

ARABULUCULUKTA ETKİLİ TARAF VEKİLLİĞİ
-
UYGULAYICI REHBERİ



Andrew Goodman

ARABULUCULUKTA ETKİLİ TARAF VEKİLLİĞİ - UYGULAYICI REHBERİ

Üçüncü Baskı¹

Andrew Goodman

LLB MBA PhD FCIArb FInstCPD FRSA [Hukuk Lisans, İşletme Yüksek Lisans,
Doktora, CIArb (Birleşik Hakemler Kurumu), InstCPD (Sürekli Mesleki Gelişim
Enstitüsü) ve RSA (Kraliyet Sanat Cemiyeti) Üyesi]
Dava Avukatı ve CEDR (Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi) Arabulucu
Çatışma Yönetimi ve Uyuşmazlık Çözümü Çalışmaları Profesörü, Rushmore
Üniversitesi
Uyuşmazlık Çözümü Misafir Öğretim Üyesi, UCL ve SOAS, Londra Üniversitesi
Arabuluculuk Taraf Vekilleri Daimi Konferansı Başkanı
Arabuluculuk Değerlendiricileri, Eğiticileri ve Öğreticileri Derneği Direktörü
Inner Temple Barosu, İdare Meclisi Üyesi

Sunuşu Hazırlayanlar

Sayın Yüksek Yargıç Lord Dyson MR

Irena Vanenkova

Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü İcra Direktörü

[logo] AMATI

Arabuluculuk Değerlendiricileri, Eğiticileri ve Öğreticileri Derneği

[logo] SCMA

Arabuluculuk Taraf Vekilleri
Daimi Konferansı

[logo] IMI

Uluslararası Arabuluculuk
Enstitüsü

¹ Eski adıyla Arabuluculuk Taraf Vekilliği

Sorumluluk Reddi

Bu çalışmanın kapsamlı olması amaçlanmamıştır. Metin içtihat hukuku için genel bir rehberdir ve uygun hukuk danışmanlığının yerini tutmaz. Yazar da yayıncı da bu yayında yer verilen materyallere göre gerçekleştirilen veya kaçınılan bir davranıştan doğan kayıplardan dolayı sorumluluk kabul etmez.

© Andrew Goodman 2016 Tüm hakları saklıdır.

Andrew Goodman 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu kapsamında bu çalışmanın yazarı olarak tanınma hakkını ileri sürmüştür.

ISBN 9781858117201

Ebook ISBN 9781858115030

Dizgi Kerrypress Ltd tarafından hazırlanmıştır.

Birleşik Krallık'ta basılmıştır.

Mediation Publishing Suite 74, 17 Holywell Hill St Albans AL1 1DT, UK

www.peerpractice.tarquingroup.com

Üçüncü Baskı için Önsöz ve Teşekkür

Yakında bir de öğrencilere özel versiyon eklenecek olan bu Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği – Uygulayıcı Rehberi kitabının üçüncü baskısını sunmaktan kıvanç duyuyorum. Bir önceki kitap Hong Kong, Nijerya ve Hindistan'da basılmıştı. Şu an da İtalya ve Türkiye'de kendi dillerinde baskılar yapılmasını isteyen uygulayıcı grup liderleri ile görüşme halindeyim. Bu çalışmayı başka ülkelerde veya dillerde geliştirebilmek için yardımlarımı sunmaya hazırım.

Bu kitap ilk kez Arabuluculuk Taraf Vekilliği olarak 2005 yılında, arabuluculukta uzman temsili fikrinin henüz başlangıç aşamasında olduğu bir zamanda yayımlandı. İçeriklerin artmasıyla birlikte, bu uygulama alanı da daha normatif hale gelecek şekilde gelişti. Yalnızca nomenklatürün önemli bir tartışma konusu olarak kalmaya devam ettiği görülüyor. Günümüzde, dünya genelinde hukukçular arabuluculuğu uyuşmazlık çözümü konusunda yaygın bir yöntem olarak teşvik etmekte. Hükümetler de giderleri kısmak için aynı yöntemi uyguluyorlar. Her şekilde, arabuluculuk artık kalıcı bir durum haline geldi ve uygulayıcıların müvekkillerinin üstün menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilmek ve mesleki uygulamalarına değer katabilmek için gereken bu süreci ve becerileri öğrenmesi gerekiyor. Bu kitap da bu alanda katkı sağlamayı amaçlıyor.

Fikir alışverişinde bulunduğum Arabuluculuk Taraf Vekilleri Daimi Konferansı üyeleri olan meslektaşlarım Roger Levitt, Douglas Beckwith, John Burgess ve Paul Rose'a; ayrıca hem arabuluculuk taraf vekilliği hem de arabulucuların eğitimi konusunda gelecek standartları ortaya koyma ve geliştirme görevini benimle paylaşan Arabuluculuk Değerlendiricileri, Eğiticileri ve Öğreticileri Derneği yardımcı direktörü Richard Jackson'a minnettarım. Daha geniş çaptaki arabuluculuk topluluğunda, sohbetleri ve düşünceleri canlandırmak için her zaman Sayın Yargıç Michel Kallipetis, Colin Manning, Iain Christie, Paul Randolph ve Baro AUÇ (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü) Paneli ve Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Konseyi üyelerine başvurdum ve Baro ADR etkinlikleri için hazırlanan belgeleri kullanma konusunda bana tanınan imkanlar için de teşekkürlerimi sunuyorum. Uygulayıcı arabulucular Karena Ellis-Greenway ve Jo Holland nezaket göstererek kendi standart arabuluculuk sözleşmelerini yayınlamama izin verdiler.

Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı Sayın Yüksek Yargıç Dyson lütuf göstererek bu yayınlı başından beri ilgilendi ve bu baskı için gözden geçirilmiş bir sunuş hazırladı. Kendisi arabuluculuğun gelişimi konusunda gerçek bir iyilik gücü ve bu duygularımı aynı şekilde her biri bana büyük kibarlık (ve büyük anlayış) gösteren Lord Neuberger, Sayın Yüksek Yargıç Jackson, Sayın Yüksek Yargıç Carr, Sir Alan Ward, Sayın Yargıç Bartle ve Sayın Yargıç Alastair Hammerton hakkında da ifade etmek isterim.

Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI) çalışmamı onayladı ve enstitünün icra direktörü Irena Vanenkova tarafından hazırlanan sunuş katkısı için de minnettarım. IMI tarafından gerçekleştirilen çalışmaları her yerdeki arabuluculuk uygulayıcılarına tavsiye ediyorum ve özellikle arabulucu seçimi konusunda sizleri IMI karar ağacını ve arabuluculuk yoluyla ele alınan uyuşmazlıkları idare etme konusunda yardım sağlamak için tasarlanmış olan IMI Ole Dava Yönetimi Aracı'nı kullanmaya davet ediyorum. Her iki aracı da çalışmama eklemem konusunda kibarca izin verdiler.

Bana kalırsa, bu uygulama alanı sadece daha da genişleyebilir. Ekonomik koşullar da bunun çok hızla gerçekleşeceğini göstermekte. Bu alana uygulayıcı olarak katılmayı planlayan herkesi hazırlıklı olmaya davet ediyorum.

Andrew Goodman

1 Chancery Lane, Londra

Ocak 2016

EDİTÖRÜN NOTU:

Arabuluculuk, dünyada yaygın olarak kullanılan uyuşmazlık çözümü yöntemlerinden biridir. Tüm dünyada arabuluculuk sistemlerinin uygulanması ve hızla gelişmesi, farklı kültürel, geleneksel ve yargı sistemlerinde ortak kabul edilebilir bir çözüm yolu ile uyuşmazlıkların gönüllü, hızlı ve gizli olarak giderilmesi her alanda cazipliğini göstermektedir.

Türkiye’de 2013 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile yasalarımızda yer alan arabuluculuk sistemi hızla gelişmektedir. Bu kanun kapsamında; yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen iş veya işlemlerden doğan her türlü özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde arabuluculuk yoluna başvurulabilmektedir.

