini düzenleme çabalarının önemini artırmaktadır. Arabuluculuk mesleki organizasyonlarınca sertifikasyon, halkın ve arabulucuların eğitimi ve denetlenmesi, arabuluculuk sicili oluşturulması gibi iç kontrol mekanizmaları da arabuluculukta kalite, adalet ve etkinliğin sağlanması ve arabuluculuğa erişimi etkileyebilir²⁰.

²⁰ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-4.

Bu makalede yukarıda genel olarak ipuçları verilen ve arabuluculuğun dört temel amacıyla bağlantılı ve arabuluculuğun düzenlenmesi açısından önem arz eden konular çerçevesinde, dengeli bir arabuluculuk düzenlemesi açısından bu amaçların belirtilen parametrelerle olan bağlantısı analiz edilmeye çalışılacaktır. HUAKT'ın, arabuluculuğun amaçlarıyla bağlantılı parametreler açısından nasıl bir yaklaşım ortaya koyduğu ilgili bölümlerde kısaca incelenmeye çalışılacaktır.

I. ARABULUCULUKTA ADALETİN SAĞLANMASI

Adil yargılama ilkesi bakımından yargılama usul kuralları, mahkemelerin uyuşmazlıklarla ilgili karar vermesi ve kararın sonuçları bakımından, temel ilkeleri teşkil eder. Hâlbuki arabuluculuk için farklı ilkeler geçerlidir.²¹ Arabuluculukta adaletin sağlanması amacının çerçevesi, arabuluculuğa başvurmada taraflar için iradilik ve gönüllülük ilkelerinin geçerli olması ve çözümün de taraf iradelerine bağlı olmasıdır. Yani arabuluculuk sürecinde taraf iradesi bulunduğu ve uyuşmazlığa ilişkin çözümü de serbestçe tercih etmeleri söz konusu olduğu sürece adaletin sağlandığı varsayılabilir. HUAKT 3. maddesinde arabuluculukta iradilik, eşitlik ve esneklik ilkeleri düzenlenmiştir. İradilik ve esneklik ilkeleri, tarafların istediği zaman bu süreçten çekilebilmesini de içerir (HUAKT m.3). Bu anlamda HUAKT'ta arabuluculukta adaletin sağlanması amacının gerçekleşmesi için en temel unsurlarından iradilik, eşitlik ve sürecin esneklik özelliklerinin sağlandığı görülmektedir. Bununla birlikte ABD eyaletlerinde arabuluculuk kanunları ve doktrinindeki yazarların arabuluculuğun adaleti sağlama amacıyla ilgili yaklaşımları farklılıklar göstermektedir. Bazı istisnai durumlarda kanunlar ve doktrinindeki yorumlar arabuluculuk sonucunu, adaleti sağlama amacı açısından bazı toplumsal değerler ve mahkeme kararları ile karşılaştırmakta ve farklı sonuçlar ortaya koymaktadırlar²².

Arabuluculukta etkinlik ve kalite unsurları, uyuşmazlık taraflarınca adaleti sağlamanın bir vasıtası olarak görülmektedir. Bu konuda yapılan araştırmalar, uyuşmazlık taraflarının, arabuluculuğu ilk olarak adaleti sağladığı, ikinci olarak ise uyuşmazlığı çözdüğü için tercih ettiğini gös-

²¹ Justice in Mediation Symposium, 5 Cardozo J. Of Conflict Resol., 2004, s.59-214.

²² ÖZEKES Muhammet, "Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk"; COLE Sarah R., et al., Mediation, s.2-3

termektedir.²³ Adaletin sağlanmasında taraf iradesi veya tarafların çözümü serbestçe kararlaştırması yaklaşımı, tarafların bilgilendirildiği müzakere yöntemi ile karşılaştırmayı gerektirir. Karşılaştırma avukatların taraflara tavsiyelerde bulunduğu bir müzakereye ilişkin yapıyorsa, bu durum bilinçli onay yaklaşımını temsil eder.²⁴ Tarafların menfaatlerini savunabilmeleri için, arabuluculuğun²⁵ dava açma seçeneğine başvurmayı engellemeyecek şekilde ilave masraf veya yükümlülük getirmemesi gerekir. Eğer kanun hükümleri, tarafların arabuluculuk sürecinde içinde bulunduğu durumlar ve ilişkileri nedeniyle ilave bir çözüm baskısı ortaya çıkarmıyorsa sürecin adil olduğu varsayılmaktadır. Taraflar arabuluculuk yöntemini ancak menfaatlerinin gerektirmesi durumunda tercih edeceklerdir²⁶. Çoğu yargı sitesinde arabuluculukta çözüm baskısı isteksizliğe neden olmaktadır²⁷.

Bazı eyalet yargı sitelerinde ise kanun koyucular, çözüm seçeneklerinin tarafların iradesine dayandırılmasında uzlaştırma etkisini azaltmak yönünde çaba sarf etmişlerdir. Örneğin, tarafların yazılı veya sözlü olarak arabuluculuk süreci ve riskler konusunda uyarılmaları (Iowa Code § 679.6; Kan Stat Ann § 23–603; New York Judiciary Law § 849-b (5)) ve nihai olarak tarafların arabuluculuğa itiraz haklarına ilişkin bazı kurallar bulunmaktadır (Alaska Stat § 25.20.080 (a)).

ABD’de bazı eyalet arabuluculuk kanunları avukatla temsili kolaylaştırırken, diğer bazıları taraflardan birinin avukatla temsil edilmemesi durumunda, diğer tarafın da avukatla temsiline izin vermemektedir (Alaska Legis Serv 163, § 1 (f) (avukat katılabilir); Alaska Stat § 25.20.80 (arabuluculuk müzakerelerine avukat girişini engellemeyi yasaklamıştır); Cal. Civil Code § § 3182, 6306 (arabuluculukta, çocuklar için avukat gereklidir)). Buna karşılık bazıları da avukat olmayan kişilerce temsile de izin vermektedir (Cal Educ Code § 56503 (3); Cal Civil Code § § 3181). Arabulucuların, tarafları, kaybolma ihtimali olan haklarına ilişkin bil-

²³ **WELSH Nancy A.**, “Stepping Back Through the Looking Glass: Real Conversations with Real Disputants About Institutionalized Mediation and Its Value”, 19 Ohio St. J. on Disp. Res., 2004, s.573.

²⁴ **NOLAN-HALEY Jacqueline M.**, “Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking”, 74 Notre Dame L. Rev., 1999, s.775

²⁵ **KAPLAN Yavuz**, “Arabuluculuk, s.123

²⁶ **ÖZEKES Muhammet**, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD, 2006/7, s. 43; COLE Sarah R., et al., Mediation, s. 2-3

²⁷ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-4

gilendirmesi gerekir. Bunun yanında avukatla temsil edilmeyen tarafa, arabuluculuk anlaşmasını imzalamadan önce avukat tarafından gözden geçirilmesinin gerekli olduğuna ilişkin tavsiyede bulunması da gerekmektedir [(Cal Bus & Prof Code § § 467.3. (arabuluculuk sureci ile ilgili yazılı açıklama yapılması gerekmektedir); 710 ILCS 20/5 (süreçle ilgili tavsiyede bulunulması gereklidir); Iowa Code § 679.6 (arabuluculuk öncesi yazılı açıklama yapılması gerekmektedir.); Kan Stat Ann § 23–603)]. Bu konuda kimi yazarlar, avukata erişimin adaletin sağlanması konusunda katkısının çok sınırlı olacağını, çünkü tarafların çoğunun avukata erişiminin mümkün olmadığını savunmaktadırlar²⁸. Louisiana Eyaleti usul hükümleri, arabulucuyu tarafları uyuşmazlığın çözümüne zorlama veya tazyikte bulunmayı yasaklamaktadır (Rules of Practice, Civ Dist Ct for the Parish of Orleans (LA), 8/b). Kimi yazarlarsa, arabuluculukta adaletin sağlanması için, tarafların karar verme sürecinde ilgili kanun hükümlerinin, tarafların tam bağımsızlıklarını güvence altına alması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu güvencenin de arabulucuların, çözüm önerilerine ilişkin uyarılama ve değerlendirme yapamamalarına ilaveten, avukatla temsil edilme hakkını güvence altına alacak hükümler bulunması ile sağlanacağını savunmaktadırlar²⁹.

Arabuluculuk sürecinde, uyuşmazlığı çözmeye dönük, arabulucularca uygulanabilecek baskılardan tarafları koruma tedbirleri, tarafların çözümü özgürce tercih etme seçeneğini ortadan kaldıracabilecek etkilere tam bir cevap niteliğinde değildir. Bununla birlikte arabuluculuk anlaşmasını yapmak için gelebilecek bu tür baskılar, arabuluculuğa hiç başvurulmasa bile, müzakere yönteminde karşılaşılabilecek çözüm baskılarına benzerlik gösterir. Bazı kanunlar arabuluculuk sürecinde gerekli olmayan bazı koruma amaçlı tedbirler içerir (Cal Educ Code § 56503/c). Örneğin, arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirlik niteliği kazanması için mahkemece onaylanmasının öngörülmesi gibi (Colo Rev Stat § 13–22–308; Kan Stat Ann § 23–603; Me Rev Stat Ann 19, § 214 (4)).

Bazı dava tipleri, arabuluculuk müzakere sürecinde taraflar arasında ciddi güç dengesizlikleri arz etmesi nedeniyle, arabuluculuk kapsamı dışında tutulmuştur [(Colo Rev Stat § 13–22–311(1) (taraflardan birinin diğer tarafça şiddete maruz kalması durumunda, talep edilmesi halinde bu tür

²⁸ **NOLAN-HALEY Jacqueline**, “Court Mediation and the Search for Justice Through Law”, 74 Wash. U.L.Q 47, 1996, s.82.

²⁹ **STULBERG Joseph B.**, “Fairness and Mediation”, 13 Ohio State J on Dispute Resolution 909, 1998, s. 944-945

davalar, arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır); ND Cent Code § 14-09.1-02 (çocukların veya taraflardan birinin fiziki veya cinsel kötüye kullanımı ile ilgili davalarda mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk yasaklanmıştır)]. Buna ilaveten iki eyalet kanunu, arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilir olup olmadığını tarafların yazılı olarak kararlaştırmasını gerektirmektedir. Eğer kararlaştırmamışlarsa arabuluculuk anlaşması icra edilebilir bir nitelik kazanmayacaktır [(Cal Bus &Prof Code § 467.4 (devlet tarafından finanse edilen toplum uyuşmazlık çözüm kuruluşları bakımından); Fla Stat Ann § 723.038)]. Türkiye’de ise HUA-KT’ta göre, arabuluculuk anlaşmasının icrayı kabil bir ilam niteliği kazanması için, taraflar dilerse icra mahkemesine başvurarak bu anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi koydurabilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. Mahkeme, incelemesinde anlaşmanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olup olmadığı ile cebri icraya elverişli olup olmadığını inceleyecektir (HUA-KT madde.18, II).

Arabulucuların müzakere esnasında taraflar arasındaki dengesizliklere ilişkin davranışlarını düzenlemek üzere kabul edilen yaklaşımlar çok büyük farklılıklar göstermektedir. ABD Federal Arabuluculuk ve Uzlaşma Hizmetleri etik kuralları iş arabulucularının taraf iradelerinin serbest bir şekilde tecelli etmesi haricinde pazarlık dengesizliklerine müdahale etmelerini gerektirmemektedir³⁰.

Buna karşılık Oklahoma Yüksek Mahkemesi usul kuralları, mahkemele- rin yürüttüğü arabuluculuk programında arabulucuların, taraflardan biri avukat yardımından yararlanırken, diğer tarafın yararlanmaması durumunda müzakeredeki güç dengesizliğini, ortadan kaldırmayı gerektirmektedir³¹. Eğer böyle bir durum ortaya çıkarsa, arabulucunun diğer tarafın eşitsizlik konusunda onayını alması gerekir. Diğer tarafın onayı alınmazsa, arabuluculuk yürütülemeyecektir ve taraflar arabuluculuktan vazgeçeceklerdir. Oklahoma Yüksek Mahkemesi usul hükümleri, bir tarafın zarar görmesi söz konusu ise, arabulucunun arabuluculuk müzakeresini sona erdirmesi gerekmektedir.³² Hawai Yüksek Mahkemesi Usul hükümleri, müzakerede güç dengesizliği açısından, çok önemli bir fark-

³⁰ Code of Professional Conduct for Labor Mediators, 29 CFR § 1400.735-61.

³¹ 12 Okla. St. Ch. 37, App. A (Code of Professional Conduct for Mediators, Oklahoma Supreme Court Rules and Procedures for the Dispute Resolution Act).

³² 12 Okla. St. Ch. 37, App. A (Code of Professional Conduct for Mediators, Oklahoma Supreme Court Rules and Procedures for the Dispute Resolution Act).

lılık göstermemektedir. Hawaii usul hükümlerine göre arabulucular, tarafları arabuluculuk süreci konusunda bilgilendirmek zorundadırlar. Arabulucuların tarafların, sürecin fayda ve riskleri konusunda yeterli bilgiye sahip olup olmadıkları konusunda emin olmaları ve tarafları avukat yardımıyla yararlanmaya teşvik etme, taraflarla adil bir arabuluculuk süreci için tarafsızlığa ilişkin problemleri gündeme getirme ve önerilen çözüm seçeneğinin uygulanabilir olup olmadığı konusunda bilgilendirilmeleri gerekmektedir³³.

Iowa Yüksek Mahkemesi aile uyuşmazlıkları avukat-arabulucu etik davranış kuralları, Hawaii Yüksek Mahkemesi mesleki etik kurallarına benzerlik göstermektedir. Fakat arabuluculuk müzakereleri esnasında, ekonomik ve esasa ilişkin açıklamaların maddi gerçeklerin araştırılması sürecindeki açıklamalarla aynı olması gerekir³⁴. Bundan başka avukat arabulucular dengeli bir diyalogu sağlama yükümlülüğü altındadır. Taraflardan birinin diğer tarafı aldatmaya veya baskı amacıyla tehdite dönük davranışları etkisiz hale getirmesi gerektirmektedir³⁵.

Amerikan Özürlüler Arabuluculuk (ADA Guidelines) ilkeleri, özürliülerin taraf olduğu arabuluculuk müzakereleri ile ilgili güç dengesizlikleri konusunda, koruyucu tedbirler içermektedir. Bu ilkelere göre, özürliülerin katıldığı arabuluculuk müzakerelerinde çok açık güç dengesizliği söz konusudur. Özürliülerin taraf olduğu arabuluculuklarda, bu rehber ilkelerde bu güç dengesizliğine karşı arabulucuların, bu alanda tecrübeli olanlar arasından seçilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁶. Arabulucuların tarafları, arabuluculuk müzakeresine başlamadan önce yeterli şekilde bilgi sahibi olma ve hukukî danışmanlık alabilecekleri konusunda hatırlatma yapmaları gerekir³⁷. Bu rehber ilkeler özürliülerle ilgili belirli bir tip arabuluculuğu dikte etmemektedir³⁸.

Arabuluculukta adaletin sağlanması ile ilgili olarak bilgilendirilmiş onay meselesi, boşanma uyuşmazlıklarında çocuklar veya uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan diğer dolaylı olarak etkilenen kişilerin bulunması durumunda ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, Kaliforniya'da çocukların

³³ 86-1 Haw. Legal Rep. 86-533 (2003) Establishing Standarts for Private and Public Mediators in the State of Hawaii.

³⁴ Iowa R. Gov. Stds. of Prac. For Lawyer Mediators 11.5 (2002).

³⁵ Iowa R. Gov. Stds. of Prac. For Lawyer Mediators 11.6 (2002).

³⁶ ADA Mediation Guidelines (2000), s.7

³⁷ ADA Mediation Guidelines (2000), s.9

³⁸ ADA Mediation Guidelines (2000), s.10

velayetiyle ilgili uyuşmazlıklarda çocukların zarar görme ihtimalleri çok dikkatli bir şekilde göz önüne alınmak zorundadır (Cal. Fam.Code §§ 3161, 3162, 3180, 3184; bkz. Ariz Rev Stat Ann § 25-381.01; Kan Stat Ann §§ 23-603 (8), 23-604(b)). Kansas Eyaleti arabuluculuk hükümlerine göre, çocukların velayetine ilişkin uyuşmazlıklara bakan arabulucuların, arabuluculuğun devamı, tarafların veya çocukların menfaatlerine zarar verme ihtimali söz konusu olması durumunda, arabuluculuğu sona erdirmeleri gerekmektedir (Kan Stat Ann § 23-604).

Bu durum velayet uyuşmazlıklarında nadiren ortaya çıkabilir veya taraf olmayan ancak arabuluculuk sonucundan etkilenebilecek ilgililerin belirlenmesi zor olmayabilir. Bazı durumlarda ise, özellikle gizlilik ilkesi dolayısıyla, arabulucuların taraf olmayan kişileri belirlemesi ve koruması çok kolay olmayabilir. Örneğin Federal Arabuluculuk ve Uzlaşma Hizmetleriyle ilgili ilkelere göre, kamu menfaatinin ihlali söz konusu olması nedeniyle, arabulucuların arabuluculuk anlaşmasının icrasından kaçınmaları gerektiğinde, kamu menfaatinin öne sürülmesi suretiyle anlaşmanın icrasının geri çekilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹.

Taraflardan biri, taraf olmayan bir kişi hakkında doğabilecek sonuçlar veya kamu menfaatinin ihlaline sebep olabilecek bir husus nedeniyle, arabulucunun müdahalesini gerektiren durumlarda, arabulucunun taraf-sız kalması veya gizliliği koruması gerektiği için sorunlarla karşılaşabilecektir. *Stulberg* arabulucunun müdahale yükümlülüğünü kabul etmenin, arabulucunun ‘*tarafsız üçüncü bir kişi*’ olarak en önemli ilkesinin ihlali anlamına geleceğini iddia etmektedir. Bundan da öte güç denge-sizlikleri ve kamu menfaatini ihlal ihtimalleri belirlenmesinin kolay olduğu veya müdahale ile değiştirilebileceği şeklindeki varsayımı çok da isabetli değildir⁴⁰.

³⁹ Code of Professional Conduct for Labor Mediators, 29 CFR § 1400.735-61 App; **COLE Sarah R.**, et al., *Mediation*, s. 2-8

⁴⁰ **STULBERG Joseph B.**, “Mediator Immunity”, 2 Ohio St J on Disp Res, 1986, s.85, 86; **STULBERG Joseph B.**, “The Theory and Practice of Mediation”, s.115; **GREEN Eric D.**, *Re-Examining Mediator and Judicial Roles in Large, Complex Litigation: Lessons From Microsoft and Other Megacases*, 86 B.U.L. Rev., 2006, s.1171; **STULBERG Joseph B.**, “The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind”, 6 Vt L Rev 85, 1981, s.115; yine bkz. **MCCORY John R.**, “Environmental Mediation- Another Piece for the Puzzle”, 6 Vt L Rev 49, 1981; **SUSSKIND Lawrence**, “Environmental Mediation and the Accountability Problem”, 6 Vt L Rev 1, 1981.

Bu çerçevede Federal Arabuluculuk ve Uzlaşma Hizmetlerine ilişkin arabulucuların taraflar arasındaki müzakerede güç dengesizlikleri şöyle izah edilmektedir:

‘Gerçek toplu müzakerelerin zorluğu, güç dengesizliği bulunduğu veya taraflardan birini sorumlu davranmayan şirket veya grubun oluşturduğu durumlardır... Güçlü taraf bir arabulucu istemez. Fakat arabulucu varsa bunu stratejisinin bir parçası olarak kullanmak isteyebilir. Zayıf taraf arabuluculuğa başvurma arayışında olacaktır. Bu konuda yardım kabul etmeye hazırdır. Fakat zayıf taraf agresif olabileceği gibi, arabulucu güç dengesizliğini gideremediği durumlarda tatminsizlik gösterebilecektir.’⁴¹.

Arabuluculuk süreci ile ilgili bu tür durumlar ortaya çıkması durumunda, arabulucuların, müdahale görevinin bulunduğu kabul edilmesi halinde, bu görevi yerine getirmeyenler için sorumluluk söz konusu olabilir. Arabulucunun sorumluluğunun temel alınması durumunda, bu görevlerin yerine getirilmemesi durumunda karmaşıklıklar ortaya çıkabilir⁴². Arabuluculukta adaletin sağlanması bakımından eleştirilen yaklaşımlardan biri, arabuluculuk sürecini⁴³, mahkeme yargılamasının sonuçları ile karşılaştırmaktır⁴⁴. Mahkeme yargılaması adil bir yargılama modeli ortaya koyduğu takdirde, böyle bir karşılaştırma kaçınılmaz olarak arabuluculuğun adil olmadığı sonucunu doğuracaktır⁴⁵.

Arabuluculuğa eleştirel bakan yazarlarca, arabuluculuğun mahkeme yargılamasıyla karşılaştırılması, arabuluculuk anlaşmasıyla mahkeme yargı-

⁴¹ **SIMKIN William E., and FIDANDIS Nicholas A.**, Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining, Bureau of National Affairs, Washington, D.C 1986; **SMITH William P.**, “Effectiveness of the Biased Mediator”, 1 Negotiation, 1985, s.363,369.

⁴² **STULBERG Joseph B.**, “Mediator Immunity, s.85, 86; **STULBERG Joseph B.**, “Should a Mediator Be Neutral?”, 4 J. Am. Arb., 2005, s.259; **STULBERG Joseph B.**, “Mediation and Justice: What Standards Govern?”, 6 Cardozo J. Conflict Resol., 2005, s.213, 245.

⁴³ **DELGADO Richard, DUNN Chris, BROWN Pamela, LEE Helena and HUBBERT David**, “Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution”, Wis L Rev, 1985, s.1359, 1386; yine bkz. **BRYAN Penelope E.**, “Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power”, 40 Buff L Rev, 1992, s.441; **GRILLO Trina**, “The Mediation Alternative: Process Dangers for Women”, 100 Yale LJ, 1991, s.1545.

⁴⁴ **BRYAN Penelope E.**, “Killing Us Softly, s. 441; **GRILLO Trina**, “The Mediation Alternative, s.1547; **FINEMAN Martha Albertson**, “The Illusion of Equality; bu varsayımların bazıları doğru olmayabilir bkz. **MCEVEN Craig, and ROGERS Nancy**, “Bring the Lawyers Into Divorce Mediation”, ABA Dispute Resol J, 1994, s.8.

⁴⁵ **BRYAN Penelope E.**, “Killing Us Softly, s. 441; **GRILLO Trina**, “The Mediation Alternative, s.1547.

laması sonucunda verilen karara kıyasla arabuluculukta adaletin sağlanıp sağlanmadığının tespiti, arabuluculuk anlaşmasının mahkeme kararının yerine konulması olarak değerlendirilmektedir⁴⁶. Bu yaklaşım alternatif uyuşmazlık çözümünün adil olup olmadığının değerlendirilmesi için “*gölge mahkeme hükmü*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Bu yaklaşım Kaliforniya Eyalet kanununda benimsenmiştir ve buna göre arabuluculuk anlaşmasının eyalet ve federal kanunlarla tutarlı olması gerektiği belirtilmiştir (Cal Educ Code § 56500.3(f)). Tarafların haklarının korunması bakımından, böyle bir yaklaşım önem arz etmektedir. Bununla birlikte çok nadirde olsa değişik sebeplerle uyuşmazlık çözümlerinin mahkeme kararlarına yakınlaştırılması söz konusudur⁴⁸.

Taraf iradelerine önemseyen yaklaşımda, arabuluculuğun sonucu göz önüne alınarak, mahkeme yargısının sonucuna ilişkin tahmini veriler kullanılmak suretiyle hukuk kurallarından ziyade toplumsal veya kişisel değerlere dayanan arabuluculuk anlaşmalarının karşılaştırılmasına karşı çıkmaktadır. Bu kapsamda ‘*hukuk ve adaletin her zaman eş anlamlı olmadığı*’ bilinen bir gerçektir⁴⁹.

Arbuluculuk ve mahkeme kararı arasındaki karşılaştırma sadece maddî olarak elde edilen değere veya diğer maddî değer ifade eden şeylere odaklanabilir. Arabuluculuk müzakeresi daha erken yapılan bir anlaşmayı ve yargılama masraflarından tasarruf sağlamayı hedefleyebilir. Böylece arabuluculuk anlaşmasını kabul eden tarafa daha az masraf karşılığında, zararını telafi imkânı verilebilir. Yargılamanın getireceği sorunlardan kaçınma veya davayı tamamen kaybetme ihtimali ile karşı-

⁴⁶ **LANDE John**, “How Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?”, 24 Fla. St. U.L. Rev., 1997, s.839; **BOHMER Carol and RAY Marilyn L.**, “Notions of Equity and Fairness in the Context of Divorce: The Role of Mediation”, 14 Mediation Q., 1996, s.37, 42.

⁴⁷ **LUBAN David**, “The Quality of Justice”, 66 Denv UL Rev, 1989 s. 381, 387; bkz. **DELGADO Richard, DUNN Chris, BROWN Pamela, LEE Helena and HUBBERT David**, “Fairness and Formality, s. 1359; **FISS Owen**, “Against Settlement”, 93 Yale LJ, 1984, s.1073; **LUBAN David**, Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice, Phil and Pub Aff ,1985, s.397, 404.

⁴⁸ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-11

⁴⁹ **MCTHENIA Andrew W.**, et al., “For Reconciliation”, 94 Yale LJ, 1985, s.1660, 1664-5.

laştırıldığında, arabuluculuk yoluyla çözümün belirli ölçüde kazançlı olduğu söylenebilir⁵⁰.

Arbuluculuk yoluyla adaletin sağlanması noktasında, sosyal araştırmalarla farklı temel ilkelerin yansımaları ölçülmüştür. Araştırmanın odaklandığı hususlar, tarafların bir anlamda bilgilendirilmiş müzakere sürecini yansıtan, adaleti sağlayan bir süreç ve sonuca odaklandıklarını göstermektedir⁵¹. Bu tür araştırmalarda tarafların, arabuluculuk anlaşmasını kabul etmeleri konusunda baskı uygulanmasına ilişkin algılamaları konusunda da görüşleri sorulabilir⁵². Bu yaklaşım tarafların ne ölçüde bilgilendirildiklerini ölçmediği için eleştirilmiştir. Çünkü tarafların görüşlerini destekleyecek ve karşılaştırma yapabilecek deneyimleri yeterli değildir⁵³. Adil bir sonucun sağlanma derecesini ölçen ikinci yaklaşım, tarafların arabuluculukta anlaşma yapılmasına karşı çıkma iradelerinin bulunup bulunmadığını belirlemek için arabuluculukta çözüme ulaşma ve ulaşamama oranlarını kullanmaktadır. Arabuluculukta çözüm olmaması ilk bakışta tarafların çözüm baskısına maruz kalmadıklarını ispat eder. Bu gözlem bir ölçüde doğrudur. Çünkü arabuluculukta %90 gibi yüksek oranda çözüm varsa, taraflara çözüm için baskı yapıldığı şüphelerini güçlendirir. Bu görüşte, yüksek çözüm oranlarıyla ölçülen etkinlik, düşük çözüm oranlarıyla gösterilen adaletin sağlanması amacı ile bir çeşit çekişme içindedir⁵⁴. Bu yaklaşım, adaletin ne ölçüde sağlandığını ölçmek üzere deneyimli avukat ve hâkimlerin uzman olarak görüşlerini almak suretiyle, arabuluculuğa ilişkin sonuçları, mahkeme yargılamasının sonuçlarıyla, karşılaştırmayı öngörür⁵⁵.

⁵⁰ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-12.

⁵¹ **LIND E. Allan and TYLER Tom R.**, The Social Psychology of Procedural Justice, Plenum Press, New York 1988; **LIND E Allan**, "In the Eye of the Beholder: Tort Litigants Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System", 24 Law Soc'y Rev, 1990, s.953; **BUSH Robert A. Baruch**, "Defining Quaility, s. 335, 358; **LUBAN David**, "The Quality of Justice, s. 381, 403.

⁵² Bu araştırmalarda kullanılabilir diğer bir yaklaşımda arabuluculuk müzakerelerinin izlenmesi tarafların ve arabulucuların davranışlarının uyumsuzluk çözümü müzakerelerinde baskı uygulanıp uygulanmadığı açısından izlenmesi yönteminin kullanılmasıdır. Bkz. **MCEWEN Craig A., and MAIMAN Richard J.**, "Mediation in Small Claims Courts" in **KRESSEL Kenneth and DEAN Pruitt**, Edition Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention Mediation Research, 1989, s.53.

⁵³ **LUBAN David**, "The Quality of Justice, s. 381, 407.

⁵⁴ **Bkz. MCEWEN Craig A.**, "Evaluating ADR Programs", in Snader Edition, Emerging ADR Issues in State and Federal Courts, 1991, s.213

⁵⁵ **THOENNES Nancy, et al.**, "An Evaluation of the Use of Mandatory Mediation", 1991.

Özetle kanunlarda arabuluculukla adaletin sağlanmasına ilişkin hâkim yaklaşım, tarafların arabuluculuk sürecinde baskı olmaksızın çözüme ulaşılmasında bilgilendirilmiş onay iradesinin bulunmasıdır⁵⁶. Bu hâkim görüş, taraf olmayan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması da dâhil, arabuluculuğu mahkeme yargılaması ile karşılaştıran görüş ile yarışmaktadır⁵⁷.

Uygulamada arabuluculuk, diğer alternatif uyuşmazlık çözümleri gibi çoğunlukla yargılamadan ziyade çözüm müzakeresi yöntemine bir alternatif olarak hizmet etmektedir⁵⁸. Hukuk ve boşanma davalarındaki arabuluculuk yoluyla yüksek çözüm oranları oldukça iyi bilinmektedir⁵⁹.

II. ARABULUCULUĞUN ETKİNLİĞİ

Arabuluculuk kanunları ve gerekçeleri arabuluculuğun etkinliği konusunda çok farklı yaklaşımlar ortaya koymaktadır (Cal Bus & Prof Code § 465). Arabuluculuğun etkinlik amacı ile adaletin sağlanması ve kaliteli arabuluculuk sağlanması amacının farklı kıstasları bulunmaktadır. Çünkü bunların değerlendirme kıstasları münferit bir arabuluculuk müzakeresi açısından soyut kalabilir ve dolayısıyla arabuluculuk müzakerelerinin genel sonuçlarına odaklanmak gerekir. Yani arabuluculuğun etkinliği, uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüm oranları, mahkeme masrafları, yargılama sürelerinin uzunluğu, mahkemelerin iş yükü, tarafların ödemek zorunda kalacakları masraflar ve uyuşmazlık tarafları arasındaki

⁵⁶ LUBAN David, “The Quality of Justice, s. 381,388

⁵⁷ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-13

⁵⁸ MACCOUN Robert J., LIND E. Allan and TYLER Tom R. “Alternative Dispute Resolution, s. 98; GALANTER Marc, “Introduction: Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing”, 66 Denv UL Rev xi, xiii 1989; CRAIG A. Mc-Ewen, LYNN Mather, RICHARD J. Maiman, Lawyers, Mediation and the Management of Divorce Law Practice, s. 149, 183. Yine bkz. BRYAN Penelope E., “Killing Us Softly, s. 441, 444-445, 523 .

⁵⁹ MACCOUN Robert J., LIND E. Allan and TYLER Tom R., Alternative Dispute Resolution, s. 98; TRUBEK David M., SARAT Austin, FELSTINER William L.F. and GROSSMAN Joel B., “The Costs of Ordinary Litigation”, 31 UCLA L Rev, 1983, s.72,86; PEARSON Jessica, “Family Mediation, in National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research”, A Report on Current Research Findings-Implication for Courts and Future Research Needs, Keilitz edition, 1994, s.55, 60, 61; MICHAEL Benjamin and HOWARD H. Irving, “Research in Family Mediation: Review and Implications”, 13 Mediation Q, 1995, s.53,57; EMERGY Robert E., Regotiating Family Relationships: Divorce, Child Custody, and Mediation, Guilford, Newyork 1994, s.179–180 çalışmaya göre arabuluculuk vasıtasıyla boşanma nedeniyle çocukların velayetine ilişkin çekişmeli yargı davalarında önemli ölçüde azalma olmuş-tur.

ilişkiye ileri dönük olarak katkısı gibi değişik faktörlerin arabuluculuk üzerindeki etkilerini içerir⁶⁰. Arabuluculuk, zaman ve masraf yönünden tasarruf sağlayacağına inanıldığı için mahkemeler ve eyalet kanun hükümlerine derc edilmiş ilkeler vasıtasıyla teşvik edilmektedir (Cal Bus & Prof Code § 465 (a)-(c); 710 ILCS 20/1; Okla Stat 12, § 1801; Or Rev Stat § 9.390 temp.; Wash Rev Code § 7.75. 010 (1)). ABD Federal Yüksek Mahkemesi “*tüm uyuşmazlıkların alternatif yöntemlerle çözümü politikasını desteklediğini*” ifade etmiştir⁶¹.