Ülkemizde, yalnız arabuluculuk sürecine başvuru talebi değil, aynı zamanda arabuluculukla çözümlenen uyuşmazlık sayısı da son yıllarda belirgin şekilde artmıştır. Bununla birlikte; İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının kanunlaşması ile birlikte iş hukuku uyuşmazlıklarında başvurulması zorunlu bir süreç haline gelecektir. Tasarı, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi alacakları ile işe iade talebiyle açılacak olan davalarda, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması zorunluluğunu düzenlenmektedir.

Tüm bu gelişmeler yalnızca hukukçuları değil; arabuluculuk süreci birebir deneyimleyecek ve yararlanacak olan kişileri de etkilemektedir. Uygulama da hernekadar özellikle arabulucular için eğitimler düzenlenip, çeşitli kaynaklar üretilse de taraf vekilleri açısından kaynaklar oldukça sınırlıdır. Bu nedenle, Arabuluculuk sürecini deneyimleyecek olan taraf vekilleri için rehber niteliğinde çok özel bir kaynak olan **“Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği”** adlı kitabın çevirisinin pratikte tarafların süreçle ilgili zihninde oluşan sorulara yanıt verebilecek önemli bir kaynak olduğunu düşünüyorum.

Uzun yıllar Birleşik Krallıkta arabuluculuk yapan, deneyimli arabulucu ve eğitimci Andrew Goodman kitabında birebir İngiltere örneklerini üzerinden arabuluculuk süreci ile ilgili deneyimlerini paylaştı da, bu deneyimler Türkiye gibi arabuluculuk süreci yeni gelişmekte olan ülkelerdeki uygulamalara ışık tutacaktır. Aynı zamanda, arabuluculuk sürecinin uygulamada çeşitlilik gösterse de, özünde dikkat edilmesi gereken noktaların tüm dünya genelinde benzer nitelikte olduğu da görülmektedir. Bu nedenle, öncelikle kitabının çevrilmesine izin veren Sayın Andrew Goodman’a ve bu alandaki önemli bir eksiye cevap veren T.C. Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı’na teşekkür ederim.

Aşiyen SÜLEYMANOĞLU

Sunuş

1996 yılında arabuluculuğa ilişkin en temel sorulardan biri arabuluculuğun hukuk mesleğinin icrasının bir bölümünü oluşturup oluşturmadığıydı.¹ On yıl sonra, bu son derece değerli kitabın ilk baskısı için sunuş yazısını hazırlama imkanına eriştiğim şu sırada bu sorunun, neredeyse hiçbir inandırıcılığı kalmadı. Uygulamaları ve teknikleriyle birlikte arabuluculuk konusuna ilişkin bir anlayış her avukatın cephaneliğinde yer alan - veya en azından yer alması gereken temel bir bileşen haline geldi. Ayrıca, arabuluculuğun uyuşmazlık çözümü açısından merkezi bir rol oynayan önemi, kesin biçimde daha büyük çaplı bir uyuşmazlık çözümü alanının bir parçasıdır: Hukuk Usul Kuralları, Dava Öncesi Protokoller ve birtakım önemli Temyiz Mahkemesi kararları bu sonuca ulaşılması konusunda yardım sağladı.

2006 yılından beri arabuluculuk alanında herhangi bir değişim gözlemlenmediği söylenemez. Gerek uyuşmazlıklarını barışçıl biçimde ve orantılı bir maliyetle ve makul bir sürede çözmeyi amaçlayan taraflara sağladığı yarar gerekse sahip olduğu önem sayısız defa, özellikle de Sir Rupert Jackson tarafından hazırlanan geniş kapsamlı Hukuk Mahkemeleri Giderleri Raporu'nda vurgulanmıştır. Bu Rapor'da tüm avukatların arabuluculuk konusunda sağlam bir temele sahip olması gerekliliği güçlü bir biçimde vurgulanmıştır. Bu kitabın ilk baskısı zamanı açısından yerindeyse, üçüncü baskısının zamanlaması da aynı derecede de yerindedir. Arabuluculuk temel bir gerekliliktir dolayısıyla bu kitabın varlığı da zaruridir. Arabuluculuk becerileri ve uygulamaları konusunda ve de taraf vekilinin arabuluculuk süreci boyunca üstleneceği role ilişkin mümkün olan en somut temel bilgileri bu kitap sunmaktadır. Kapsamı açısından az ama özdür ve sunduğu tavsiyeler ciddi anlamda uygulamaya yöneliktir. Arabuluculukta etkili taraf vekilleri için gereken uzman becerilerini geliştirmeyi ve şekillendirmeyi amaçlayan uygulayıcılar için rakipsiz bir rehber olarak görülmelidir. Uygulayıcılar ve en önemlisi müvekkilleri için gerçek anlamda fayda sağlayacağını kanıtlamaya devam edecektir.

Sayın Yüksek Yargıç Lord Dyson, Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı

Ocak 2016

¹ C. Menkel-Meadow, Is mediation the Practice of Law [Arabuluculuk Hukuk Mesleğinin Bir İcrası Mıdır?], (1996) 14 Alternatives to the High Cost of Litigation [Dava Açmanın Yüksek Giderlerine 14 Alternatif] (5) 57, 60.

[Boş bırakılmıştır.]

Sunuş

Bu karmaşık dünyada, uyuşmazlıklar gitgide kazanılması gereken savaşlar yerine çözülmesi gereken sorunlar olarak görülmeye başlandı. Ne pahasına olursa olsun kazanmayı takıntı haline getirmiş, tamamen kendi pozisyonlarına sabitlenmiş ve müvekkillerinin altta yatan ihtiyaçlarını göremeyen profesyonel danışmanlar artık risk yerine kesinliği tercih eden ve maliyet sarmalı girdabından kaçınmaya can atan uyuşmazlık tarafları için, giderek daha da tahammül edilmez hale gelmiştir.

Dolayısıyla, kullanıcı talepleri odaklı olan arabuluculuk yaygın bir uyuşmazlık çözümü süreci haline gelmiştir. Fakat, pek çok danışman davalardaki zihniyetlerini anlaşıma müzakerelerinde bile uygular. Kendilerini zihniyet olarak mahkeme salonlarındaki veya tahkim kurullarındaki yalın kılıç düellosu mantığından sıyıramazlar. Müvekkillerine uyuşmazlıklarını arabuluculukla çözme konusunda yardım sunarken oldukça farklı tutum ve yaklaşım, farklı bir dizi bilgi ve beceri sergilemeleri gerekir.

Arabuluculuk, tarafların vekillerinin veya danışmanlarının arabuluculuk sürecinin ilkeleri ve müzakere teorileri konusunda bilgi ve beceri sahibi olduğu durumlarda daha başarılı olur. Arabuluculuk faaliyetleri tarafların vekillerinin müzakerecilerden çok gladyatörler gibi davrandıkları durumlarda başarısızlığa uğrayabilir. Arabuluculuk vekilleri müvekkillerine bir arabulucunun yardımıyla daha hızlı, daha ucuz ve daha iyi sonuçlara ulaşmaları konusunda yardım sağlaması yoluyla eşsiz sorun çözme imkanları sunması nedeniyle, bu konuya ilişkin yazına yapılacak tüm eklemeler ilgiyle kabul görecektir.

Tarafların temsilcileri müvekkillerine müzakere masasına gelme, diğer tarafın kabul edeceği en uygun arabulucuyu seçme ve sıklıkla bir mahkeme salonunda veya tahkim kurulunda elde edilemeyecek sonuçlara ulaşma konularında yardım sağlamada hayati bir rol oynayabilirler. Fakat bunu yapabilmek için, dava açma veya tahkim alanlarında gerekenden çok daha farklı bir dizi bilgiye ve farklı beceri setine sahip olmaları gerekir. Bu özellikle hala arabuluculuğu ana akım bir süreç olarak normalleştirilmesi gereken dünya çapındaki pek çok ülkede vurgulanmaktadır.