Arabuluculuğa olan bu desteğin, yargı sisteminde etkinlik sağlanması amacı ile bağlantılı olduğu açıktır. İki Eyalet Yüksek mahkemesi kararında belirtildiği gibi, mesleki hatalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine (bağlayıcı olmayan tahkim) başvuru artmaktaysa ve süreçte gecikmeler yaşıyorsa, yargı sisteminde etkinliğin sağlanması hedefinin, mantıksal gerekçeden yoksun olduğu söylenebilir⁶². Sally Merry uyuşmazlıkların çözümünde daha çok başvurulan arabuluculuk ve tahkimi finanse etmekteki anahtar faktörün mahkemelerin etkinliğinin sağlanması beklentisinin olduğunu savunmaktadır⁶³.

Mahkemeler ve taraflar için etkinlik amacının çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Mahkemelerin etkinliği konusunda en önemli ölçüt, mahkemelerin sınırlı süre içerisinde uyuşmazlıkların en aza indirilmesidir. Mahkemelerin etkin ve verimli bir şekilde işlev görmesi amacı, uyuşmazlığın çözümünün gecikmesi, taraflar için yargılama masraflarını artıracığı düşüncesiyle çakışmaktadır. Bu fark arabuluculuğun etkinlik amacı hakkındaki verileri incelerken önem arz etmektedir. Örneğin, hukuk ve boşanma arabuluculuklarında etkinliğe ilişkin veriler, taraflar için zaman ve masraftan tasarruf iken, mahkemeler için zaman ve mas-

⁶⁰ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-14

⁶¹ *Marek v. Chesny* 473 US 1, 10, 87 L Ed 2d 1, 105 S Ct 3012 (1985) (interpreting Rule 68, Federal Rules of Civil Procedure). Yine bkz. Advisory Committee Note to Rule 408, Federal Rules of Evidence.

⁶² *Mattos v Thompson*, 491 Pa 385, 421 A2d 190,196 (1980); *Aldana v. Holub*, 381 So 2d 231 (Fla 1980).

⁶³ **MERRY Sally**, Defining Success in the Neighborhood Justice Movement, in *Neighborhood Justice: Assessment of an Emerging Idea*, Tomasic and & Feeley edition, 1982, s.172, 181-194

raftan tasarrufa ilave bir kısım hususlarda önem arz etmektedir⁶⁴. Arabuluculuk için vatandaşların desteği, her zaman etkinlik gerekçesine dayanmaz. Boşanma sonrası çocukların velayetine ilişkin arabuluculuk, toplu pazarlık arabuluculuğu ve kamuya ilişkin arabuluculuklar, diğer toplum katmanlarının menfaatleri söz konusu olması nedeniyle daha hızlı veya daha az yıpratıcı çözüm arzusundan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalarda, masraflar açısından etkinlik daha az önemlidir. Bu yüzden arabuluculuğun etkinliği, çocukların, komşuların veya toplumun arabuluculuk vasıtasıyla çözüme daha erken ulaşma sayesinde, daha az yıpranmasıyla sağlanabilir⁶⁵.

Arabuluculuğun savunucuları, mahkemeler ve taraflar açısından arabuluculuğun etkinliğini sağlama, bireyler ve toplum açısından yıpranmayı önlemeye ilişkin görüşler ileri sürmüşlerdir. Bunlardan bazıları, sonuçlara ve tarafların gelecekteki ilişkilerine odaklanırken, diğer bazıları daha geniş bir çerçevede arabuluculuğa sosyal bir değişim aracı olarak odaklanmaktadır. Arabuluculuğun amaçlarından biri, taraflar arasındaki ilişkilerin gelecekte korunması ve sürdürülmesidir⁶⁶. Bush ve Folger, arabuluculuk yöntemleri üzerindeki gelişimi toplum, bireyler ve bireyler arası ilişkiler açısından sağlamayı arzu etmektedir⁶⁷. Etkinlik amacını önemserken ve arabuluculukta çözümü ise daha az önemsemektedirler.

⁶⁴ **PEARSON Jessica**, Family Mediation, in National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research, A Report on Current Research Findings- Implication for Courts and Future Research Needs **Keilitz** edition, 1994, s.55, 60, 61; **MCEWEN Craig**, Evaluation of the ADR Pilot Project, 7 Me. B. J. Sept. 1992, s.310; **KEILITZ Susan**, “Civil Dispute Resolution Process, s. 55, 60, 61; **CLARKE Stevens H.**, **ELLEN Elizabeth D.**; **MCCORMICK Kelly**, Court-Ordered Civil Case Mediation in North Carolina: An Evaluation of its Effects, 1995, s.37, 45-46

⁶⁵ **COLE Sarah Rudolph**, **ROGERS Nancy Hardin** and **MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-14

⁶⁶ **CLARKE Stevens H.**, “Community Justice and Victim Offender Mediation, in National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research”, **Keilitz** edition, A Report on Current Research Findings- Implication for Courts and Future Research Needs, 1994, s.55, 60, 61; **DAVIS Robert C.**, **Martha TICHANE**; and **Deborah GRAYSON**, Mediation and Arbitration as Alternatives to Prosecution in Felony Arrest Cases: An Evaluation of the Brooklyn Dispute Resolution Center, VERA Institute of Justice, New York 1980, s.7; **MACCOUN Robert J.**, **LIND E. Allan** and **TYLER Tom R.** “Alternative Dispute Resolution”, s. 101–103; **NADER Laura** and **TODD Harry F. Jr.**, “Introduction: The Disputing Process”, in **Nader** and **Todd**, The Disputing Process: Law in Ten Societies, 1978, s.17

⁶⁷ **BUSH Robert A. Baruch** and **FOLGER Joseph P.**, the Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1994.

Daha ziyade tarafları birbiri hakkında daha iyi bir yaklaşım konusunda motive etmeyi amaçlamaktadırlar. Bu bakış açısı, insanları birbirini daha iyi anlamaya teşvik etmekte ve daha iyi ilişki içinde oldukları sos-yal bir topluluk vizyonuna yönlendirmektedir. Bu vizyon, toplumu kendi bireyleri vasıtasıyla dönüşüme sevk etmeyi amaçlamaktadır⁶⁸. Bazı kanun metinlerinden bu geniş hedef çıkarılmış, bazılarında ise bu vizyon “*husumetin azaltılması*” olarak ifade edilmiştir (Cal Fam Code §§ 3180,3184; Fla Stat Ann § 39.42 (a); Minn Stat § 518.619; Wash Rev Code § 26.09.015).

Etkinlik konusundaki bu farklı bakış açılarının birbiriyle uyumlu olması zorunlu değildir. Taraflar için öngörülen etkinlik parametreleri, mahkemeler için masraftan tasarruf sağlamayabilir. Tarafları uzlaştırma ve toplumu yeniden organize etme hedefi etkili olmayabilir ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarına ilişkin maliyetler yüksek olabilir. Bundan da öte yargı sisteminin etkinliği için öngörülen tedbirler, adaletin sağlanması amacı ile birebir örtüşmeyebilir⁶⁹. Benzer şekilde arabuluculukla ilgili dikkatler tarafların hak ve menfaatlerinden, adaletin sağlanması konusundaki endişelere çevirebilir⁷⁰.

III. ARABULUCULUKTA KALİTE

Arabuluculukla ilgili politika belirleyiciler ve arabulucular, arabuluculuk hizmetlerinin kalitesine ilişkin bir kısım endişelerini ifade etmektedirler. Kanunlar, vatandaşları yetersiz arabuluculuk hizmetlerinden korumayı, arabuluculuğa kamuoyu güvenini sağlamayı ve kaliteyi yükseltmeyi amaçlamaktadırlar. Arabulucular için mesleğe giriş şartlarının zorluğu gibi, öngörülen aşamalar buna talebi düşürücü ve masrafları yükseltici

⁶⁸ **SHONHOLTZ Raymond**, “Justice from Another Perspective” in **Merry and Milner** edition, the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States, the University of Michigan Press, Michigan 1993, s.201, 208-217.

⁶⁹ Bkz. **DUBOW Frederic, L. and MCEWEN Craig**, “Community Boards: An Analytic Profile”, in **Merry and Miller** edition, the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in United States, 1993, s.125, 167; **LOWRY Kem**, “Evaluation of Community”, s. 115-117.

⁷⁰ **ROTHSCHILD Judy**, “Dipsute Transformation, the Communication Paradigm of Disputing, and the San Francisco Community Boards Program”, in **Merry and Milner** edition the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States, 1993, s.285; **BRYAN Penelope E.**, “Killing Us Softly, s. 441, 443, 444.

etki doğurabilir. Bundan dolayı da bu süreçler toplumun genel yararından ziyade bireyci ve menfaat odaklı olarak görülmektedir⁷¹.

Arabuluculuk ve arabuluculuk mesleğinin kalitesinin nasıl olması gerektiği konusu oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar çok uzun zamandan beri devam edelmektedir. 1980 sonları ve 1990 başlarında arabuluculuk mesleği çok gelişmiştir. Örneğin, yazarlar haklara dayanan arabuluculuğa karşı menfaate dayanan arabuluculuğu, çözüm odaklı arabuluculuğa karşı ise uzlaşma odaklı arabuluculuğu savunmaktadırlar⁷².

Özellikle bireyler arasındaki uyuşmazlıklar ve boşanma arabuluculuğu konusunda çalışan arabulucuların, tarafların avukatları vasıtasıyla konuşmak yerine kendi aralarında konuşmaya yönlendirildikleri görülmektedir. Bu yöntemi savunanlara göre arabuluculuk, taraflara uyuşmazlık çözüm süreci ve sonuç üzerinde kontrol yetkisi vermektedir.⁷³ Birçok kimse, arabuluculukta taraf özerkliğinin, hakdan ziyade geleceğe dönük menfaate odaklanmayı gerektirdiğini düşünmektedir⁷⁴. Bu görüş müvekkilin haklarının önemini reddetme eğilimi göstermekte ve menfaate odaklanmaktadır⁷⁵.

Diğer bir bakış açısı ise, arabuluculuğun problem çözümü, çözüme erken ulaşma ve husumeti önleme konusundaki etkinliğini öne çıkarma eğilimindedir⁷⁶.

Arabuluculuk eğitimi, arabulucuların nitelikleri, etik gibi konularda arabuluculuğun amaçlarıyla bağlantılı hususların farklı bakış açılarına göre yorumlanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Kalite sağlama amacının vasıtalarının, daha etkili veya daha adil bir arabuluculuk ortaya

⁷¹ New South Wales Law Commission, Training and Accreditation of Mediators, Report 47 (1991).

⁷² **BUSH Robert A Baruch., and FOLGER Joseph P.**, “The Promise of Mediation.

⁷³ **BUSH Robert A Baruch., and FOLGER Joseph P.**, “The Promise of Mediation; **MERRY Albie M. Davis**, “Community Mediation as Community Organizing”, in **Kolb et al. Edition**, When Talk Works: Profiles of Mediators, 1994, s.244.

⁷⁴ **MERRY Albie M. Davis**, Community Mediation, s. 244.

⁷⁵ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-20.

⁷⁶ **KAGEL Sam and KELLY Kathy**, The Anatomy of Mediation: What Makes It Work, BNA Books Washington 1989.

koyup koymadığı net değildir. Yani kalite, etkinlik ve adaletin sağlanması arasındaki ilişki çok açık değildir⁷⁷.

Bir alandaki yüksek kaliteli arabuluculuğun uygulanma özellikleri diğer bir alandaki yüksek kalite özelliklerinden farklı olabilir. Ticarî uyuşmazlıklarda kaliteli arabuluculuk, arabulucuların, davanın esası hakkında görüş belirtmelerini gerektirirken, basit uyuşmazlıklarda görüş belirtme uygun olmayabilir. Aile içi şiddet uyuşmazlıklarında arabulucular, bilinçli ve kontrollü bir şekilde şiddete ilişkin görüşlerini dile getirebilirler. Çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda ise arabulucular, daha sessiz olarak kolaylaştırıcı bir rol oynayabilirler⁷⁸. Kaliteli arabuluculuk her dava konusunun niteliğine göre arabuluculardan tarafların, farklı beklentileri olduğu için farklı alanlara veya uygulamalara göre farklı davranış şekilleri ortaya çıkabilir. Yüksek kaliteli arabuluculuk, esneklik gerektirir ve aynı davranış kalıpları uygun olmaz. Bütün bunlar kanun ve ilkelerle kalitenin belirlenmesi açısından bir takım güçlükler bulunduğunu göstermektedir⁷⁹.

IV. ADALETE ERİŞİM

ABD’de bazı eyaletlerin kanunlarında (Cal Bus & Prof Code § 465), adalete erişim, arabuluculuğun temel amacı olarak vurgulanmaktadır⁸⁰. Arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin düşük gelirliler ve özürülüler için ikinci sınıf adalet sağladığı ve yargıya erişimi sınırladığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁸¹. Bununla birlikte son yıllarda arabuluculuğun ancak belirli ekonomik seviyedeki kişiler tarafından

⁷⁷ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-21

⁷⁸ **HARRINGTON Christine and HOWARD Bellman**, Using Bundles of Input to Negotiate and Environmental Dispute, in **Kolb, Deborah M.**, et al. Edition, When Talk Works: Profiles of Mediators, Jossey-Bass Publications, San Francisco 1994, s.115.

⁷⁹ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-21

⁸⁰ **LOWRY Kem**, Evaluation of Community-Justice Programs, s.110; **MCEWEN Craig and WILLIAMS Laura**, “Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation”, 13 Ohio State J on Dispute Resol, 1998, s.865

⁸¹ **HARRINGTON Christine and HOWARD Bellman**, Using Bundles of Input to Negotiate, s.55-144; **HOFRICTER Richard**, “Neighborhood Justice and the Social Control Problems of American Capitalism: A Perspective”, in Abel edition I the Politics of Informal Justice, 1982, s.167; **DELGADO Richard, DUNN Chris, BROWN Pamela, LEE Helena and HUBBERT David**, “Fairness and Formality, s.1359, 1402.

erişilebilen bir yöntem olduğu şeklindeki bakış açısı, ikinci sınıf adalet bakış açısı ile yer değiştirmektedir⁸².

Arabuluculuğa başvurma, devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi, arabuluculukta uyuşmazlığa ilişkin elde edilen bilgiler yargılama esnasında delil olarak ileri sürülemez⁸³. Mahkemeler genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümünü, özel olarak ise arabuluculuğu kendi iş yükü problemlerine çözüm olacak bir yöntem olarak görmüşlerdir. Mahkemeler, zorunlu arabuluculukta bile kamu kaynaklarının tasarrufu amacıyla, taraflardan masraf talep etmektedirler⁸⁴. ABD’de mahkemeler tarafından masraf istenmesi durumunda düşük gelirli taraflar için arabuluculuğa erişim konusunda adli yardımla ilgili sorunlar ortaya çıkarmaktadır⁸⁵. HUAKT 7. maddesinde arabulucunun faaliyeti karşılığında masraf ve ücret talep etme hakkı düzenlenmiş ve bunun taraflarca eşit olarak ödeneceği belirtilmiştir. Ancak HUAKT’da maddi durumu yetersiz olanlar için bir adli yardım mekanizması öngörülmemiştir.

Adaletin sağlanması ile ilgili olarak mahkemelere veya idari kurumlara erişimin sağlanması da amaçlardan biridir. ABD Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Programı Ulusal Standartları mahkemelerin diğer hizmetler yanında arabuluculuğa erişimi sağlamayı öngörmektedir⁸⁶. Uyuşmazlıkları müzakere etme çok önemli bir yöntemdir ve buna erişim, masrafları ödeme gücü olanlara veya mahkeme bağlantılı arabuluculukta gerekli masrafları karşılayabilenlere hasredilmemelidir⁸⁷.

Arabuluculuğa erişim amacı, arabuluculuğun diğer amaçlarıyla çelişebilir. Özellikle adalet sisteminde dava sayısının azaltılmasını amaçlayan etkinlik parametreleriyle de uyumlu olmayabilir. Arabuluculuğa erişim

⁸² **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.,** Mediation, s. 2-22

⁸³ **ILDIR Gülgün,** “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)”, Ankara 2003, s.48; **TANRIVER Süha;** “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim (1985- 2005), Ankara 2005, s.3.