Bu zorluğun üstesinden gelebilmek için, Andrew Goodman arabuluculuk taraf vekilliği alanındaki bu popüler çalışmasının üçüncü baskısında, profesyonel uygulayıcılara müvekkillerinin ihtiyaçlarını karşılamalarını sağlayacak teknikler ve süreçlerden oluşan araçlarını geliştirmelerine yardım sağlayacaktır.

Dünyayı ele geçiren arabuluculuk devrimi için önemli ve uygulamaya yönelik olarak bu kitap önemli bir katkıdır. Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI) tarafından IMI Onaylı Arabuluculuk Taraf Vekili olarak yetkilendirilmeyi amaçlayan profesyonel danışmanlara tavsiye edilen güvenilir kitaplardan biridir. Bu kitap aynı zamanda sistem, uyuşmazlık taraflarına, uyuşmazlık çözümü konusunda arabuluculuk ve ilgili uyuşmazlık çözümü süreçleri yoluyla müvekkillerine danışmanlık ve temsil sunan deneyim sahibi profesyonelleri tanımaları konusunda profesyonel ve teknik bir temel sunan bir mekanizmadır.

IMI, arabuluculuk taraf vekili olmayı amaçlayan herkese bu kitabı tavsiye etmeye devam edecektir.

Irena Vanenkova

İcra Direktörü

Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü

Aralık 2015

İçindekiler

Üçüncü Baskı için Önsöz ve Teşekkür	iii
Sunuş	v
Sunuş	viii
İçindekiler	x
Davalar Listesi	xiii
GİRİŞ	1
Arabuluculuğun Yaygınlaşması	2
Arabuluculuk Nedir?	7
Arabuluculuğa Uygunsuz Olabilecek Durumlar	10
Arabuluculuğun Faydaları	28
Bölüm 1 TARAF VEKİLİNİN ARABULUCULUKTAKİ ROLÜ	33
1.1 Taraf Vekilinin Arabuluculuktaki Rolü: Çağdaş Hukuk Piyasasının Taleplerini Karşılama	33
Arabuluculukta Taraf Vekilliği için Eylem Gerekçesi	33
Arabuluculuğun Gelişimi	36
Yargılayıcı Model ve Geleneksel Meslek Zihniyeti	40
Neden Arabuluculukta Taraf Vekili Olarak Bir Avukat Kullanılmalı?	47
Avukatın Değişen Rolü	53
Hukukçu Taraf Vekili mi Hukukçu Olmayan Taraf Vekili mi?	54
Bölüm 2 ARABULUCULUĞA GİTME KARARI	61
2.1 Dava Arabuluculuğa Uygun mu?	62
2.2 Dava Arabuluculuk İçin Yeterli Olgunluğa Ulaşmış mı?	63
2.3 Müvekkilin Arabuluculuğa Katılmasını Sağlamak	64
2.4 Müvekkilin Sorularıyla İlgilenmek	66
2.5 Açıklanması Gereken Kilit Noktalar	68
2.6 Diğer Avukatların veya Müvekkilinizin Arabuluculuğu Kabul Etmesini Sağlamak	70
2.7 Diğer Tarafın Arabuluculuğa Katılmasını Sağlamak	71
2.8 Arabuluculuğa Karşı Çıkmak	76
Bölüm 3 ARABULUCU SEÇİMİ	81
3.1 Doğru Arabulucunun Seçilmesi	82
3.2 Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI) Karar Ağacı	88
3.3 Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcılar	91
Bölüm 4 ARABULUCULUK ÖNCESİ SÜREÇ	97
4.1 Yer Seçimi	97
4.2 Arabuluculuk Anlaşması	98
4.3 Belgelerin Hazırlanması	100
4.4 Yazılı Pozisyon / Katılım / Menfaat Beyanı	102
4.5 Arabuluculuk Öncesi Aşamada Arabulucu ile “Çalışmak”	105
4.6 Stratejiye İlişkin Kararlar	107
(1) Kimler Katılmalı	107
(2) Kimler Ulaşılabilir Olmalı?	110
(3) Katılımcıların Rolü	111
(4) Katılımcıları Hazırlamak	113
(5) Etik Kurallar ve Diğer Hususlar	115
4.7 Müvekkil Neye Ulaşmak İster?	116
4.8 Anlaşma Yetkisi Edinmek	118
4.9 Arabuluculuk 'Özeti'nin Hazırlanması	120

4.10 Arabuluculuk Öncesi Hazırlık	123
4.11 Müvekkil İçin Arabuluculuğa İlişkin Tavsiyeler	125
4.12 Arabuluculuk Tarihinin Belirlenmesi	126
4.13 Yanlış Anlamak	127
Bölüm 5 ARABULUCULUK GÜNÜ	133
5.1 Zaman Çizelgesi Hazırlamak	133
5.2 Uygulamada Dikkate Alınacak Noktalar	133
5.3 Prosedür	135
5.4 Açılış Beyanı	138
5.5 Özel ve Ortak Oturumlar	140
Ortak Oturumlar	141
Özel Oturumlar	141
5.6 Taraf Vekilinin Arabuluculuktaki Rolü	144
Hedefler	146
5.7 Arabulucu ile Çalışırken Dikkate Alınması Gereken Taktik Hususlar	146
5.8 Ekip Stratejisi	148
5.9 Anlaşmaya Doğru Çalışmak	152
5.10 Etkili Arabuluculuk Yönetimi	153
5.11 Arabuluculuk İçindeki Müzakere Süreçleri ve Stratejileri	154
5.12 Beklenen İvme	159
(I) İnkâr	160
(II) Kabullenme	160
(III) Feda	160
(IV) Köklü Görüş Değişikliği	160
(V) Yenileme/Barışma	161
5.13 Etkili ve Etkisiz Müzakerecilerin Özellikleri	161
5.14 Arabuluculuk İçinde Etkili Müzakere İçin On Kural ¹⁰	164
5.15 Müzakere Aşamaları ¹¹	166
5.16 Müzakerede Açılış Pozisyonları	167
5.17 Hareket	168
5.18 Kriz ve Çıkmaz	169
5.19 Çekilmez Rakiplerle Uğraşmak ¹²	170
5.20 Aşırı Agresif Rakiplerle Uğraşmak	171
5.21 Müzakere Strateji Modeli Olarak "Kısasa Kısas"ı Kullanmak	173
5.22 Arabuluculuk Taraf Vekilinin Konuşma/Görüşme Becerileri	174
Müvekkil İle İlişkileri Yürütmek	174
Arabulucu ile İlişkileri Yürütmek	175
Karşı Taraf Vekili İle İlişkileri Yürütmek	176
Kendi Duygularınızla Başa Çıkmak	177
5.23 Müvekkilin Kontrol Edilmesi	177
5.24 Anlaşma Tutanağı	178
5.25 Zaman Kısıtlı Arabuluculuk	181
Bölüm 6 ARABULUCULUK AYRICALIĞI VE GİZLİLİK¹	187
6.1 Arabuluculuk Ayricalığının Varlığı	187
6.2 Arabuluculuk Ayricalığına İtirazlar	191
Bölüm 7 GİDERLER	201
7.1 Arabuluculuk Giderleri	201
7.2 Dava Giderleri ve AUÇ	202
7.3 Giderlerin Geri Alınabilirliği	204
Dava Sürecindeki Arabuluculuğun Giderleri	204
Arabuluculuktaki Dava Giderleri	205
Arabuluculuk Giderleri ve Kamu Finansmanı	206