⁸⁴ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.,** Mediation, s. 2-22

⁸⁵ Society of Professionals in Dispute Resolution, Public Encouragement of Private Dispute Resolution, Recommendation, 1993, s.2.

⁸⁶ National Standards for Court-Connected Mediation Programs, Standard s.1.0, 1-1 to 1-4 (Center for Dispute Settlement D.C. 1992).

⁸⁷ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.,** Mediation, s. 2-23.

konusundaki gelişmeler, uyuşmazlıklarını zaten mahkemeye taşımayan kimseleri arabuluculuğa başvurmaya teşvik edebilir. Böylece uyuşmazlıkların sayısını azaltmaktan ziyade artırabilir⁸⁸.

V. ADALET VE ETKİNLİK ARASINDAKİ DENGE

Arabuluculuğun gelişimine ilişkin politikaların gözlemlenmesi sonucunda, adaletin sağlanması ve etkinliğin artırılmasına dönük politikaların temelde birbiriyle çatışma halinde olduğu görülecektir. Bu çatışmada, adaletin sağlanması amacı risk altında bulunmakla birlikte, öncelik arz etmektedir. Adaletin sağlanması açısından en büyük risk arabuluculukta etkinliğin sadece daha fazla uyuşmazlık çözüm oranı elde etmek olarak belirlenmesi durumunda ortaya çıkmakta ve çözüm oranlarını arttırmak için arabuluculara veya programlara teşvik mekanizmalarıyla baskı artmaktadır. Arabuluculuğun etkinlik amacının vasıtaları, arabuluculukla çözüm oranlarını artırdığı için destek olmasına rağmen, adaletin sağlanması konusundaki endişeleri artırdığı için bu destek azalmaktadır. Avustralyalı bir hâkim '*adaletin sağlanması amacının şartlarının yerine getirilmesi haricinde, mahkeme masrafları, mahkeme yargısının etkinliği veya dava yönetimi gibi sebepler, bir uyuşmazlığı arabuluculuğa yönlendirmek için haklı gerekçe olarak göstermeye yetmeyeceğini ifade etmek gereklidir*' vurgusunu yapmaktadır⁸⁹.

Arabuluculuk kanunlarında boşanmada çocukların velayetine ilişkin hükümler, adaletin sağlanması, etkinlik ve kaliteyi sağlamaya dönük bir tercih yansıtır. ABD'de birçok eyalet, çocukların velayet davalarında arabuluculuğa zorunlu katılım, kamu finansmanı ve arabuluculukla ilgili ayrıcalıklı hükümlerle teşvik etmek suretiyle desteklemektedir. Kanunlar ve doktrin, uyuşmazlığın daha erken çözümüyle, çocuklar için avantaj sağlanacağı ve tarafların ihtiyaçlarının karşılanmasında arabuluculukla çözümün mahkeme yargılamasına göre daha tercih edilir olduğunu savunmaktadır (Cal. Fam. Code § § 3161, 3162, 3180,3184; Minn Stat § 518.619; Wash Rev Code § 26.09.015)⁹⁰. Örneğin Kaliforniya mahke-

⁸⁸ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-23.

⁸⁹ AWA Limited v. Daniels, Supreme Court, New South Wales, Commercial Div., Case No. 50271 of 1991, February 24,1992.

⁹⁰ PAQUIN Gary, "Protecting the Interest of the Children in Divorce Mediation", 26 J Fam L, 1987 1988, s.279; MNOOKIN Robert, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", 39 Law and Contemp Probs, 1975, s.226; EMERY

melerinde, sürüncemede kalan davaların esasına ilişkin arabulucuların tavsiyelerde bulunması, çözüm oranlarını artırmaktadır. Ancak bu yaklaşım çoğu eyalette kabul görmemiştir (Ariz Rev Stat Ann § 25.381.16; ND Cent Code § 14-09.1-08). Aksine kanun koyucular daha düşük çözüm oranlarını sonuç verecek bir yaklaşım benimsemiştir. Arabuluculuk sürecinde, tarafların herhangi bir baskı görmediği, arabuluculuk veya yargı yolunu seçme serbestilerinin korunduğu bir usul benimsenmiştir⁹¹.

Taraflar için masrafların düşmesi gibi, etkinliğin farklı boyutları ile ilgili alınan tedbirler de adaletin sağlanması amacını riske sokabilir.⁹² Arabuluculukta avukat katılımını yasaklamak veya teşvik etmemek, hasımlar arasında arabuluculuk yapma özelliğini daha az ortaya çıkartmaktadır. Ancak avukatların sürece katılımı tarafların çözüm baskısından korunmalarına katkıda bulunacakve pazarlık gücündeki eşitsizlikleri telafi edecektir. Bu katılım taraflar için ilave masraflar ortaya çıkarmamalıdır. Çünkü arabuluculuk çoğunlukla, avukatların katılımıyla daha hızlı yürütülmekte ve avukatların kendi aralarında iletişime geçmelerinden dolayı arabuluculuk çözüm müzakerelerini daha etkin hale getirmektedir⁹³.

VI. ADALET, KALİTE VE ESNEKLİK ARASINDAKİ DENGE

Arabuluculuk, ABD’de bir eyaletten diğerine oldukça büyük farklılıklar göstermektedir. Bu farklı düzenlemeler arabulucular, taraflar ve uyuşmazlıkların bir kısım özelliklerine göre sürecin şekillenmesine uygun olarak esnek bir şekilde yapılandırılmıştır. Bu esneklik, taraflara kendi özel durumları ve menfaatlerine uygun çözümler üretme imkânı vermektedir. Bu esnekliğin gerekçelerinden biri, farklı ihtiyaçları olan tarafların, çözümünde kendi ihtiyaçlarına uygun olmasını sağlamaktır. Arabuluculuk usul ve maddi içerik açısından esnektir. Dolayısıyla mahkeme yargılamasından farklı olarak, uyuşmazlıkların hukuk normlarının

Robert E. and JACKSON Joanne A., “The Charlottesville Mediation Project: Mediated and Litigated Child Custody Disputes”, *Mediation Q*, Summer 1989, s.3, 4.

⁹¹ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, *Mediation*, s. 2-25

⁹² National Standards for Court-Connected Mediation Programs, Recommendation 10.2 (Center for Dispute Settlement D.C. 1992) (Taraflar avukatlarına danışarak avukatlarının arabuluculuk müzakeresinde bulunup bulunmayacağına karar vermelidirler).

⁹³ **MCEWEN Craig A., ROGERS Nancy A. AND MAIMAN, Richard J.**, “Bring in the Lawyers”, s. 271 (Araştırmalar arabulucuların dava çeşidini değerlendirir ve yaklaşımlarını buna göre ayarladıklarını göstermektedir.)

dan ziyade, toplumsal ve bireysel değerlere uygun olarak çözülmesi için tarafların tercihleri dikkate alınır⁹⁴.

Arabuluculuğun esnek olması nedeniyle, usul ve esas açısından eleştirel bakanlar arabuluculuk sürecinde adaletin sağlanması bakımından bir kısım sorular ortaya atmışlardır⁹⁵. Özellikle ilk eleştiri, arabuluculuğun gayri resmi bir süreç olması, dikkatlerin yargılama usulü ve maddi hukuktan başka taraflara çekildiği şeklindedir⁹⁶. Arabuluculuk gayri resmi olduğu için adil olmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir⁹⁷. Diğer bir eleştiri ise, özel yargılama olduğu ve boşanma arabuluculuğunda dejavantajlı durumdaki kadınlar açısından adil bir sonucun sağlanamayabileceği⁹⁸ ve zayıf tarafın güçlü tarafın baskısına maruz kalabileceği iddia edilmektedir⁹⁹.

Adaletin sağlanması ile ilgili bu endişeler, arabuluculuğun kanunla düzenlenmesinin gerekçesini teşkil etmekte ve teşvik etmektedir. Diğer taraftan, arabuluculuk düzenlemelerinde gayri resmîlik, esneklik ve arabuluculuk sürecinin doğaçlama özelliği nedeniyle, arabulucuları ve tarafları baskılayarak, seçeneklerini azaltma eğilimi görülebilmektedir. Diğer bir deyimle çözümü kolaylaştırıcı özelliği taraflar için, arabuluculuğu cazip hale getirirken, adaleti ve kaliteyi sağlama çabaları riskler doğurabilmektedir¹⁰⁰.

VII. KALİTE VE ERİŞİM ARASINDAKİ DENGE

Yüksek nitelikli bir arabuluculuk mesleği oluşturma amacıyla, arabuluculuğa daha fazla erişim sağlama amacı arasında da bir çekişme bulunmaktadır. Arabuluculuk mesleği daha organize ve daha seçkin hale gel-

⁹⁴ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-26

⁹⁵ **ABEL Richard L.**, "The Construction of Informal Justice, in I The Politics of Informal Justice", Vol. 1, Academic Pres, New York, 1982, s.267-320; **SUSAN S. Silbey, and AUSTIN Sarat**, "Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Judicial Subject", 66 Denv UL Rev, 1989, s.437.

⁹⁶ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-26

⁹⁷ **ABEL Richard L.**, The Construction of Informal Justice.

⁹⁸ **FINEMAN Martha Albertson**, The Ilusion of Equity; **BRYAN Penelope E.**, "Killing Us Softly, s. 441; **GRILLO Trina**, "The Mediation Alternative, s.1545

⁹⁹ **DELGADO Richard, DUNN Chris, BROWN Pamela, LEE Helena and HUBBERT David**, "Fairness and Formality, s.1359, 1386.

¹⁰⁰ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-27

dikçe, arabulucular eğitim ve davranış kuralları konusunda görüşlerini daha etkin bir şekilde dile getirmektedirler. Bu çabalar arabulucu olmak isteyenleri engelleme ihtimali ortaya çıkarmakta ve böylece arabulucuya ödenecek fiyatı ve arabuluculuk masraflarını da artırmaktadır¹⁰¹.

Arabuluculuğun profesyonel bir meslek haline gelmesi, nitelikli arabuluculuk eğitimi yanında, adayların özel bazı yeteneklere haiz olmaları ile gerçekleşeceği varsayımı kabul görmektedir. Bu da arabulucuların denetlenmesi ve belirli niteliklere göre sertifikalandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakış açısı, kendileri için mesleki alan oluşturmak isteyen ve bunu korumak isteyen arabulucuların menfaatlerine hizmet edecektir. Diğer taraftan vatandaşlar düşük nitelikli arabuluculardan korunmuş olacaktır. Bundan başka arabuluculuk masrafları, profesyonel kariyer gelişimi, arabuluculuğun sosyal değeri gibi konulardaki gelişmelerin arabuluculuğun meşrulaşmasına katkı sağlayacağı savunulmaktadır¹⁰².

Benzer şekilde gönüllü arabulucular, mahkemeler, iş sahipleri ve idari kuruluşlardan ücretsiz arabuluculuk hizmeti talep etmek veya gönüllü olarak arabuluculuk yapmalarını istemek arabuluculuğun değerini azalttığı, bu hizmetler karşılığı ücret ödememenin ise bu faaliyetin önemini artmasını sağlayacağı düşünülmektedir. Buna karşılık başka bir görüşe göre, arabuluculuğun profesyonelleşmesinin arabuluculuğun masraflarını artıracığı ve mahkemelerin taraflar için arabuluculuk hizmeti sağlamanın daha zor hale geleceği savunulmaktadır¹⁰³.

Para ödenen arabulucuların yanında, toplum arabulucuları, eskiden beri, arabuluculuk becerisinin birçok insan tarafından öğrenilmesi ve kendi günlük hayatlarında bunu uygulayabilmesini istemektedirler. Aynı zamanda arabuluculuğun avukatlar arasında eğitim ve uygulama yoluyla uygulanmanın yaygınlaşması istenilmektedir. En büyük beklenti, devlet okullarında ve hukuk fakültelerinde¹⁰⁴, arabuluculuğun yaygın bir şekil-

¹⁰¹ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-27

¹⁰² **SANDER Frank E.**, "Paying for ADR", ABA J, Feb 1992, s.105.

¹⁰³ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 2-27

¹⁰⁴ **NOLAN-HALEY, Jacqueline, and VOLPE Maria R.**, "Teaching Mediation as a Lawyering Role", in 39 Legal Educ, 1989, s.571; **RISKIN Leonard L. and WEST-BROOK James E.**, "Integrating Dispute Resolution Into Standart First Year Courses: The Missouri Plan", 39 J Legal Education, 1989, s.509.

de öğretilmesi, toplum arabuluculuk programlarıyla¹⁰⁵ gönüllülerin oluşması ve arabuluculuğu gönüllü uygulayan avukatların sayısının artmasıdır. Bu bakış açısına göre, arabuluculuk önemli bir toplum hizmetidir ve bu hizmete herkesin erişebilmesi sağlanmalıdır¹⁰⁶.

Bir başka görüşe göre, arabuluculuk, gönüllü toplum arabulucuları, gönüllü avukatlar ve profesyonel arabulucular tarafından uygulanmalıdır. Fakat arabuluculukla ilgili bu iki farklı bakış açısı arasında ihtilaf potansiyeli bulunmaktadır. Özellikle kaliteyi yükseltme vasıtası olarak çok fazla sayıda mesleğe giriş aşamalarının öngörülmesi, arabuluculuğa erişimi sınırlayabilir. Gelecekte arabuluculuk politikaları ve uygulamaları için en hayati konu profesyonellik, kalite ve arabuluculuğa erişim arasındaki ilişkilerdir¹⁰⁷.

VIII. ARABULUCULARIN NİTELİKLERİ

Arabulucular için, arabuluculuğun kalitesini artırmak arabuluculukta adaleti sağlamanın ve teşvik etmenin yöntemlerinden biri olarak görülmektedir¹⁰⁸. Eyaletlerin farklı kanuni düzenlemelerine ilaveten arabuluculuk kuruluşlarının mesleki etik kuralları bulunmaktadır (New Jersey Rules of General Application, R 140; Rules of the US District Court for the Western District of Missouri, R XII)¹⁰⁹. Arabulucuların nitelikleri, arabulucuların aldıkları eğitim ve arabuluculuk tecrübesine dayanmaktadır. Arabuluculuk hizmetlerinin kalitesinin belirli seviyede tutulması koşulları, sınavlar, yetenek testleri, performans dayalı seçim metodu ve arabulucuların denetlenmesi şeklinde sayılabilir. Arabulucuların niteliklerine ilişkin yaklaşımlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklı yaklaşımlar, arabuluculuğun düzenlenmesinde etkili olan arabuluculuğun amaçları bakımından farklılıklar yanında, bu amaçları elde etmede etkili faktörler açısından da önem arz etmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁵ Symposium, Providing Mediation Services to Low-Income Families, 15 Mediation Q., No.1, 1997, s.5.

¹⁰⁶ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-28

¹⁰⁷ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-28

¹⁰⁸ SHAW Margaret L., "Mediator Qualification: Report of a Symposium on Critical Issues in Alternative Dispute Resolution", 12 Seton Hall Legis J, 1988, s.125.

¹⁰⁹ Symposium: Certification of Mediators in California, 30 U. San Fran L. Rev. 1996, s.609.

¹¹⁰ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-5.

Örneğin, ABD'nin bazı eyaletlerindedeki aile uyuşmazlıkları konusunda arabulucu olabilmek için, ruh sağlığı konusunda master derecesine sahip olmaları gerekirken, bazı arabulucuların ise hukuk fakültesi mezunu olması gerekmektedir. Diğer bazılarında belirli bir eğitim seviyesine sahip olması aranmamaktadır. Arabulucu olabilmek için alınması gereken eğitim süresi, Florida, New Hampshire, Oregon eyaletlerinde sıfır ile altmış saat arasında değişmektedir (Or Admin. R. 718-030-0070 ve 718-050-0050; NH Rev Stat Ann § 32 8-C:8; Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, R 10.120; Ohio Rules of Superintendence for the Court of Common Pleas, R 81, 99).

Diğer taraftan, Kıt'a Avrupasına bakılırsa, alınması gereken eğitim süresi değişiklikler göstermektedir. Arabuluculuk eğitiminin süresi, Danimarka da yedi gün, Almanya ve Avusturya da 200 saat, Slovakya'da yüz, İrlanda da altmış, Fransa, İngiltere ve İtalya da kırk, Finlandiya da yirmi iki saat olarak öngörülmüştür¹¹¹. Arabuluculuk eğitimi, Avusturya gibi bir kısım AB ülkelerinde, kanunla düzenlenmiştir (Austria Civil Law on Mediation Training). Buna karşılık, İngiltere ve Belçika gibi diğer bir kısım ülkelerde arabuluculuk eğitim süreleri, uygulamada talebe göre kendiliğinden ortaya çıkmıştır¹¹².

HUAKT ise arabuluculuk sertifikası için yüzelli saatlik temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte belirlenecek diğer teorik ve pratik eğitimin alınması yanında, yüz saatlik temel hukuk eğitimi öngörülmüştür (HUAKT m. 22). HUAKT'nin 6. maddesine göre, arabuluculuk unvanının kullanılabilmesi için sadece eğitim almış olmak yeterli değildir. Arabuluculuk yapabilmek için arabuluculuk siciline kayıt olmak gereklidir. Arabuluculuk faaliyeti sırasında, bu unvanın açıkça belirtilmesi öngörülmüştür. Böylelikle arabuluculuk faaliyetinin kontrolü amaçlanmıştır (HUAKT m.6).

1998 ABD Federal Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Kanunu federal mahkemelerin hukuk uyuşmazlıklarında tarafları, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanmaya zorlayabilmesini öngörmektedir. Ancak arabulucunun nitelikleri konusunda özel bir şart öngörülmemiştir. Bu konuda belirli kurallar öngörmek yerine, Kongre arabulucuların nitelikleri konusunu federal bölge mahkemelerine bırakmıştır. Kongre bu husu-

¹¹¹ **MARSH Bill**, "Arabuluculuk: Birleşik Krallık ve AB ülke deneyimleri".

¹¹² **MARSH Bill**, "Arabuluculuk: Birleşik Krallık ve AB ülke deneyimleri".

su ‘*alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinde, hizmet sunan kişiler, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasında tarafsız olarak hizmet edebilecek nitelikte olmalı ve buna göre eğitilmelidir*’ şeklinde ifade etmiştir (28 U.S.C. § 653 (b) (1998)).

Araştırmalar arabulucuların nitelikleri konusunda çok net bir resim ortaya koymamaktadır. Arabulucuların nitelikleri arasında, tecrübe, arabuluculuk müzakereleri için başarılı sonuçlar elde edilmesini sağlayan tek niteliklerdir¹¹³.

Alternatif uyuşmazlık çözümü Meslek Mensupları Birliği, arabulucuların nitelikleri ile ilgili ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemektedir ve çok ileri düzeyde eğitim seviyesi öngörülmesine karşı çıkmaktadır. Çünkü ileri düzeyde bir eğitimin etkinlik açısından katkısının sınırlı olduğu ve potansiyel arabulucuların sayısını azalttığı düşünülmektedir¹¹⁴. Mahkeme Bağlantılı Arabuluculuk Programları için Ulusal Standartlar ve yazarlar benzer bir görüşü yansıtmaktadır¹¹⁵. Bu konuda performansa dayanan standartlar geliştirilmesi tavsiye edilmiştir. Arabulucuların yetenek testlerinin geliştirilmesi gereklidir. Yetenek testlerine ilişkin çalışmalarla karşı da önemli eleştiriler yapılmıştır. Yetenek testi standartlarının homojen olmaması kadar, masraf faktörü nedeniyle performansa dayanan standartların benimsenmesi ihtimali kolay gözükmemektedir. Bu nedenle adaletin sağlanması, etkinlik ve arabuluculuk kalitesinin sağlanması tedbirleri arasında, arabulucuların niteliklerinin önemli olduğuna ilişkin, bir konsensus bulunmamaktadır. Daha ziyade arabulucuların nitelikleri yanında, arabulucuların uzmanlığı ve çeşitliliğini sağlama önem arz etmektedir¹¹⁶.

¹¹³ **PEARSON Jessica and THOENNES Nancy**, “Divorce Mediation Research Results, in **Folberg and Milne** edition *Divorce Mediation: Theory and Practice*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1988, s.429, 436.

¹¹⁴ **SPIDR Commission on Qualifications**, *Qualifying Neutrals: The Basic Principles*, Dispute Resolution Forum, 1989, s.3.

¹¹⁵ **DAVIS Albie M**, “How to Ensure High-Quality Mediation Services: The Issue of Credentialing”, in **Duffy, Karen Grover**, et al., *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers*, s. 1991, s.203; **FOLBERG Jay and TAYLOR Alison**, *Mediation; A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1984, s.244.

¹¹⁶ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, *Mediation*, s. 11-8.

IX. ARABULUCULARIN SORUMLULUĞU VE SORUMSUZLUĞU

Arabuluculara karşı açılacak muhtemel davalar, meslek hatası, sözleşmeden kayanaklanan ilişkide kasdi haksız müdahale, sözleşmenin ihlali, güven ilişkisini kötüye kullanma, hakaret ve medeni hakların ihlali gerekçelerine dayanabilir¹¹⁷. Doktrinde mahkeme tarafından atanan arabulucuların açılacak davalara karşı, sorumsuzluk kapsamında olup olmadığı ve bu sorumsuzluğun mutlak sorumsuzluk mu yoksa sınırlı sorumsuzluk mu olduğu hususları tartışmalıdır¹¹⁸. Arabulucular için bu ayrıcalığı savunanlar, mutlak sorumsuzluğun arabuluculuk yapacak tarafsız üçüncü kişilerin bulunabilmesi ve masraflarının azaltılması için gerekli olduğunu belirtmektedirler¹¹⁹. Arabuluculuk sorumsuzluğuna karşı çıkanlar sorumsuzluğun yetersiz arabuluculuk hizmeti verilmesi durumunda, davalının hak arama amacıyla başvuru hakkını engelleyeceğini savunmaktadırlar¹²⁰. Bazı mahkemeler, mahkeme tarafından atanan arabulucuları yargısal veya yarı yargısal sorumsuzluk kapsamında değerlendirmişlerdir. ABD’de 19 Eyalet arabulucular için değişik şekillerde sorumsuzluk müessesini kabul etmiştir. Bu eyaletler arasında Arizona, Kolorado, Florida, Iowa, Maine, Minnesota, Oklohoma, Utah, Washington, Wisconsin ve Teksas bulunmaktadır¹²¹. Bu eyalet kanunlarının çoğu, ücret almadan gönüllü olarak görev yapan arabulucular için sorumsuzluk müessesesini kabul etmişlerdir. Ancak hiçbir kanun arabulucuların tüm faaliyetlerini, sorumsuzluk kapsamına almamıştır¹²². Ara-

¹¹⁷ **KOVACH Kimberlee K.**, *Mediation: Principles and Practice*, 3rd edition, 2004, s.458; **MOFFITT Michael**, *Ten Ways to Get Sued: A Guide for Mediators*, 8 Harv. Negot. L. Rev., 2003, s.81.

¹¹⁸ **JOSEPH Cassandra E.**, *The Scope of Mediator Immunity: When Mediators Can Invoke Absolute Immunity*, 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1997, s.629, 631; **RINER Newbraugh**, “The Role of Mediator Testimony in the Enforcement of Mediated Agreements”, 107 W.Va.L.Rev., 2004, s. 329.

¹¹⁹ **RICHARDSON J. Sue**, “Mediation: The Florida Legislature Grants Judicial Immunity to Court-Appointed Mediators”, 17 Fla. St.U.L.Rev., 1990, s.623,628; **STULBERG Joseph B.**, *Mediator Immunity*, s.85.

¹²⁰ **JOSEPH Joseph B.**, *Mediator Immunity*, s.629, 631-32.

¹²¹ **Kovach Kimberlee K.**, *Mediation: Principles and Practice*, s.467; **Stulberg**, *Mediator Immunity*, s.85; **Hughes**, *Mediator Immunity: The Misguided and Inequitable Shifting of Risk*, (2004), 83 Or.L. Rev. 107.

¹²² **KOVACH Kimberlee K.**, *Mediation: Principles and Practice*, s.467.

buluculuğun kullanımı yaygınlaştıkça arabulucuların mesleki hatalarından dolayı sorumlu tutulmaları muhtemeldir¹²³.

A) Sorumsuzluk

İnsanları arabulucu olmaya teşvik etmenin amacı, arabuluculukta kaliteyi artırmaktır. Bu amacın arkasında, arabulucuların sorumluluğunu, zarar gören tarafın zararını telafi etme vasıtası olarak öngörmekten daha önemli olduğu düşüncesini yansıtmaktadır. 50 eyalet içerisinde önemli sayıda eyalet, kanuni düzenleme ile arabulucuların sorumsuzluğunu kabul etmiştir (Ariz Rev Stat § 12-2238; Ark Code Ann § 16-7-107; Colo Rev Stat § 13-22-507; Fla Stat § 44.201(6); Iowa Code §§ 13.14, 679.13; Okla Stat 12, § 1805; Or Rev Stat § 36.210; Utah Code Ann § 78-14-15, 78-31b-8; Wash Rev Code § 7.75.100; Wis Stat § 93.50; Wyo Stat § 1-43-104). Sorumsuzluk müessesesi belirli programlar çerçevesinde ve belirli şartlar altında uygulanır. Örneğin Kolorado’da mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında arabulucu ancak ‘*kasdi ve kötü niyetli davranışlarda*’ bulunması durumunda sorumlu tutulabilir (Colo Rev Stat § 13-22-306 (2)). Buna karşılık New Jersey Yüksek Mahkemesi, arabuluculuk için diğer kalite kontrol mekanizmaları bulunmaması dolayısıyla, sorumsuzluk müessesini kabul etmemiştir¹²⁴.

Hâkimler, savcılar, hakemler ve tanıklar, yapmış oldukları yargısal faaliyet nedeniyle sorumlu tutulmamaktadırlar. Arabulucuların sorumsuzlukları ise içtihat hukuku çerçevesinde veya tarafların anlaşması ile sağlanmış olabilir. Mahkemeler, yargısal sorumsuzluğu hâkimlerin ileride sorumlu tutulabilme endişesinden uzak olarak yargılama yapma ve karar vermelerini sağlamak için kabul etmektedir ve hâkimin yargılama neticesinde karar verdiği bir meselede kendisine dava açılmasına yol açmamıştır¹²⁵. Hâkim kararıyla tatmin olmayan taraf, bu kararı bir üst mahkemeye temyiz edebilir. Bundan başka yargılamanın aleniyeti ilkesi gereği, bir hesap verilebilirlik söz konusudur. Temyiz edilemeyen veya kamuya açık olmayan kararlar içinde mutlak sorumsuzluk öngörülmüştür. Com-

¹²³ **EATON Sarah**, Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Process, 103 Harv L Rev, 1990, s.1086, 1099; **RICHARDSON J. Sue**, “Mediation, s. 623.

¹²⁴ Task Force Report, New Jersey Supreme Court Task Force on Complementary Dispute Resolution 124 NJ LJ 90, 96 Final Report 23-24 (1990).

¹²⁵ **FEINMAN Jay M.**, and **COHEN Roy S.**, “Suing Judges: History and Theory”, 31 SC L Rev, 1980, s.201; **GRAY Kevin C.**, “Mediators, Case Evaluators, and Other Neutrals-Should They be Absolutely Immune?” 26 U. Mem. L.Rev. 1996, s.1229.

mon law yargısal sorumsuzluğu yargısal faaliyeti kapsamaktadır ve eğer bu kişiler hâkimler tarafından yerine getirilen bir işin çerçevesi içinde bir işi yerine getiriyorlarsa, sorumsuzluk müessesesi bu kişiler içinde geçerlidir. Böylece yargısal sorumsuzluk kâtiplere, bilirkişilere, mahkeme tarafından atanmış terapistlere ve çocuklara atanmış kayyumlara da uygulanır. Massachusetts Yüksek Mahkemesi, mutlak yargısal sorumsuzluğun, velayet nedeniyle bir ailenin ziyareti ve psikolojik değerlendirmesi için mahkeme tarafından görevlendirilen psikiyatrist içinde geçerli olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme psikiyatristin ifadesinin alınmasının ve çapraz sorguya tabi olmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Uyuşmazlığa ilişkin belirli hususların araştırılması yargısal bir faaliyet olmadığı veya bir tarafın savunmasıyla ilgili yargısal bir faaliyet de olmadığı için, mahkeme tarafından araştırma yaptırılması görevi nedeniyle bu kişilerin yargısal sorumsuzluk kapsamı dışında olduğunun kabul edildiği durumlar olmuştur¹²⁶.

Mahkemeler, uyuşmazlık çözüm konferanslarını ve bu çerçevede yapılan araştırmaları, yargısal bir faaliyet olarak değerlendirerek, federal alt derece mahkemeleri tarafından görevlendirilmiş arabulucuların faaliyetlerini, yargısal sorumsuzluk kapsamında değerlendirilebilirler. Bir davada federal bölge mahkemesi, mahkeme tarafından atanan gönüllü arabulucunun yargısal sorumsuzluk kapsamında olduğuna hükmetmiştir¹²⁷. Bir başka davada federal bölge mahkemesi, dava değerlendiricisi olarak görev yapan özel avukatı yargısal sorumsuzluk kapsamına almıştır. Dokuzuncu Bölge İstinaf Mahkemesi, mahkeme tarafından görevlendirilen, mahkemenin talimatları doğrultusunda uzlaştırıcı olarak görev yapan ve yargısal faaliyet yerine getiren kişinin, yarı yargısal sorumsuzluk kapsamında olduğunu belirtmiştir¹²⁸.

Mahkemeden bağımsız olarak çalışan arabulucuların, yargısal sorumsuzluktan yararlanmaları beklenemez. Yargısal sorumsuzluk mahkemeye bağlantılı çalışan arabulucularla sınırlı olmasına rağmen, Kaliforniya istinaf mahkemesi, aile mahkemesinin görevlendirdiği psikoloğun durumunu yarı yargısal sorumsuzluk kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, ge-

¹²⁶ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-12.

¹²⁷ ENGLISH Caroline Turner, "Mediator Immunity: Stretching the Doctrine of Absolute Quasi-Judicial Immunity: Wagshal v. Foster"; 63 Geo Wash L Rev 1995, s.759.

¹²⁸ Meyers v. Contra Costa County Dept. of Social Services, 812 F 2d 1154 (CA9 1987), cert den 484 US 829 (1987).

rekçesinde sorumsuzluğu özel arabuluculara da teşmil etmiştir. Bu sorumsuzluk arabuluculuğa ilişkin belirli davranışları kapsayabilir. Örneğin mahkeme arabulucunun ifadesini almak istediğinde, arabulucunun faaliyetlerini tanıkların hakaretten sorumsuzluğu kapsamında değerlendirebilir. Tarafların anlaşmasıyla arabulucu bir hakem olarak görev yaparsa common law hakem sorumsuzluğu, hakeme fonksiyonu gören arabulucuyu koruma kapsamına alabilir.¹²⁹ Buna ilaveten takdiri yetki kullanan kamu görevlileri için sınırlı sorumsuzluk kabul edilmiştir. Çünkü sınırlı sorumsuzluk, politika belirleyici konumundakileri bu kararlarını alırken koruma amacıyla öngörülmüştür. Belirli bir davada arabuluculuk yapan bir arabulucuyu kapsamaz. Ancak kamu arabuluculuk programlarında, arabuluculuk politikalarına ilişkin karar verme konumundaki yöneticileri kapsayabilir¹³⁰.

Yüksek Mahkeme, mutlak sorumsuzluğun tanınmasının oldukça istisnai bir durum olduğunu, gerekçe olarak da mutlak sorumsuzluk talep eden görevlilerin, böyle bir sorumsuzluğu taşımalarının haklı gerekçesini ispat yükümlülüğü altında olduklarını vurgulamıştır¹³¹.

Arabulucu, benimsenen arabuluculuk tipine göre, tavsiyede bulunma ve danışmanlık yapma görevi de yapıyorsa common law sorumsuzluk kapsamında korumadan yararlanmayan danışman, avukat ve diğer hizmet sağlayıcılara benzemektedir¹³². Yine de Kaliforniya istinaf mahkemesi kararında, mahkeme bağlantılı arabulucuları avukatlardan tarafsızlıkları nedeniyle ayırmıştır¹³³.

B) Arabuluculukta Meslek Hatası

Mahkemeler, henüz arabulucuların meslek hatası nedeniyle sorumluluklarını kabul etmiş değildir. Ancak benzer diğer meslekler için açılan tazminat davaları arabulucuların da sorumluluğa tâbi olacaklarını göstermektedir. Bundan başka klinik psikolojisi, hukuk gibi başka bir mesleğin

¹²⁹ Tarte, Clergy Arbitrator Liability: A Potential Pitfall of Alternative Dispute Resolution in the Church, 32 Cath Law 1989, s.311.