7.4 Arabuluculuk Giderleri ve Şartlı Ücret Anlaşmaları	207
7.5 Mahkeme Tarafından Emredilen Arabuluculuğun Uygunluğu	209
7.6 Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Katılmaması Halinde Diğer Tarafın Giderlerini Karşılması	210
7.7 Olası Zorluklar	222
Bölüm 8 ARABULUCULUK TARAF VEKİLLİĞİ İÇİN PAZAR OLUŞTURMAK .	225
8.1 Arabulucuların Deneyimi	225
8.2 Arabulucular ve Arabuluculuk Taraf Vekilleri Ne Kadar Ücret Talep Etmeli?	227
8.3 Arabulucular Ne Kadar Ücret Talep Ediyor?	229
8.4 Arabuluculuk Taraf Vekilliği	230
8.5 Pratiğiniz Nereden Gelecek?	231
Arabuluculuk Terimleri Sözlükçesi	233
EKLER	245
Ek I. 2008/52/AT sayılı Direktif	247
Ek II. 2013/11/AB sayılı Direktif	258
Ek III. 524/2013/AB sayılı Tüzük	294
Ek IV. Arabulucu Seçmek: IMI Karar Ağacı	319
Ek V. Arabuluculuk Taraf Vekilliği Standartları	332
Giriş	332
Kriterler	332
Genel Bilgi ve Yetkinlik Gerekleri	332
Uygulamalı Beceri Gerekleri	334
Değerlendirme Programları - Maddi Kriterler	343
Notlar	345
Ek VI. IMI Olé! Dava Analiz ve Değerlendirme Aracı	346
Olé! neleri içerir	347
1. Temel Olgular	348
2. Dava Analizi	350
3. Strateji Analizi	353
4. Mali Kayıp Analizi	356
5. GZFT Analizi	357
6. BATNA, WATNA ve PATNA'lar	359
7. Geleceğe Dönük Seçenekler	360
8. Geleceğe Dönük Stratejinin Özeti	361
9. Sürekli Gözden Geçirme	362
10. Performans Ölçümü	363
Dipnotlar	364
Ek VII. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları	365
Ek VIII. Özel Arabulucu için Arabuluculuk Anlaşması Örneği	369
Ek IX. Kurumsal Hizmet Sağlayıcılar için Model Arabuluculuk Anlaşması	374
Ek X. Anlaşma Tutanağı Örneği	379
Ek XI. Arabuluculuk Yoluyla Anlaşmaya Varılana kadar Yargılamanın Durdurulmasına ilişkin Tomlin (Durdurma) Emri (taslak)	381
Kaynakça	384
Kitap ve makaleler	384
Konferans ve seminer materyali	385
Tavsiye edilen okumalar	387
İnternet siteleri	389
Dizin	390

Davalar Listesi

- Awwad ve Geraghty & Co Davası [2001] QB...207
- Balfour Beatty Construction Northern Ltd ve Modus Corovest (Blackpool) Ltd Davası [2008] EWHC 3029 TCC... 37,48,54
- Brown ve Patel Davası [2007] EWHC 625 (Ch)...37,48
- Burchell ve Bullard Davası [2005] EWCA Civ 358...8,14,74,216
- Cable & Wireless Plc ve IBM UK Ltd Davası [2002] EWHC 2059 Comm; [2002] All ER (D) 277...37,48,55,57,209
- Cattley ve Pollard Davası [2007] Ch 353...193
- Company, In Re a [2005] EWHC 3317 (Ch)...37
- Corenso ve Burnden Davası [2003] EWHC 1805 (QB)...76
- Cumbria Waste Management ve Baines Wilson Davası [2008] EWHC 786...37,48,193,197
- Re D (Minors) (Conciliation: Disclosure of Information) 1993] Fam 231...197
- Daniels ve Commissioner of Police For The Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2005] EWCA Civ...216
- Dunnett ve Railtrack Davası [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 WLR 2434...5,75,211
- Dyson ve Leeds City Council Davası [2000] CP Rep 42...2'11
- Earl of Malmesbury ve Strutt and Parker Davası [2008] EWHC 424 (QB)...193
- Faidi & Anor ve Elliott Corporation Davası [2012] EWCA Civ 287...3,15,74 Farm Assist Ltd (in Liquidation) v DEFRA (No.2) [2009] EWHC 1102 (TCC)...37,48,99,194,197
- Forster ve Friedland C.A. Davası (Civil Division) Transcript No. 205 of 1993...189
- Gaith ve Indesit Company UK Ltd Davası [2012] EWCA Civ 642...74
- Garritt-Critchley vd. ve Ronnan and Solarpower PV Ltd Davası [2014] EWHC 1774 (Ch)...6,25,37,72,219
- Halsey ve Milton Keynes NHS Trust Davası [2004] EWCA Civ 576; [2004] 1 WLR 3002...6,8,10,29,72,74,75,190,210,214
- Henderson ve Henderson Davası (1843) 67 ER 313; [1843-1860] All ER Rep. 378...65
- Henry Construction Projects Ltd ve Linton Fuel Oils Ltd Davası 9578 of 2012...27

- Hickman ve Blake Lapthorn Davası [2006] EWHC 12 (QB)...217
- Hodgkinson & Corby Ltd ve Wards Mobility Services Ltd Davası [1997] F.S.R. 178...189
- Holloway ve Chancery Mead Davası [2007] EWHC 2495 (TCC) [2008] 1 All ER (Comm) 653...37,48,55
- Hurst ve Leeming Davası [2002] EWHC 1051 (Ch); [2003] 1 Lloyd's Rep 37...5,10,25,75,77,213,215
- Kinstreet Ltd ve Balmargo Corporation Ltd Davası [2000] CP Rep 62 Arden J...209
- Lakehouse Contracts ve UPR Services Ltd Davası [2014] EWHC 1223 (Ch)...37
- Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2015] EWHC 371 (QB)...6,27,37,72,221
- McCook ve Lobo Davası [2002] EWCA Civ 1760...75
- Maxwell Batley (Kısım 20 Defs) Davası [2002] EWHC Ch 2401...119
- Muller ve Linsley & Mortimer Davası [1996] PNLR 74, 192
- Muman ve Nagasena Davası [1999] EWCA Civ 764; [2000] 1 WLR 299...209
- N ve N Davası [1999] Fam. Div LTL Lawtel AC7800507...71
- Neal ve Jones Motors Davası [2002] EWCA Civ 1730...212
- Nigel Witham Ltd ve Smith Davası [2008] EWHC 12 (TCC)...12
- O'Callaghan ve Coral Racing Ltd Davası [1998] EWCA Civ 1801...71
- Oliver ve Symons Davası [2012] EWCA Civ 267...16
- PGF II SA ve OMFS Company 1 Ltd Davası [2013] EWCA Civ 1288 [2014] 1 WLR 1386, 6,17,37,66,74,218
- R (Cowl vd.) ve Plymouth County Council Davası [2001] EWCA Civ 1935; [2002] 1 WLR 803...209,211
- Reed Executive Plc ve Reed Business Information Davası [2004] EWCA Civ 887...75,190,216
- R G Carter Ltd ve Edmund Nuttall Ltd Davası (2002) BLR 59...71
- Rolf ve De Guerin Davası [2011] EWCA Civ 78...14,72,74
- Royal Bank of Canada ve Secretary of State for Defence Davası [2003] EWHC 1841 (Ch)...212
- Rush & Tompkins Ltd ve GLC Davası [1989] AC 1280 HL...189
- SITA ve Wyatt Davası [2002] EWHC 2401 Ch...76,213
- Steel ve Joy vd. Davası...214
- Sulmerica CIA Nacional de Seguros SA ve Ensa Engenharia SA Davası [2012] EWCA Civ 638...37,48,55,209

- Swain Mason vd. ve Mills & Reeve Davası [2012] EWCA Civ 498, 6,23,37,74
- Tomlin ve Standard Telephones and Cables Ltd Davası [1969] 1 W.L.R. 1378...188,92
- Underwood ve Cox Davası (1912) 4 D.L.R. 66...188
- Unilever plc ve Proctor and Gamble Davası [2000] 1 WLR 2436...188
- Valentine ve Allen, Nash & Nash Davası [2003] EWCA Civ 1274...214
- Vedatech Corp'n ve Crystal Decision UK Ltd aid Crystal Decision (Japan) KK Davası [2003] EWCA Civ 1066...37,48,116
- Venture Investment Placement Ltd ve Hall Davası [2005] EWHC 1227 (Ch)...75,137,190
- Vernon ve Bosely (No 2) Davası [1999] QB 18 CA...1'15
- Virani ve Manuel Revert Y CIA SA Davası [2003] EWCA Civ. 1651; [2004] Lloyd's Rep 4...213
- Walker ve Walker 23 Q.B.D. Davası 335...189
- Colin Wright ve Michael Wright Supplies Ltd ve Turner Wright Investments Ltd Davası [2013] EWCA Civ 234...27

[Boş bırakılmıştır.]