¹³⁰ International Ass'n of Machinists & Aerospace Workers v. National Mediation Board, 138 App DC 96, 425 F2d 527 (1970).

¹³¹ Burns v. Reed, 500 US 478, 114 L Ed 2d 547, 111 S Ct 1934, 1939 (1991).

¹³² COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-14.

¹³³ Howard v. Drapkin, 222 Cal App 3d 843, 271 Cal Rptr 893 (1990).

özel becerisini sunma taahhüdünde bulunmuş olan arabulucu, bu ikinci mesleğe ilişkin meslek hatası kapsamında sorumlu olabilecektir¹³⁴.

Arabulucuların ihmalleri nedeniyle sorumlulukları konusunda gerekçelerden biri de arabulucuların özel yetenekleri, bilgisi veya eğitimlerinin yetersiz olduğu gerekçesidir. Bu gerekçeyi destekleyecek özel yetenekleri belirlemenin kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Bazen arabulucuların eğitime ilişkin belirli nitelikleri karşılamaları gerekmektedir. Fakat belirli bir kanundaki arabuluculuk nitelikleri bile farklılık göstermektedir. Örneğin aile arabuluculuğuna ilişkin kurallar, arabulucunun avukat, sertifikalı hesap uzmanı, psikiyatrist olması veya özel üniversite diploması bulunmasını gerektirmektedir. Yani aynı programdaki iki arabulucunun bile farklı özellikleri bulunabilmektedir (Florida Supreme Court Rules for Implementation of Florida Status § 44.301-44.306, Rule 1.760(b)). Buna karşılık Oregonda mahkeme tarafından arabuluculuğa yönlendirilen davalarda, arabuluculuk özel bir eğitim alma şartını öngörmemektedir (Or Rev Stat § 36.200). Arabuluculuk için gerekli nitelikler, eyaletten eyalete çok büyük farklılıklar göstermektedir. Arabuluculuk eğitimi için öngörülen süreler, meslek hatası nedeniyle sorumlu tutulan meslekler için öngörülen eğitim sürelerinden çok daha azdır ((710 ILCS 20/5 (30 saat); Tex Civ Prac & Rem Code Ann § 154.052 (40-64 saatlik eğitim); Iowa Code § 679.8 (25 saat)).

Arabuluculuk için gerekli özel nitelikler konusunda, görüş birliği olmasına rağmen, arabuluculuk meslek örgütlerinde belirli arabuluculuk çeşitlerinde, özellikle aile arabuluculuğunda, etik kurallarını ihlal edebilecek davranışlara ilişkin bir görüş birliği vardır. Bununla birlikte mahkemelerin arabuluculukla ilgili diğer meslek mensuplarıyla ilgili davalarda verdiği kararlar, taraflardan biri arabulucunun mesleki etik kurallarını ihlali neticesinde zarar görmüşse, meslek hatası nedeniyle tazminata hükmedip etmeyeceği açık değildir. Mahkemeler, açılan davalarda diğer meslekler açısından mesleki etik kurallar, kanunlarca mesleğin tanınma derecesi, yapılan hatanın davacıya zarar verme ihtimali ve meslek üzerindeki etkisi gibi hususları göz önüne alacaktır¹³⁵.

¹³⁴ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-14.

¹³⁵ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-16.

Kaliforniya Mahkemesi Tarım Üreticileri ve Komisyoncuları Arabuluculuk Kanunu, arabulucunun, kanun hükümlerini ihlali nedeniyle, zararın tazminine hükmettiği kararı ile belirsizliği ortadan kaldırmıştır. Taraflar için arabuluculuk şartlarına uymamaları durumunda, sorumluluk öngörülmüştür (Cal Food & Ag Code § 54458). Eğer arabulucunun meslek hatası haksız fiil olarak değerlendirilirse, tarafları korumak için oluşturulan etik kurallar, gizliliğin korunması, arabulucunun nitelikleri konusunda yanlış beyanda bulunma ve tarafsızlığı önleyecek menfaat çatışmalarının açıklanması gibi hususlar ihmali ispat edecek deliller olarak görülebilir. Bazı durumlarda, tarafları koruyucu kanun hükümlerinin ihlali, ihmalde zararın tazmini için gerekçe olarak kabul edilebilir¹³⁶.

Eğer arabulucu hukukî danışmanlık hizmetleri sunmayı kabul etmişse, meslek hataları nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilecektir. Eğer taraflar, avukat olarak vekâlet vermişse, basiretli bir avukatın dikkat ve özenini göstermek zorundadır. Arabulucu belirli bir konuda uzmanlık iddiasında bulunduğunda kıstaslar daha yüksek olabilir. Basiretli bir avukatın nitelikleri, müvekkilin feragatı nedeniyle daha düşük olamaz¹³⁷. Avukat arabulucunun hukukî uzmanlık bilgisi nedeniyle, arabuluculuk genel olarak daha fazla ücrete tâbidir. Fakat bu durumda, her iki tarafıda temsil etmediğini belirtmesi gerekmektedir. Birçok eyalette etik hükümler altında avukat arabulucuların, arabuluculuk esnasında her iki tarafa tavsiyede bulunmasına izin verilmiştir. Bununla birlikte avukat arabulucunun bilmediği ancak kolaylıkla bulunabilecek doktrine ilişkin araştırmaları için arabuluculuğu durdurması ihtimal dâhilindedir. Mahkeme, meslek hatası için farklı kıstaslar belirlemedikçe, avukatın konuyu araştırmaması, yetersiz tavsiyede bulunması ve taraflara zarar vermesi söz konusu ise, avukat arabulucunun ihmali söz konusu olabilir¹³⁸.

ABD’de yapılan araştırmalarda, arabulucuların davranışlarının, kazancın maksimizasyonu veya adaletin sağlanması açısından taraflara yardım ederken, gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğünden vazgeçip vazgeçemeyeceklerinin değerlendirilmesi istenilmiştir¹³⁹. Bu vazgeçme-

¹³⁶ **COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A.**, Mediation, s. 11-17.

¹³⁷ ABA Code of Professional Responsibility, DR6-102.

¹³⁸ **FOLBERG Jay**, “Liability of Divorce Mediators, in Divorce Mediation: Theory and Practice” **Folberg and Milne** edition, Divorce Mediation: Theory and Practice, Guilford Press, New York 1988, s.348.

¹³⁹ **RISKIN Leonard L.**, Toward New Standard for the Neutral Lawyer in Mediation, 26 Ariz L Rev, 1984, s.329, 359.

ye karşı çıkanlar, müvekkilin gerekli dikkat ve özeni göstermesinden vazgeçme isteği, etik ve uygulanabilir olmadığı için, müvekkilden meslek hatası nedeniyle dava açma hakkından vazgeçmesini isteme ile eş anlamlı olduğunu savunmuşlardır (ABA Code of Professional Responsibility, DR6-102)¹⁴⁰. Avukat olmasa bile hukukî yardımı sağlayan arabulucu, ihmal nedeniyle sorumlu tutulacaktır ve eğer avukat gibi davranma vaadi varsa, makul dikkatli bir avukatın yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden sorumlu olacaktır¹⁴¹.

HUAKT 9. maddesinde de, arabulucunun görevini özenle, tarafsız ve bizzat yerine getirme yükümlülüğü öngörülmüştür. Arabulucu, tarafsızlığından şüpheye düşürecek hallerin varlığı durumunda, bunu derhal taraflara bildirmek yükümlülüğü altındadır. 9/4 fıkrasında ise, arabulucunun görevini tarafsızlıkla yerine getirme amacıyla daha önce bir uyuşmazlıkta arabulucu olarak görev yapan kişilerin aynı uyuşmazlıkta avukat olarak görev yapabilmelerini yasaklamıştır (HUAKT m.9). HUAKT 11. maddesinde ise arabuluculuk için öngörülen diğer bir yükümlülük düzenlenmiştir. Arabuluculara arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında, tarafları sürecin işleyişi ve sonuçları konusunda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmektedir (HUAKT m.11). HUAKT'ın yukarıda anılan hükümleri gelecekte Türk hukuk sistemi içerisinde arabuluculara karşı açılacak davaların hukuki temelini teşkil edecektir. Ancak HUAKT'ın arabulucuların yükümlülüklerine ilişkin bu maddeleri, kaliteli bir arabuluculuk hizmeti sunulması açısından son derece önemli düzenlemelerdir.

ABD'de arabulucuların sorumluluğu konusunda, arabuluculara karşı açılan tazminat davalarında en önemli şart, arabulucunun ihmalinden kaynaklanan zararın ispatının gerekmesidir. Bu isbat yükü, ülkemizde ki sorumluluk uygulamaları açısından da en önemli noktayı teşkil edecektir.

Lange v. Marshall davasında Missouri istinaf mahkemesi, arabulucu-avukata karşı meslek hatası nedeniyle tazminata hükmetmeye ilişkin kararı bozmuştur. Avukat, davacıyı boşanma davasında temsil etmiştir. Marshal'ın tavsiyelerini müteakiben davacı, bir arabuluculuk anlaşması

¹⁴⁰ MALLEN Ronald E. and LEVIT Victor B., Legal Malpractice, 2d edition, 1981, s. 253, 258.

¹⁴¹ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-19.

imzalamıştır. Daha sonra çözümden vazgeçerek mahkemeyi bu anlaşmaya dayanarak karar vermeme konusunda ikna etmiştir. Davacı, yeni bir avukat tutarak Marshalla dava açmıştır. Marshall arabulucu olduğunu ve meslek hatası nedeniyle sorumluluğa tabi olmadığı savunmasını yapmıştır, ancak savunması mahkeme tarafından kabul görmemiş ve aksi yönde karar vermiştir¹⁴².

İstinaf aşamasında Marshall, davacının önceki arabuluculuk anlaşmasında zarar gördüğünü ispat etmediğini, çünkü dikkatli ve yetenekli bir avukatı olmuş olsaydı, ikinci çözümlü kocasının kabul edebileceğini jüri önünde ispata yarayacak deliller sunabileceğini belirtmiştir. İstinaf mahkemesi kararı eleştirilmiştir. Eleştiriler diğer mahkemeler zararın arabulucunun görevini kötüye kullanmasından kaynaklandığını davacının ispat etmesini aradığı noktaya dayanmıştır¹⁴³. Bu konuda birçok mahkeme kararı bu eleştirileri desteklemektedir¹⁴⁴.

C) Arabulucunun Sorumluluğu İçin Diğer Gereklere

Arabulucuların meslek hatası dışında, gizlilik konusunda da yükümlülükleri bulunduğu için açık veya ima yoluyla bu yükümlülüğün ihlali durumunda, arabulucunun sorumluluğu söz konusu olabilir. Meslek hatasına ilaveten, sözleşmenin değişik şekillerde ihlali ve özel hayatın mahremiyetinin ihlali doktrinleri uygulanırken, mahkemeler, farklı meslek mensupları için güven ilişkisinin ihlali gerekçesiyle sorumluluğa ilişkin kararlar vermişlerdir¹⁴⁵. Hukuki zorunluluk veya kamu menfaati sebeplerinin bulunması durumunda sorumluluk söz konusu olmayabilecektir¹⁴⁶. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme ABD Federal Anayasasındaki İlk Değişiklik (First Amendment) gereği kamuoyunun haberalma özgürlüğü çerçevesinde, kamuyunu bilgilendirme söz konusu olsa bile, davacıyı, gizlilik konusundaki yükümlülüğün ihlali nedeniyle zararın tazmini konusunda sorumlu tutmuştur¹⁴⁷.

¹⁴² Lange v. Marshall, 622 SW2d 237 (Mo App 1981).

¹⁴³ CHAYKIN Arthur A., "The Liabilities and Immunities of Mediators: A Hostile Environment for Model Legislation", 2 Ohio St J on Disp Resol 1986, s.47, 65-69.

¹⁴⁴ Collins v. Perine, 108 NM 714, 778 P2d 912 (NM App 1989); Rizzo v. Haines, 520 Pa 484, 555 A2d 58 (1989).

¹⁴⁵ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-20.

¹⁴⁶ Simonsen v. Swenson, 104 Neb 224, 177 NW 831 (1920); Vassiliades v. Garfinckels, Brooks Bros., 492 A2d 580 (DC App 1985).

¹⁴⁷ Cohen v. Cowles Media Co., 501 US 663, 115 L Ed 2d 586, 111 S Ct 2513 (1991).

Arabulucunun, arabuluculuğa taraf olmayanları koruma görevi söz konusu olabilir. ABD'nin bazı eyaletlerindedeki arabulucuların, davalının bir kısım kimseleri fiziki zarar görme tehlikesi karşısında gerekli dikkat ve özeni gösterme sorumluluğu bulunmaktadır. Bu tür sorumluluk, çoğu arabuluculukta bulunmayan, çevre ve aile uyumsuzlukları gibi uzmanlık gerektiren arabuluculuklar haricinde ve genel olarak tehlike arz eden kişilerle ilişkiyi değerlendirebilecek çok büyük bir uzmanlık bilgisi ile ortaya çıkabilir¹⁴⁸.

Görevin veya güven ilişkisinin ihmal veya sözleşmenin ihlali ötesinde, arabulucuların sorumluluğu konusunda çok çeşitli sorumluluk kaynakları ortaya konmaktadır. Örneğin, arabulucular hile, reklâm yasağına aykırılık veya sahip olmadığı özellikleri varmış gibi gösterme, hakaret ve adaba aykırı davranışlar nedeniyle sorumlu tutulabilir¹⁴⁹.

Bu analizlerin çoğu diğer meslek mensuplarına uygulanan ilkelere dayanmaktadır. Uygulamada çok az arabulucuya dava açılmıştır¹⁵⁰.

X. ARABULUCULUK SERTİFİKASI

Arabuluculuğun, sertifikaya bağlanması gerekip gerekmediği konusunda da tartışmalar bulunmaktadır¹⁵¹. Bir kısım yazarlar, niteliksiz insanların arabulucu olmasını engellemek ve arabulucuk hizmetlerinden yararlanacak kişileri korumak amacıyla, sertifikaya bağlanmasının gerekli olduğunu savunmaktadırlar¹⁵². Diğer bir kısım yazarlar ise, arabuluculuğun sadece eğitim almış kişiler veya belirli eğitim programlarını bitirmiş olanların yapabileceği bir meslek haline gelmesini istememektedirler. Sertifikaya bağlamanın arabuluculuğu belirli kişilerin tekeline sokaca-

¹⁴⁸ Comment, "The Tarasoff Progeny: Creating a Weaponless Policeman with a Depp Pocket", 15 Cap UL Rev, 1986, s.699; Note, "Duty to Warn Versus Duty To Maintain Confidentiality: Conflicting Demands on Mental Health Professionals", 20 Suffolk UL Rev, 1986, s.579.

¹⁴⁹ **FOLBERG Jay, and TAYLOR Alison**, Mediation, s. 281.

¹⁵⁰ **HUFNAGLE Gracine**, "Mediator Malpractice Liability", Mediation Q, 1989, s.33, 35, 36.

¹⁵¹ **MCGUIRE James**, "Joint Certification: An Idea Whose Time Has Come", Disp. Resol Mag., 2004, s.22; **DOBBINS W. Lee**, "The Debate Over Mediator Qualifications: Can They Stisfy the Growing Need to Measure Comptence Without Barring Entry Into the Market?", 7 U.Fla.J. L. and Public Policy, 1996, s.95.

¹⁵² **HONEYMON C.**, "On Evaluating Mediators", Neg. J. 23, 1990, s.30.

ğını ve daha pahalı bir hizmet haline getireceğini ve arabulucular havuzunun farklılıkları yeterince yansıtmayacağına inanılmaktadır¹⁵³.

Arabuluculuk sürecinde adalet, kalite ve etkinliğin sağlanması amaçları açısından arabulucuların sürekli denetlenmesi gerektiğini savunanlar bulunmaktadır. Örneğin, mahkeme bağlantılı arabuluculuk kuralları, arabulucuların arabuluculuk listesinden çıkarılması ihtimali ile birlikte sürekli denetlenmesini öngörmektedir [Standards 6.1.-6.6 (Center for Dispute Settlement 1992)].

ABD'nin bazı eyaletlerinde de arabulucular için sertifika öngörülmesine rağmen, diğer bazı eyaletler belirli çerçevede arabuluculara sertifika öngörmüştür. New Hampshire aile arabulucularının ve arabuluculuk programlarında sertifikasyonu kanunen gerekli görülmektedir. Öngörülen standartların ihlali durumunda, ihlal edenler için disiplin cezası öngörülmüştür. Arabulucular ve arabuluculuk programları için sertifikalı arabulucu sıfatının kullanılmasının pozitif yönleri belirli şartlar altında mahkeme tarafından arabuluculuk konusunda ifade vermeye çağrılmaktan kaçınma ayrıcalığı sağlaması ve aile arabuluculuklarında mahkeme tarafından tanınmadır (NH Rev Stat Ann § 328-C: 3, 4-5, 7-8, 9). Floridada çeşitli arabulucular için sertifika öngörülmektedir ve bunlara mahkeme tarafından davalar yönlendirilebilmektedir (Fla Stat § 44-106; Florida R Civ P, R 1.760). Utahda alternatif uyuşmazlık çözümü hizmet sağlayıcılarına gönüllü sertifika programı oluşturmuştur (Utah Code Ann §§ 58-39a-1). North Carolina Kanunu, arabulucular için denetimle birlikte sıkı bir eğitim şartı öngörmüştür. Gönüllü meslek örgütleride bu derneklerin standartlarını uygulamak için sertifika programları oluşturmuşlardır¹⁵⁴.

Arabuluculuğun, sertifikasyona tâbi olmasının arabulucuların, eğitim almasını zorunlu hale getireceği, arabulucuğu ve etik davranış kurallarını yeterince öğrenmeyi, halkın arabuluculuğa daha çok güven duymalarını sağlayacağını savunmaktadır¹⁵⁵. North Carolina'da arabulucuğu orga-

¹⁵³ **GRENIĞ Jay E.**, "Alternative Dispute Resolution", s. 84.

¹⁵⁴ **DAVIS Albie M.**, "How to Ensure High-Quality Mediation Services", s. 203; National Standards for Court-Connected Mediation Programs, Standards 6.1-6-6 (Center for Dispute Settlement, D.C. 1992).

¹⁵⁵ **HOFFMAN David**, "Certifying ADT Providers", 40 Boston Bar J, March/ April 1996, s.9; **FOSTER Nancy J. and KELLY Joan B.**, "Divorce Mediation: Who Should be Certified?", 30 U.San Fran L. Rev. 665, 1996; **WECKSTEIN Donald T.**, "Mediator Certification: Why and How", 30 U. San Fran. L. Rev., 1996, s.757.

nize etmek üzere 200 \$ sertifika ücreti alınmaktadır (NC Gen Stat § 7A-38.2). Florida Eyaleti uyuşmazlık çözüm merkezi arabuluculara karşı, zarar görenler tarafından davalar açılmaktadır¹⁵⁶. Oklohoma Eyaleti, arabuluculuk programları, arabuluculuğu izleme raporları hazırlanması yanında, gönüllü arabuluculuk hizmetlerinin sertifikada belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca buna ilişkin idari ücret de alınmaktadır (Rule 11B Oklohoma Rules and Procedures for the Dispute Resolution Act).

Bazı mahkemeler ve arabuluculuk organizasyonları, arabulucuların belirli nitelikleri taşımaları gerektiğini öngörmektedir. Örneğin ABD Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi kendi bünyesindeki arabulucuların yedi yıllık avukatlık tecrübesi olmasını gerekli görmektedir (N.D. Cal. Local R. 2-5 (b)(3)).

Birçok eyalet arabuluculuk etik davranış kurallarını kabul etmiştir (S.D. Codified Laws § 25-4-58.2; Florida Supreme Court, Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators (1995); Florida Supreme Court, In re: Amendments to the Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators (2000); Code of Professional Conduct for Mediators, Oklohoma Supreme Court Rules and Procedures for the Dispute Resolution Act Appendix A: Standards for Private and Public Mediators in the State of Hawaii, adopted by the Hawaii Supreme Court (1986)). Amerikan Barolar Birliği Uyuşmazlık Çözümü, Amerikan Tahkim Birliği ve Uyuşmazlık Çözümü Meslek Mensupları Derneği tarafından model etik davranış kuralları kanunu hazırlanmıştır¹⁵⁷. Louisiana mahkeme arabulucularını kapsamak üzere bu model kanunu benimsemiştir (La Stat Ann § 9:4107).

Florida Eyaleti, arabulucuların görevi kötüye kullanma eylemlerinin ne olduğu ve arabulucuların nitelikleri konusunda uyumlulaştırma sağlanmasına öncülük etmektedir. Ancak arabulucu olmayı isteyen nitelikli kişiler için arabulucu olma imkânını kısıtlamaktadır¹⁵⁸.

¹⁵⁶ **PRES Sharon**, “Institutionalizing: Savior or Saboteur of Mediation?” 24 Fla. St. L. Rev, 1997, s.903.

¹⁵⁷ Standards of Conduct for Mediators; Symposium, “Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution”, 1995 J Disp Resol 95, in Moore, Lawyer Mediators: Meeting the Ethical Challenges, 30 Fam. L.Q. 679 (1996).

¹⁵⁸ **MOBERLY Robert B.**, “Ethical Standards for Court-Appointed Mediators and Florida’s Mandatory Mediation Experiment”, 21 Fla St UL Rev, 1994, 702.

Arabuluculuk lisansı verme ve sertifikalandırma çabalarına göre daha sınırlandırıcı olabilir. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Meslek Mensupları Derneği arabuluculuk niteliklerine ilişkin oluşturduğu komisyonda çeşitli sebeplerle arabulucuların devlet tarafından lisanslandırılmasına karşı çıkmış ve şu hususlar vurgulanmıştır:

1. Etkili alternatif uyuşmazlık çözümü için arabulucuların niteliklerine ilişkin henüz belirli bir olgunluğa erişilmemiştir.
2. Devlet tarafından lisans verilmesi ve tarafların uygulamacıları seçmesi, arabuluculuğu sınırlandırabilecek, yetenekli bireylerin arabulucu olmasını engelleyebilecek ve kalite standartlarının oluşturulmasını önleyebilecektir.
3. Belirli kişilere münhasır lisanslandırma, arabuluculuğun belirli bir grup tarafından kontrol edilmesine neden olabilir.
4. Lisanslandırma gelişmekte olan bir alandaki kriterlerin donmasına ve gelişiminin durmasına neden olabilir.
5. Alternatif uyuşmazlık çözümü, insan ilişkileri kadar çeşitlilik göstermektedir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Meslek Mensupları Derneğince oluşturulan Komisyon, alternatif uyuşmazlık çözümü, uygulamacılar, alternatif uyuşmazlık çözüm programları, mesleki birlikler, alternatif uyuşmazlık çözüm eğitimcileri, politika yapımcılar ve tüketicilerin sorumlulukları ve arabulucuların yetkinliği ve kaliteli arabuluculuk hizmeti sağlamak amacıyla tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu tavsiyeler uyuşmazlık çözümünde kalite ve etkinliği sağlamaya ilişkin tedbirlerin çerçevesi ve uyuşmazlık tiplerindeki farklılıkların göz önüne alınması gerektiği varsayımına dayanmaktadır¹⁵⁹.

Florida Kanunu, arabuluculuğu düzenlemenin negatif bir etkisinin de arabuluculuğun gizliliği ilkesini ihlal ihtimali olduğunu göstermektedir. Yeni Kanun arabulucuların arabuluculuk faaliyeti nedeniyle sorumsuzluğu ilkesinin istisnasının, arabulucular için disiplin soruşturma sürecinin söz konusu olma ihtimali olduğunu göstermektedir (Fla Stat § 44.102). Diğer eyaletler, arabulucularla ilgili düzenlemeler yapmaya başla-

¹⁵⁹ Ensuring Competence and Quality in Dispute Resolution Practice, Report No. 2 of the SPIDR Commission on Qualifications 11-15 (1995).

dığı için, adil disiplin soruşturması süreci sağlanması için, gerekli düzenlemeler yapılması beklenebilir¹⁶⁰.

XI. DİĞER DÜZENLEME KONULARI

Arabuluculuğun düzenlenmesinde, belirli tedbirler arabulucuyla ilgilidir. Eğer nitelikli arabulucuların seçilmesi ve dikkatli elemeler yapılması ve arabuluculuğa uygun davaların seçiminin sağlanması yanında, arabuluculuğun iyi işlemesi için teşvik sistemi oluşturulması, arabuluculuk hizmetlerinin yeterince adil, etkin ve yüksek kaliteli olmasını sağlayacaktır. Örneğin, arabuluculuğa uygun davaların seçilmesi, arabuluculuk sürecinde çözüm ihtimali zayıf olan ve adil bir sonuca ulaşma ihtimali olmayan davaları, arabuluculuk sürecinin dışında tutabilir¹⁶¹.

Arabuluculukla ilgili isabetli bir yaklaşım arabuluculuk usulünün kendisini düzenlemektir¹⁶². Birçok eyalette arabuluculuk usulünün düzenlenmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Tarafların, avukatlarının katılımına izin verilmesi veya arabuluculuk müzakeresinde temsil edilmeyen tarafların arabuluculuğa katılmaya davet edilmesi, arabuluculuk sürecinin adil olmadığı şeklindeki eleştirilere cevap teşkil edecektir (Alaska Stat § 25.24.060 (c); ND Cent Code § 14-09.1-05; Tenn Code Ann § 36-6-408, 36-6-107). Taraflar arabuluculuğun sınırlandırılması ihtimali söz konusu olması durumunda bilgilendirilmekte (Cal Bus & Prof Code §§ 467.3, 467.7; Iowa Code § 679.6; Kan Stat Ann § 23-603) ve bazen de taraflara avukat sağlanmaktadır (Iowa Code § 654A.7; Wyo Stat § 11-41-105(a); Maine Rev Stat Ann tit 39-A, § 153-A).

Diğer bir usûlî gereklilik, arabulucu listelerindeki arabulucu sayısının sınırlı tutulmaması ve arabulucular için sağlanan esneklik ilkesine midahale teşkil edebilecek düzenlemelerden kaçınılmasıdır. Bu yüzden arabulucuların niteliklerinin artırılması yönünde bir politika tercihi bulunulması durumunda, ortaya çıkacak maliyet, meslek hatası ve sertifikasyonun ortaya çıkaracağı maliyetten daha az gözükmetedir.¹⁶³

¹⁶⁰ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardın and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-26.

¹⁶¹ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardın and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-27.

¹⁶² COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardın and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-27.

¹⁶³ MCEWEN Craig A., ROGERS Nancy A. and MAIMAN, Richard J., Bring in the Lawyers.

XII. KAMU FİNANSMANI VE DİĞER KALİTE KONTROL TEDBİRLERİ

Arabuluculuk hizmetlerinin kalitesinin artırılması için, başka bir takım yöntemler de kullanılmaktadır. Örneğin, hukukî sorumluluğun ve arabulucuların niteliklerinin düzenlemesinin ötesinde, arabulucular için nadir olarak çeşitli cezalar öngörülmüştür. Örneğin, hukuka aykırı şekilde arabuluculuğa ait bilgileri açıklayan toplum hizmetleri arabulucuları, cezai açıdan sorumlu tutulmaktadır (42 U.S.C.A. § 2000g-2). Tarafların arabuluculuk sürecinde sağladıkları bilgileri, ABD Adalet Bakanlığı gibi kurumlara açıklanmasını önlemek üzere bu cezalar öngörülmüştür. Minnesota Hukuk Arabuluculuk Kanununa göre, arabulucular, taraflara arabuluculukla ilgili eğitim durumları ve bu alandaki tecrübelerini yazılı olarak iletmeyenlerin cezai olarak sorumlu tutulabilmesi öngörülmüştür (Minn Stat § 572.37).

SONUÇ

Arabuluculukla hukuk sisteminde etkinliğin sağlanması, kaliteli arabuluculuk hizmetleri ve adalete erişimin sağlanması arabuluculuğun temel amaçlarını oluşturmaktadır. Arabuluculuğun düzenlenmesinde dört temel amacı elde etmeye yarayacak parametreler, dikkate alınmaktadır. Bu amaçlar bazen kendi içlerinde çelişkiler arz ettiği görüntüsü vermektedir. Arabuluculuk amaçları arasında çekişme alanları olmasına rağmen, mevcut politikaların tercih edilmesinde üç önemli ikilem rol oynamaktadır. Yargı sistemlerinin etkinliği konusundaki problemler, taraflar üzerinde çözüm baskısı oluşturabilir, avukatların arabuluculukta rolünü azaltabilir ve böylece adaletin sağlanması amacını riske atabilir. Arabuluculuk mesleğini inşa etme çabaları ve adalet ve kalitenin sağlanması konusundaki tedbirler, arabuluculuk konusunda düzenlemeleri artırmıştır. Ancak bu süreç bir yönüyle, adalete ve arabuluculuğa erişimi sınırlandırabilir¹⁶⁴.

Bu çekişmeler karşısında, arabuluculuk müessesesinin düzenlenmesi ve yönetiminde görev alanların, arabuluculuğun farklı amaçları arasında önceliklerin belirlenmesi ve çelişen amaçların parametrelerinin uylaştırılması çabası içerisinde olmaları gerekmektedir. Politik olarak birçok çatışan ve çelişen amaçların sınırlı olan kaynakların dağılımında ve arabuluculuk programlarının şekillendirilmesinde dikkate alınması gerekir.

¹⁶⁴ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-29

Arbuluculuğun faydaları ve potansiyel riskleri arasında bir dengeyi sağlanması gerekmektedir¹⁶⁵.

Kamu tarafından finanse edilen veya mahkeme bağlantılı arbuluculuk kanunları, arbulucuların menfaat çatışmasından uzak, kanunun düzenlediği çerçevede gizliliğe riayet edildiği, tarafların serbest iradesine uygun ve uyuşmazlığın çözümünü amaçlayan, yüksek kalitede arbuluculuk yaklaşımını teşkil etmektedir. Kanunlar arbuluculuk alanına girişi sınırlamakta ve arbuluculara yüksek kalitede, adil ve etkin arbuluculuk hizmeti sağlama görevini yüklemektedir¹⁶⁶.

Arbulucularla ilgili düzenlemeler yapılırken ihtiyatlı yaklaşılması gerekir. Kanunlarda açık ve tutarlı olmayan görev tanımları arbulucuların sorumluluk alanlarının kapsamını ve riskini artırırken, nitelikli insanları arbulucu olmaktan vazgeçirebilir¹⁶⁷.

ABD uygulamalarından yola çıkarak, Türk hukuk sistemindeki gelişmelere kısaca bakacak olursak, şu tespitleri yapmanın faydalı olacağı düşünülmektedir. Öncelikle, mevcut mevzuatımızdaki alternatif uyuşmazlık çözümü düzenlemelerinin etkin bir şekilde işlememesi, yasa ile düzenlemenin, bu tür müesseselerin işlemesi ve başarıyla uygulanması için yeterli olmadığını göstermektedir. Bu müesseselerin işlemesi, toplumun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılması ve faydaları konusunda bilinçlendirilmesine bağlı olduğu muhakkaktır.

Ancak Hollanda ve İngiltere gibi ülkeler, arbuluculuğu düzenlemesizin bu müessesenin uygulanmasından sorumlu alternatif uyuşmazlık merkezlerini düzenlemişlerdir. Bu şekildeki sınırlı sayıdaki ülke uygulaması haricinde, arbuluculuğun çoğunlukla kanunla düzenlendiği görülmektedir. Ülkemizde, bu doğrultuda bir adım atılmış ve arbuluculuk müessesesini düzenlemek amacıyla, HUAKT hazırlanarak TBMM'ye sevk edilmiştir. HUAKT'ta, arbuluculuk hizmetlerinin etkinliği ve kalitesi açısından arbulucuların eğitimi, arbulucular sicili oluşturulması, arbulucuların denetlenmesi ve arbuluculuk anlaşmasının mahkeme ta-

¹⁶⁵ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 2-29.

¹⁶⁶ COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-29.

¹⁶⁷ Mastrofski, Jennifer Adams, Mediation in Court-Based Systems: More Variations than Similarities, 6 Negotiation J 257, 263 (1990); COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., Mediation, s. 11-29.

rafından onaylanması şartı gibi kalite tedbirlerinin alındığı görülmektedir. HUAKT'ta arabuluculuğun temel ilkelerinden gizlilik ilkesi düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre, tarafların arabuluculuk esnasında karşı tarafa ve arabulucuya sağladıkları bilgi ve belgelerin, arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanmaması ihtimalinde mahkemede aleyhlerine delil olarak kullanılmayacağı kuralı getirilerek, arabulucuya ve taraflara bu konuda gizlilik kuralına uygun davranma yükümlülüğü yüklenmektedir. Böylelikle taraflara, arabuluculuğun devlet yargısı sürecinde, aleyhlerine sonuç doğurmayacağı güvencesini vermekte ve dolayısıyla tarafların arabuluculuğa başvurma konusundaki tereddütlerini giderici bir güvence özelliği arz etmektedir.