GİRİŞ

Arabuluculuğu bilmeyen veya uygulamasını yerenlerin düşündüğünün aksine; arabuluculuk, taraf vekili için daha kolaycı bir seçenek değildir. Eğer hazırlıklı değilseniz, ne ile karşılaşacağınızı ve ne yaptığınızı bilmiyorsanız, müvekkiliniz ciddi anlamda zarar görebilir ve siz de başarısızlığa uğrarsınız. Bu kitap müvekkillerini arabuluculukta temsil eden avukatlar ve diğer profesyonel vekilleri hedeflemektedir. Yalnızca arabuluculuğun temellerini, özellikle de ne beklemeleri ve nasıl hazırlanmaları gerektiğini hızla öğrenmesi gereken "ilk seferciler" için değil, aynı zamanda arabuluculukta taraf vekilliği alanında uzmanlaşmak ve gerekli özel becerileri geliştirmek isteyen daha deneyimli taraf vekilleri için de yazılmıştır.

Arabuluculuk taraf vekilliği henüz emekleme aşamasındadır. Bazıları kelimenin bizzat kendisinin anlaşma odaklı anlatılarla uyumlu olmadığını düşünmektedirler. Arabuluculuk olgusu müvekkillerin, avukatların ve halkın zihninde normalleşmekte, mahkeme gözetimindeki programlar gelişmekte ve arabuluculuk artık, hukuki temsilin gerekli olduğu bir diğer uyuşmazlık çözümü şekli olarak görülmektedir. Öte yandan, pek çok kişi dava harçlarındaki önemli artışların ve dava finansmanındaki kesintilerin pazarı daraltmasından endişe etmektedir. İşte böyle bir ortamda dahi, taraf vekilliğinin, mesleki uygulamaya katkı sağlayan, uzmanlaşmış ve arzu edilen bir beceri haline gelecek şekilde geliştirilmesine gerek olmadığını düşünmek için neden yoktur.

Son yıllarda genel arabulucudan hukuk alanında uzmanlığa sahip arabulucuya doğru somut bir kayma olmuştur. Uyuşmazlık alanında deneyim sahibi hukukçu arabulucuların arabuluculuk alanında daha yüksek başarı şansına sahip olduğu karmaşık uyuşmazlıklarla uğraşan bilgili ticari taraflar tarafından anlaşılmıştır. Bilgi sahibi ticari taraflar söz konusu davaya ilişkin düzgün bir risk analizine dayanarak anlaşma için bir tavsiye oluşturmak için makul nedenler ararlar. Anlaşmaya varırlar çünkü bunun için güçlü ticari nedenler vardır ve genellikle bu nedenler, en azından büyük ölçüde davanın güçlü ve zayıf yanlarına ilişkin dikkatli bir analize dayanır¹. Bunların tamamı hukuki temsilcinin üstlendiği sorumluluk üzerinde etki sahibidir. Bu kişi belirli bir role sahiptir ve tamamen hazırlıklı olmak zorundadır.

¹ New Sophistications in Commercial Mediation [Ticari Arabuluculukta Yeni Karmaşıklıklar], Elizabeth Birch, ACI newsletter issue 9 Spring/Summer 2004

Ancak avukat veya arabuluculukta uygulayıcı olarak hareket eden profesyonel kişi, müvekkilinin mevcut davasının ötesinde, geniş anlamda müvekkilini anlamaya yönlendiren veya anlaşmadan uzaklaştıran ticari, finansal, sosyal, ilişki tabanlı ve diğer olası unsurları bilmek zorundadır. Avukatlar dar bir bakış açısıyla, mahkeme süreci tarafından düzenlenen biçimlendirilmiş bir davaya odaklanmak üzere eğitilirler. Arabuluculuk onları çok daha geniş bir açıdan bakmaya ve hakkında ciddi anlamda bir eğitim almaları gereken bir yaklaşımı benimsemeye mecbur kılar.

Bu nedenle, taraf vekillerinin arabuluculuk sürecini kendilerinin ve müvekkillerinin yararına en iyi biçimde kullanmaları konusunda yardım sunmak için bu kitap tasarlanmıştır.

Arabuluculuğun Yaygınlaşması

Son yıllarda, arabuluculuğun kullanımı katlanarak arttı. Her ne kadar modern hukuk arabuluculuk uygulamaları bu noktaya sadece Nisan 1989'da Amerika Birleşik Devletleri ve Pasifik ülkelerinden gelmiş olsa da, 1995 yılı itibarıyla mahkemelerin alternatif uyuşmazlık çözümünü teklif eden yönlendirmelere başlamasıyla ana akıma girmeye başladı. İngiltere ve Galler'de arabuluculuğu azınlığın uğraşından yargılama öncesi sürecin ayrılmaz bir parçasına ve dava taraflarının göz ardı etmeye maddi açıdan gücünün yetmediği bir sürece dönüştüren gelişme 1999 tarihli yeni Hukuk Usul Kuralları'nın (HUK) yürürlüğe konması olmuştur. 1 Nisan 2013'ten sonra HUK'da büyük değişiklikler yapılması ile son bulan hukuk davalarının giderlerine ilişkin incelemesinde, Sayın Yüksek Yargıç Jackson'ın Nihai Raporu tamamen arabuluculuk kullanımını onaylamış, ancak zorunlu kılmamıştır.

Jackson arabuluculuğun fiziksel yaralanma ve tıbbi kusur da dahil olmak üzere tüm çalışma alanlarında ileri düzeyde etkili olduğunu fakat hala değerinin yeterince bilinmediğini ve kullanılmadığını kabul etmiştir. Tercih ettiği stratejilerden biri hukuki giderler rejimini teşvikler sunacak şekilde yapılandırmaktır. Bu yöntemle, arabuluculuğun maliyetten tasarruf etmeye yardım edebileceğini kabul ederek hakimleri ve diğer kişileri arabuluculuk kullanımını teşvik etme konusunda eğitmektir.²

Mahkemeler çok hızlı biçimde Jackson'ın görüşünü benimsemişler ve arabuluculuğun mahkemelerin sıklıkla sağlayamadığı sonuçlara ulaşma konusunda ne kadar faydalı olduğunu ifade etmişlerdir. Sayın Yüksek Yargıç Jackson bizzat kendisi Faiddi & Anor ve Elliott Corporation davasında arabuluculuğa başvurulması yönünde karar vermiştir³:

"[35]...Mahkemeler dava taraflarına bu tür bir hizmet vermeye hazırdır ve bunu mümkün olan en hızlı ve ekonomik şekilde yapmalıdır. Ancak gerçek anlamda düşmanca bir dava sürecine girişmeden önce taraflar öncelikle anlaşma olasılığını araştırmalıdır. Şu anda mahkeme huzurunda bulunan uyuşmazlığa yakın durumlarda (ki daha önce buna benzer örnekler gördüm) eğer müzakere başarısız olursa, arabuluculuk izlenmesi gereken bariz ve yapıcı yoldur.

[36]. Bir arabulucu bu davada çalışmaları yürütmek için çeşitli kira sözleşmeleri ve ruhsat arasındaki etkileşimle ilgilenmezdi. Aynı şekilde önce ilçe mahkemesi hakiminin daha sonra da bu mahkemenin karar vermesi istenen diğer ilginç yapısal noktalarla da ilgilenmezdi. Bunların yerine tarafların ortaya çıkan uygulama sorununa dair makul bir çözüm bulmalarına yardım ederdi. Bu tür bir arabuluculuğun başarılı olacağından neredeyse eminim. Dava sürecinin ilgilendiği dava kararları kolay konular değildir ve varsayımsal arabuluculuk sırasında taraflardan hiçbirisi başarılı olacaklarından emin olamazlardı.

[37]. Zaten Temyiz Mahkemesi'ndeki duruşmadan hemen öncesine kadar taraflardan hiçbirisi diğer tarafa arabuluculuk teklifinde bulunmamıştır. Fakat o an itibarıyla zaten yüksek giderler ortaya çıkmıştır. Duruşmanın sonuna kadar davacı tarafın üstlendiği giderler £23.195 olmuştur. Temyizde de davacı taraf £34.609 tutarında ek bir maliyeti daha üstlenmiştir. Davalının duruşmanın sonuna kadar üstlendiği gider de £32.798 olmuştur. Davalı da aynı şekilde temyizde ek olarak £49.532 tutarında bir gider üstlenmiştir. Dolayısıyla üstlenilen giderler toplamda £140.134 olmuştur. Eğer tarafların derdi avukatların refahı ise, bu paranın yarısını Avukatlar Yardımlaşma Derneği'ne verip geri kalan paranın da mütevazı bir kısmıyla uyuşmazlıklarını çözebilirlerdi."

² Bakınız: The Jackson Report amendments to the CPR - What do they do to encourage settlement (if anything?) [HUK'da yapılan Jackson Raporu değişiklikleri - Anlaşmayı teşvik etmek için ne yapıyorlar (ya da yapıyorlar mı?)] Tony Allen Avukat, Arabulucu ve CEDR (Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi) Kıdemli Danışmanı, www.cedr.com 26 Mart 2013

³ [2012] EWCA Civ 287

Lord Woolf'un HUK'a yönelik amaçlarından biri de anlaşmayı mümkün olduğunca erken yapılması için teşvik etmek ve desteklemek ve duruşma öncesinde anlaşma müzakerelerinin gerçekleştirilmesi için prosedürleri düzene koymaktır. Bu kurallar, mantıklı olacak bir uyuşmazlık çözümü girişiminin, tarafların dava dilekçesi verilmeden çok daha önce, dava açma düşüncesi doğduğunda başlatılmasını öngörmüştür. Bu doğrultuda, tarafların alternatif uyuşmazlık çözümü türlerinden birinin, genellikle de arabuluculuğun uygun olup olmadığını erken aşamalarda gözden geçirmelerini gerektiren davranışları düzenleyen Dava Öncesi Protokoller hayata geçirilmiştir. Ayrıca, Dava Öncesi Protokollere ilişkin Uygulama Talimatı da tarafların Protokol'de belirtilmeyen durumlarda da arabuluculuk seçeneğini değerlendirme konusunda isteklilik göstermelerini gerektirir⁴.

Uygulama Talimatı - Dava Öncesi İşlemler ve Protokoller, aşağıdaki hükümleri içermektedir:

Anlaşma ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (AUÇ)

8. Dava açmak son çare olmalıdır. İlgili dava öncesi protokolün veya bu Uygulama Talimatı'nın bir parçası olarak, taraflar yasal işlemleri başlatmaksızın müzakerenin veya herhangi bir başka AUÇ yolunun uyuşmazlıklarında anlaşmaya varmalarını sağlayıp sağlamayacağını düşünmelidirler.

9. Taraflar, yasal işlemler başlatıldıktan sonra bile olsa, her durumda bir anlaşmaya varma ihtimalini düşünmeye devam etmelidirler. Kısım 36 [Diğer tarafı anlaşmaya ikna etme amaçlı teklif] teklifleri dava işlemleri başlatılmadan önce yapılabilir.

10. Taraflar bir uyuşmazlıkta anlaşmaya varabilmek için müzakerede bulunabilirler veya aşağıdaki AUÇ yollarından birini kullanabilirler:

- (a) Üçüncü bir kişinin çözümü kolaylaştırdığı arabuluculuk;
- (b) Uyuşmazlıkta üçüncü bir kişinin karar verdiği tahkim;⁵

⁴ Uygulama Talimatı 4.3(f) ve 4.6(e)

⁵ (Arbuluculuk ve diğer AUÇ türlerine ilişkin bilgi Jackson ADR Handbook'ta [Jackson AUÇ El Kitabı] (Oxford University Press) veya aşağıdaki adreslerde mevcuttur:

<http://www.civilmediation.justice.gov.uk>

http://www.adviceguide.org.uk/england/law_e/law_legal_system_e/law_taking_legal_action_e/alternatives_to_court.htm)

(c) Üçüncü bir kişinin uyuşmazlığa ilişkin bilgi edinerek fikir verdiği süreç öncesi tarafsız değerlendirme; ve

(d) Ombudsman (Kamu Denetçiliği) programları.

11. Eğer hukuki işlemler başlatılmışsa, mahkeme tarafların AUÇ seçeneğini düşündüklerini gösteren kanıtlar sunmalarını gerektirebilir. Bir tarafın AUÇ'ye katılım davetine cevap vermemesi veya katılmayı reddetmesi mahkeme tarafından makul görülmebilir ve mahkemenin bu tarafın ek dava harçları ödemesini emretmesi ile sonuçlanabilir.

Dava Hazırlık Anket Formu, ilk Dava Yönetim Toplantısı ve Gider Yönetimi Toplantısı aşamasında, tarafların uygulamada bir AUÇ yolu kullanma konusunda attıkları veya atmakta oldukları adımları mahkemeye bildirmeleri beklenir. Bu ayrıca avukatların AUÇ'yi ve dahilinde arabuluculuğu müvekkillerine açıklama konusundaki mesleki görevleri ile de pekiştirilir.

Dava dilekçesi işleme konulduktan sonra, mahkemenin davaları yönetme görevi aktif biçimde "mahkeme uygun görürse dava taraflarını bir alternatif uyuşmazlık çözümü prosedürü kullanma yolunda teşvik etmeyi ve bu tür bir prosedürün kullanılmasını kolaylaştırmayı" (HUK 1.4(2)(e)) ve "taraflara davalarının tamamında veya bir kısmında anlaşmaya varma konusunda yardım etmeyi" (HUK 1.4(2)(f)) de içerir. Mahkemeler günümüzde özellikle tarafların çekingen davrandıkları durumlarda, yasal işlemlerin ilk aşamalarında arabuluculuk ihtimalini üstlenmekte ve giderek daha güçlü tavsiyelerde bulunmaktadır. Temyiz Mahkemesi'nin Hukuk Davaları Bölümü'nden yerel mahkemelerdeki küçük alacaklı davalara ilişkin arabuluculuk hizmetlerine kadar, mahkeme gözetimindeki arabuluculuk programları bir zorunluluk unsuruna sahiptir.

HUK'un erken dönemde anlaşmayı destekleyen diğer yüzü de mahkemelerin günümüzde belirli koşullarda, makul bir sebep olmaksızın arabuluculuğu reddeden taraflara maddi yaptırım uygulayabilmeleridir. Tüm taraf vekilleri, arabuluculuğu reddeden ve davayı kaybeden tarafın tazminat giderleriyle karşılaşabileceğinin ve hatta yargılamayı kazananların bile mahkemenin davranışlarını makul bulmaması halinde diğer tarafın dava giderlerini üstlenme emriyle karşılaşma riski altında olduklarının farkında olmalıdırlar. HUK'un Dunnett ve Railtrack⁶, Hurst ve Leeming⁷ ve Halsey ve Milton Keynes NHS Trust⁸ davalarında erken aşamalarda uygulanması ile ortaya çıkan gelişme, arabuluculuk talebine karşılık vermeyi reddetme davranışının mahkemeler tarafından makul olmayan bir davranış olarak kabul edildiği ve ardından maddi sonuçların ortaya çıktığı en üst düzeydeki ifadesine PGF II SA ve OMFS Company 1 Ltd⁹ davasında ulaşmıştır.