Diğer taraftan arabuluculuğun iradiliği ilkesinin kabul edilmesi, zorunlu arabuluculuk uygulamalarına kapı açılmaması, arabuluculukta anlaşmayı kabul etmeyen tarafa mahkeme masraflarının yükletilmesi gibi, taraflara dolaylı baskı teşkil edecek bir takım tedbirlerin alınmamış olması, esneklik ilkesinin, arabulucunun tarafsızlığı ve eşit muamele ilkelerinin düzenlenmesi, arabuluculukta adaletin sağlanması açısından önemli vazgeçilmez ilkelerdir. Genel çerçevesiyle, HUAKT'ın modern arabuluculuk uygulamalarına paralel bir düzenleme teşkil etmekte olduğu ve arabuluculuğun ülkemizde gelişimi için sağlıklı bir zemin oluşturacağı düşünülmektedir.

*

KAYNAKÇA

ABEL Richard L., "The Construction of Informal Justice, in I The Politics of Informal Justice", Vol. 1, Academic Pres, New York 1982

AKINCI Ziya; "Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Batider, Cilt XVIII, Sayı 4, Aralık 1996.

BERGMAN Edward J. and BICKERMAN John G., Court-Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs, (1998).

BOHMER Carol and RAY Marilyn L., "Notions of Equity and Fairness in the Context of Divorce: The Role of Mediation", 14 Mediation Q., 1996.

BRYAN Penelope E., "Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power", 40 Buff L Rev, 1992.

BUSH Robert A. Baruch, "Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition? The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation", 41 Fla L Rev, 1989.

BUSH Robert A. Baruch, "Defining Quality in Dispute Resolution: Taxonomies and Anti-Taxonomies of Quality Arguments", 66 Denv UL Rev, 1989

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ (TAAD), NİSAN 2010, SAYI: 1

- BUSH Robert A. Baruch and FOLGER Joseph P., *the Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1994.
- CLARKE Stevens H., ELLEN Elizabeth D.; MCCORMICK Kelly, *Court-Ordered Civil Case Mediation in North Carolina: An Evaluation of its Effects*, 1995
- CLARKE Stevens H., "Community Justice and Victim Offender Mediation, in National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research", Keilitz edition, *A Report on Current Research Findings- Implication for Courts and Future Research Needs*, 1994
- COLE Sarah Rudolph, ROGERS Nancy Hardin and MCEWEN Craig A., *Mediation: Law, Policy and Practice*, 2nd Edition, 2008.
- Comment, "The Tarasoff Progeny: Creating a Weaponless Policeman with a Depp Pocket", 15 Cap UL Rev, 1986
- DAVIS Robert C, Martha TICHANE; and Deborah GRAYSON, *Mediation and Arbitration as Alternatives to Prosecution in Felony Arrest Cases: An Evaluation of the Brooklyn Dispute Resolution Center*, VERA Institute of Justice, New York 1980
- DAVIS Albie M, "How to Ensure High-Quality Mediation Services: The Issue of Credentialing", in Duffy, Karen Grover, et al., *Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers*, 1991.
- DELGADO Richard, DUNN Chris, BROWN Pamela, LEE Helena and HUBBERT David, "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution", Wis L Rev, 1985
- DOBBINS W. Lee, "The Debate Over Mediator Qualifications: Can They Stisfy the Growing Need to Measure Comptence Without Barring Entry Into the Market?", 7 U.Fla.J. L. and Public Policy, 1996.
- DUBOW Frederic, L. and MCEWEN Craig, "Community Boards: An Analytic Profile", in Merry and Miller edition, *the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in United States*, 1993
- EATON Sarah, *Mandatory Mediation and Summary Jury Trial: Guidelines for Ensuring Fair and Effective Process*, 103 Harv L Rev, 1990.
- EMERGY Robert E., *Renegotiating Family Relationships: Divorce, Child Custody, and Mediation*, Guilford, Newyork 1994
- EMERY Robert E. and JACKSON Joanne A., "The Charlottesville Mediation Project: Mediated and Litigated Child Custody Disputes", *Mediation Q*, Summer 1989
- ENGLISH Caroline Turner, "Mediator Immunity: Stretching the Doctrine of Absolute Quasi-Judicial Immunity: *Wagshal v. Foster*"; 63 Geo Wash L Rev 1995
- FEINMAN Jay M., and COHEN Roy S., "Suing Judges: History and Theory", 31 SC L Rev, 1980
- FISS Owen, "Against Settlement", 93 Yale LJ, 1984
- FOLBERG Jay and TAYLOR Alison, *Mediation; A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1984
- FOLBERG Jay, "Liability of Divorce Mediators, in *Divorce Mediation: Theory and Practice*" Folberg and Milne edition, *Divorce Mediation: Theory and Practice*, Guilford Pres, New York 1988
- FOSTER Nancy J. and KELLY Joan B., "Divorce Mediation: Who Should be Certified?", 30 U.San Fran L. Rev., 1996

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ (TAAD), NİSAN 2010, SAYI: 1

- GALANTER Marc, "Introduction: Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing", 66 Denv UL Rev xi, xiii 1989
- GILSON Ronald J., and MNOOKIN, Robert H., "Disputing Through Agents: Cooperation and Conflict Between Lawyers in Litigation", 94 Columbia L Rev, 1994
- GRAY Kevin C., "Mediators, Case Evaluators, and Other Neutrals-Should They be Absolutely Immune?" 26 U. Mem. L.Rev. 1996
- GRILLO Trina, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", 100 Yale LJ, 1991.
- HARRINGTON Christine and HOWARD Bellman, "Using Bundles of Input to Negotiate and Environmental Dispute", in Kolb, Deborah M., et al. Edition, When Talk Works: Profiles of Mediators, Jossey-Bass Publications, San Francisco 1994
- HAYKIN Arthur A., "The Liabilities and Immunities of Mediators: A Hostile Environment for Model Legislation", 2 Ohio St J on Disp Resol 1986.
- HOFRICTER Richard, "Neighborhood Justice and the Social Control Problems of American Capitalism: A Perspective", in Abel edition I the Politics of Informal Justice, 1982
- HUFNAGLE Gracine, "Mediator Malpractice Liability", Mediation Q, 1989
- HOFFMAN David, "Certifying ADT Providers", 40 Boston Bar J, March/ April 1996
- ILDIR Gülgün; "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)", Ankara 2003.
- JOSEPH Cassondra E., The Scope of Mediator Immunity: When Mediators Can Invoke Absolute Immunity, 12 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1997
- Joseph B Stulberg, 'Fairness and Mediation', 13 Ohio State J on Dispute Resolution 909, (1998).
- KAGEL Sam and KELLY Kathy, The Anatomy of Mediation: What Mkaes It Work, BNA Boks, Washington 1989.
- KAKALIK James S., DUNWORTH Terence, HILL Laural A., MCCAFFREY Daniel F., OSHIRO Marian, PACE Nicholas M., VAIANA Mary E., "An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation Under the Civil Justice Reform Act", Institute for Civil Justice, RAND, Santa Monica CA 1996.
- Kaplan, Yavuz, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", 1-2 MHB, 2008
- KEILITZ Susan, National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research, A Report on Current Research Findings- Implication for Courts and Future Research Needs, Keilitz edition, 1994
- KOVACH Kimberlee K., Mediation: Principles and Practice, 3rd edition, 2004
- LANDE John, "How Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?", 24 Fla. St. U.L. Rev., 1997
- LIND E. Allan and TYLER Tom R., The Social Psychology of Procedural Justice, Plenum Press, New York 1988.
- LIND E Allan, "In the Eye of the Beholder: Tort Litigants Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System", 24 Law Soc'y Rev, 1990
- LOWRY Kem, "Evaluation of Community-Justice Programs, in the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States", Merry, Sally Engle., and Milner, Nealeds Edition, Michigan 1993

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ (TAAD), NİSAN 2010, SAYI: 1

- LUBAN David., "The Quality of Justice", 66 Denv UL Rev, 1989
- LUBAN David, *Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice*, Phil and Pub Aff, 1985.
- MALLEN Ronald E. and LEVIT Victor B., *Legal Malpractice*, 2d edition, 1981
- MCEVEN Craig, and ROGERS Nancy, "Bring the Lawyers Into Divorce Mediation", ABA Dispute Resol J, 1994.
- MARSH Bill, "Arabuluculuk: Birleşik Krallık ve diğer AB ülkelerinin deneyimleri", Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009
- MACCOUN Robert J., LIND E. Allan and TYLER Tom R. "Alternative Dispute Resolution in Trial and Appellate Courts", in Kagehiro, D.K., and Laufer W.S., Edition, *Handbook of Psychology and Law*, Springer-Verlag, New York- London 1991
- MCCORY John R., "Environmental Mediation- Another Piece for the Puzzle", 6 Vt L Rev 49, 1981
- MCEWEN Craig A., and MAIMAN Richard J., "Mediation in Small Claims Courts" in KRESSEL Kenneth and DEAN Pruitt, Edition, *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention Mediation Research*, 1989
- MCEVEN Craig A., "Evaluating ADR Programs", in Snader Edition, *Emerging ADR Issues in State and Federal Courts*, 1991
- MCEWEN Craig and WILLIAMS Laura, "Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation", 13 Ohio State J on Dispute Resol, 1998
- MCEWEN Craig, *Evaluation of the ADR Pilot Project*, 7 Me. B. J. Sept. 1992
- MCTHENIA Andrew W. and SHAFFER Thomas L. "For Reconciliation", 94 Yale LJ, 1985
- MCGUIRE James, "Joint Certification: An Idea Whose Time Has Come", *Disp. Resol Mag.*, 2004
- MERRY Sally, *Defining Success in the Neighborhood Justice Movement*, in *Neighborhood Justice: Assessment of an Emerging Idea*, Tomasic and Feeley edition, 1982
- MERRY Albie M. Davis, "Community Mediation as Community Organizing", in Kolb et al. Edition, *When Talk Works: Profiles of Mediators*, 1994
- MICHAEL Benjamin and HOWARD H. Irving, "Research in Family Mediation: Review and Implications", 13 *Mediation Q*, 1995.
- MNOOKIN Robert H., "Why Negotiation Fail? Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict", 8 Ohio St J on Disp Resol, 1993
- MNOOKIN Robert, "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminancy", 39 *Law and Contemp Probs*, 1975
- MOFFITT Michael, *Ten Ways to Get Sued: A Guide for Mediators*, 8 *Harv. Negot. L. Rev.*, 2003
- NADER Laura and TODD Harry F. Jr., "Introduction: The Disputing Process", in Nader and Todd, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, 1978.
- NOLAN-HALEY Jacqueline M., "Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking", 74 *Notre Dame L. Rev.*, 1999
- NOLAN-HALEY Jacqueline, "Court Mediation and the Search for Justice Through Law", 74 *Wash. U.L.Q* 47, 1996

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ (TAAD), NİSAN 2010, SAYI: 1

- NOLAN-HALEY, Jacqueline, and VOLPE Maria R., “Teaching Mediation as a Lawyering Role”, in 39 Legal Educ, 1989
- Note, “Duty to Warn Versus Duty To Maintain Confidentiality: Conflicting Demands on Mental Health Professionals”, 20 Suffolk UL Rev, 1986
- ÖZBAY Ibrahim, “Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği”, AÜEHFD, cilt VIII, sayı 3 - 4, yıl 2004.
- ÖZBEK Mustafa, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, ABD, AUÇY, sayı 1999/2 – 3.
- “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, GÜHFD, yıl 3, sayı 1, 2004/1.
- “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara, 1. Bası, 2004.
- ÖZBEK Mustafa, “Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, ABD, 2001/3.
- ÖZBEK Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Bası, Yetkin, Ankara 2009.
- ÖZEKES Muhammed, “Yanılgılar ve Önyargılar Arasında Arabuluculuk”, Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009.
- ÖZEKES Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, HPD, , Sayı 7, 2006
- PAQUIN Gary, “Protecting the Interest of the Children in Divorce Mediation”, 26 J Fam L, 1987 1988
- PEARSON Jessica, “Family Mediation, in National Symposium on Court Connected Dispute Resolution Research”, A Report on Current Research Findings- Implication for Courts and Future Research Needs, Keilitz edition, 1994
- PEARSON Jessica and THOENNES Nancy, “Divorce Mediation Research Results, in Folberg and Milne edition Divorce Mediation: Theory and Practice, Jossey-Bass Publishers, San Francisco 1988
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet; SUNGURTEKİN Özkan, Meral, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2009.
- PEKCANITEZ Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanun Tasarısı”, Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Ankara 5-6 Kasım 2009
- PEKCANITEZ Hakan, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5
- PRES Sharon, “Institutionalizing: Savior or Saboteur of Mediation?” 24 Fla. St. L. Rev., 1997
- Resnick, Judith, ‘Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline’, 53 U Chi L Rev, 1986.
- RICHARDSON J. Sue., “Mediation: The Florida Legislature Grants Judicial Immunity to Court-Appointed Mediators”, 17 Fla. St.U.L.Rev., 1990
- RINER Newbraugh, “The Role of Mediator Testimony in the Enforcement of Mediated Agreements”, 107 W.Va.L.Rev., 2004
- RESNICK Judith, “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”, 53 U Chi L Rev, 1986.
- RISKIN Leonard L., Toward New Standard for the Neutral Lawyer in Mediation, 26 Ariz L Rev, 1984
- RISKIN Leonard L. and WESTBROOK James E., “Integrating Dispute Resolution Into Standart First Year Courses: The Missouri Plan”, 39 J Legal Education, 1989

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ (TAAD), NİSAN 2010, SAYI: 1

ROTHSCHILD Judy, “Dispute Transformation, the Communication Paradigm of Disputing, and the San Francisco Community Boards Program”, in Merry and Milner edition the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States, 1993

SIMKIN William E., and FIDANDIS Nicholas A., Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining, Bureau of National Affairs, Washington D.C 1986

SHAW Margaret L., “Mediator Qualification: Report of a Symposium on Critical Issues in Alternative Dispute Resolution”, 12 Seton Hall Legis J, 1988.

SHONHOLTZ Raymond, “Justice from Another Perspective” in Merry and Milner edition, the Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States, the University of Michigan Press, Michigan 1993

SHINE D. Bruce, Rule of the Tennessee Supreme Court, Section 15, Presentation on ADR and Rule 31, Proceedings for Discipline for Rule 31 Mediations, 1996

SMITH William, “Effectiveness of the Biased Mediator”, 1 Negotiation J, 1985

STULBERG Joseph B., “The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind”, 6 Vt L Rev 85, 1981

STULBERG Joseph B., “Fairness and Mediation”, 13 Ohio State J on Dispute Resolution, 1998

STULBERG Joseph B., “Should a Mediator Be Neutral?”, 4 J. Am. Arb., 2005

STULBERG Joseph B., “Mediator Immunity”, 2 Ohio St J on Disp Res, 1986

STULBERG Joseph B., “Mediation and Justice: What Standards Govern?”, 6 Cardozo J. Conflict Resol., 2005.

SUBAŞI İbrahim, “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, Ünal Tekinalp’e Armağan, cilt 2, İstanbul 2003.

SUNGURTEKİN Özkan Meral, “Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın UzlaşmaSaðlama Yetkisi”, Legal Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, 2005/2.

SUSAN S. Silbey, and AUSTIN Sarat, “Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Judicial Subject”, 66 Denv UL Rev, 1989.

SUSSKİND Lawrence, “Environmental Mediation and the Accountability Problem”, 6 Vt L Rev 1, 1981.

Symposium: Certification of Mediators in California, 30 U. San Fran L. Rev. 1996

TANRIVER, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Baðlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim (1985- 2005), Ankara 2005.

TANRIVER Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.

TRUBEK David M., SARAT Austin, FELSTINER William L.F. and GROSSMAN Joel B., “The Costs of Ordinary Litigation”, 31 UCLA L Rev, 1983

WECKSTEIN Donald T., “Mediator Certification: Why and How”, 30 U. San Fran. L. Rev., 1996.

WELSH Nancy A., “Stepping Back Through the Looking Glass: Real Conversations with Real Disputants About Institutionalized Mediation and Its Value”, 19 Ohio St. J. on Disp. Res., 2004.