⁶ [2002] 1 WLR 2434

⁷ [2003] 1 Lloyd's Rep 37

⁸ [2004] 1 WLR 3002

⁹ [2013] EWCA Civ 1288 [2014] 1 WLR 1386; ayrıca bakınız Swain Mason vd. ve Mills & Reeve Davası [2012] EWCA Civ 498; Garritt-Critchley ve Diğerleri v Ronnan ve Solarpower PV Ltd Davası [2014] EWHC 1774 (Ch); Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2015] EWHC 371 (QB)

Aynı zamanda hem İngiliz Hükümeti hem de Avrupa Birliği arabuluculuğun değerini kabul etmişler ve kullanımının artırılmasını sağlamak için uğraşmışlardır. 2001 yılından beri Hükümet diğer tarafın kabul ettiği tüm uygun davalarda alternatif uyuşmazlık çözümü ("AUÇ") kullanmaya kendini adanmıştır. Buna ek olarak, Avrupa Komisyonu da özellikle sınır ötesi uyuşmazlıklarda, arabuluculuk bir başka ülkenin yargı sisteminin karmaşıklığını müzakere etmekten çok daha kolay ve ucuz olacağı için kullanımını teşvik etme konusunda heveslidir. Bu amaçla yalnızca bir Sınır Ötesi Arabuluculuk Direktifi hazırlanmakla ve 2011 yılında sınır ötesi uyuşmazlıklar için uygulamaya konulmakla kalmamış,¹⁰ ayrıca Avrupa Parlamentosu uygulamayı izlemek için bir raporlama süreci de oluşturmuştur.

Bu zamana kadar ve bu kitabın büyük bir kısmında arabuluculuğun arabulucu ve diğer taraf arasında yüz yüze görüşme şeklinde gerçekleşeceğini varsaydım. Daha küçük alacak davalarında arabuluculuğun arabulucu ile yapılan bir dizi telefon görüşmesi ile gerçekleştirilmesi mümkündür ve bu giderek daha yaygın hale gelmektedir. Yerel Mahkemeler'deki Küçük Alacaklı Dava Yolu Arabuluculuğu sürecin tüm taraflar ve de Majestelerinin Adliye ve Divanlar Servisi (HMCTS) açısından maliyet-etkin olmasını sağlamak amacıyla büyük ölçüde telefonla arabuluculuğa dayanır. Buna ek olarak bazı özel sektördeki hizmet sağlayıcılar tarafların buluşmadığı veya doğrudan iletişim kurmadığı "sanal" veya çevrimiçi arabuluculuk üzerine de denemeler yapmışlardır. Arabulucunun fiziksel olarak sürece dahil olmadığı her iki format da başarılı olabilir, fakat arabulucunun görevi muhtemelen çok daha zorlaşacaktır. Ocak 2016'da çevrimiçi arabuluculuğun veya AUÇ'nin kullanılmasına ilişkin AB Direktifi'nin¹¹ ve de bir AB Tüzüğü'nün¹² tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılması ile ilgili olarak büyük çaplı bir değişiklik gerçekleştirilmiştir ve bunlar Amazon, E-bay ve AliBaba gibi e-ticaret devlerinin mevcut şikayet prosedürleriyle birlikte yürütülebilecek şekilde geliştirilmiştir.

¹⁰ 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52/AT sayılı Direktif. Ek I'e bakınız.

¹¹ 2013/11/AB sayılı Direktif. Ek II'ye bakınız.

¹² 524/2013/AB sayılı Tüzük. Ek III'e bakınız.

Tüketici Uyuşmazlıkları için Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümüne (ÇUÇ) ilişkin Direktif'e Birleşik Krallık tarafından verilen karşılık, Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı Sayın Yüksek Yargıç Dyson tarafından, Şubat 2015'te Hukuk Mahkemeleri Konseyi'nin İngiltere ve Galler'de £25.000'den düşük değerdeki hukuk davalarında uyuşmazlıkların çözümü için ÇUÇ kullanımının daha geniş çaptaki potansiyelinin incelenmesi için kurulan danışma grubunun hazırladığı raporun ardından ilan edilmiştir. Grup bu sistemin kısıtlamalarını ve zorluklarını ve de müşterileri ve işletmeleri korumak için ortaya çıkarılması gereken sorunları araştırmıştır. Raporun başlıca tavsiyeleri Bölüm 1'de ele alındığı üzere, HMCTS'nin Majestelerinin Çevrimiçi Mahkemesi (HM Online Court - HMOC) adında yeni, İnternet temelli bir mahkeme hizmeti kurması gerektiği yönünde olmuştur. Bundan sonra hükümet tarafından, teknik altyapının geliştirilmesi ve eğitim de dahil olmak üzere bu tavsiyelerin gerçekleştirilmesi için kaynakların sağlanıp sağlanmayacağı görülecektir. Eğer sağlanırsa bu hukuk yargısı sisteminde pek çok inovasyonu müjdeleyecektir fakat aynı zamanda da HMCTS'nin fiziksel varlığının azaltılmasına dayanan bir arka plana da karşı çıkacaktır.

Daha geniş bir ölçekte, Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü uluslararası ticari uzlaştırmadan doğan anlaşma tutanaklarının uygulanabilirliği ile ilişkili olarak bir uygulamaya tüm varlığıyla destek vermiştir. Bu arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmaların uygulanması için bir UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Sözleşmesi'nin kabul edilmesi şeklinde gerçekleşir fakat 1958 tarihli Yabancı Tahkim Kararlarının Tanınması ve İnfazına ilişkin New York Sözleşmesi'nin revizyonunu kapsayacak şekilde genişletilebilir.

Dolayısıyla mevcut hukuki ortamda, ister büyük ister küçük ölçekli olsun veya yerel ya da uluslararası, arabuluculuk hukuk mesleğinin münhasır imtiyazı olmamasına rağmen, tüm avukatların arabuluculuk sürecini iyice anlaması esastır.

Arabuluculuk Nedir?

Arabuluculuk hizmeti sağlayıcılar veya arabuluculuk kurumları tarafından kabul gören tek bir arabuluculuk tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, gelin temel öğelerle başlayalım. Arabuluculuk tarafsız bir kişinin taraflara müzakere edilmiş bir anlaşmaya varmaları konusunda yardım sağladığı gönüllü, bağlayıcı olmayan ve özel bir uyuşmazlık çözümü sürecidir.¹³

Gönüllü

Pek çok davada, arabuluculuk taraflar sürece katılmak istemeden gerçekleşemez. Fakat gönüllülük hali münferiden arabuluculuğu reddeden tarafa uygulanacak bir gider yaptırımı riskini ortaya çıkaran güçlü bir mahkeme önerisi üzerine oluşabilir. Arabuluculuk tüm tarafların katılımı olmaksızın gerçekleşemez, taraflardan biri süreci terk ederse arabuluculuk sona erer ve tarafların istedikleri zaman süreci sonlandırma hakkı vardır.

Bağlayıcı Olmayan

Sürece katılmanın taraflar açısından anlaşmaya varma konusunda bağlayıcılık doğurmaması açısından da arabuluculuk gerçek anlamda gönüllülüğe dayalıdır. Anlaşma yalnızca ilgili tarafların yetkisi dahilinde sağlanabilir. Arabulucunun bağlayıcı bir karar verme konusunda yetkisi olmamasından dolayı, eğer taraflar mutabakata varamazlarsa bir anlaşma sağlanmaz ve dava sürecindeki bir sonraki adıma geçilir. Fakat, eğer bir anlaşmaya varılırsa, kabul edilen koşullar uygulanabilir bir sözleşmenin bir bölümünü oluşturur. Arabuluculuk yalnızca anlaşma konusunda bir katalizör görevi gören bir süreçtir: Davaların çoğunda arabuluculuk görüşmeleri esnasında anlaşmaya varılmaz fakat hemen sonrasında anlaşma sağlanır.

Gizli

Her ne kadar arabuluculuğu reddetmenin maddi sonuçları olabilse de, arabuluculuk süreci hem hukukun izin verdiği ölçüde "tüm haklar saklı kalma kaydı"na hem de gizliliğe tabidir.¹⁴ Bu, tarafların konunun mahkemeye taşınması durumunda farklı bir pozisyonda savunma yapmalarını engellemeyeceğini bilerek arabuluculuk sürecinde diledikleri gibi davranabilmeleri, örneğin bilgi açıklayabilmeleri, görüşlerini ifade edebilmeleri, önerilerde bulunmaları veya ödün sunabilmeleri anlamına gelmektedir. Benzer biçimde, taraflar gelecekte mahkeme giderleri belirlenirken arabuluculuk sürecinde verdikleri kararların aleyhlerinde kullanılması riski olmaksızın arabuluculukta sunulan teklifleri reddetme ve hatta tamamen çekilme konusunda serbesttirler.¹⁵

¹³ Bkz. Brown ve Marriot, ADR Principles and Practice [AUÇ İlkeleri ve Uygulaması], 3rd Edition, Sweet and Maxwell 2012

¹⁴ Bölüm 6'daki tartışmaya bakınız.

¹⁵ Bkz. Halsey a.g.e. ve Burchell ve Bullard Davası [2005]: EWCA Civ 358.

Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği, kamuya açık olan ve muhtemel olarak aşırı derecede utanç verici olabilecek mahkeme salonlarına kıyasla oldukça nettir. Elbette ki, arabuluculuğun bozulması halinde, taraflar arabuluculuk faaliyeti sırasında yapılan bir teklifi normal maddi sonuçları içerecek şekilde bir Kısım 36 teklifi olarak veya bir Calderbank teklifi (teklifin reddedilmesi ve reddeden tarafın davayı kaybetmesi durumunda giderleri üstlenmesi gerekebilecek bir anlaşma teklifi türü) olarak veya Kısım 44.4 kapsamında mahkemenin takdirini gerektirecek açık bir yazışma yoluyla resmileştirme konusunda serbesttirler.

Arabuluculuk sırasında mutabık kalınan anlaşma koşulları da genellikle gizlidir. Fakat bunun böyle olması bir gereklilik değildir. Bazı uyuşmazlıklarda taraflardan biri daha önceki bir davranışla ilişkili olarak halka açık biçimde aklanma (örn. hakaret davalarında) veya özür peşinde olabilir ve kamuoyuna yapılan bir açıklamanın arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmanın da bir parçası olmaması için bir neden yoktur. Örneğin, Alder Hey hastanesinin elde tutulan organlar davasında, talebin temel unsuru tazminat iken, anlaşma bir anma bahçesi yapılması, ilgili tüm kurumların kamuya açık biçimde özür dilemesi, ilgili hükümet bakanı tarafından bir kamuoyu açıklaması yapılması ve hastanenin dışındaki duvara bir tabela yerleştirilmesini içerecek şekilde genişletilmiştir.

Tarafsız arabulucu

Arabulucunun rolü her arabuluculuk faaliyetinin başarısı açısından kilit rol oynar. Taraf vekilinin iş için en uygun kişiyi nasıl seçeceğini bilmesi ve onunla çalışması esastır. Arabulucu gerçekten tarafsız bir kişi olmalı ve taraflardan hiçbirisiyle ilişkili ve sonuçla bağlantılı herhangi bir menfaat sahibi olmamalıdır. Arabuluculuk tüm tarafların arabulucuya güvenmesi ve yetki vermesini gerektirir. Taraflardan birinin bu yetkiyi geri çekmesi durumunda arabuluculuk sona erer. Aynı şekilde, arabulucuya duyulan güvenin bir şekilde bozulması halinde de, bir anlaşmaya varılması pek olası değildir.

Arabulucunun rolü taraflara birbirleriyle olan müzakerelerinde destek sağlamak ve uyuşmazlık konusunda karşılıklı anlaşmaya dayanan bir çözüme ulaşmaya çalışmaları konusunda yardımcı olmaktır. Fakat, taraflar kendi kararlarından bizzat kendileri sorumlu olmaya devam ederler ve varılan herhangi bir anlaşmanın şartlarından da mesuldürler.

Taraflar tarafından müzakere edilen bir anlaşma

Yukarıda da vurgulandığı üzere, arabuluculukta anlaşma ancak tarafların rızası ile mümkündür. Varılan herhangi bir mutabakatın şartlarından yine bu taraflar sorumludur. Arabuluculuk mutlaka tüm tarafların menfaatlerini en yükseğe çıkaran bir sonucu hedeflemekle birlikte (genelde “kazan-kazan” sonucu olarak anılır), doğası gereği, asla taraflardan birinin kesinlikle kabullenemeyeceği bir sonuca ulaşmaması gerekir. Anlaşma koşullarına ulaşma mesuliyetinin taraflara ait olmasından dolayı, sürecin esnekliği bir mahkeme veya başka tahkim süreci tarafından verilen bir hüküm ile mümkün olacağından çok daha fazla yaratıcılığa ve hukuk dışı çözümlere imkan tanır.

Arabuluculuğa Uygunsuz Olabilecek Durumlar

Mahkemelerin günümüzde makul olmayan biçimde arabuluculuğu reddeden taraflara yaptırım uygulama ihtimallerinin olmasından dolayı, şu soru gündeme gelmektedir: Arabuluculuğu reddetmek ne zaman makuldür veya hangi durumlar arabuluculuğa uygun değildir?

Bu sorun ilk kez ayrıntılı olarak Halsey ve Milton Keynes General NHS Trust¹⁶ davasında ele alınmıştır ve bu davada Temyiz Mahkemesi arabuluculuğu reddeden taraflara Lightman J'nin daha önceki Hurst ve Leeming¹⁷ davasındaki yaklaşımından daha anlayışlı bir tutum sergilemiştir. Bu davada, Lightman J reddetmeye bağlı yaptırımdan kurtulabilmesi için reddeden tarafın arabuluculuk sürecinin makul bir anlaşmaya ulaşma ihtimali olmadığını göstermek zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Halsey kararında ise Temyiz Mahkemesi daha üstü kapalı bir yaklaşım sergilemiştir: Yaklaşımın hareket noktası, arabuluculuğa katılım gösteren tarafın giderlerin tamamından veya bir kısmından kurtulması için (veya tahminen, reddeden tarafa bir yaptırım uygulanabilmesi için) diğer tarafın arabuluculuğun başarısız olması konusunda makul olmayan bir davranış sergilediğini göstermesi gerektiği şeklindedir.

Sayın Yüksek Yargıç Dyson, bir tarafın makul olmayan biçimde hareket edip etmediği değerlendirilirken bir dizi faktörün dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir:¹⁸

- Uyuşmazlığın mahiyeti;
- Davanın esası;

¹⁶ 12004] 1 WLR 3002

¹⁷ [2003] 1 Lloyd's Rep 37

¹⁸ [17]-[24]'te

- Diğer anlaşma yöntemlerinin ne ölçüde denendiği;
- Arabuluculuk giderlerinin orantısız biçimde yüksek olup olmadığı;
- Arabuluculuğun düzenlenmesi veya arabuluculuğa katılınması konularında herhangi bir gecikmenin sakıncalı olup olmayacağı; ve
- Arabuluculuğun makul bir başarı ihtimalinin olup olmaması.

Sayın Yüksek Yargıç Dyson az sayıda davanın tabiatı gereği arabuluculuğa uygun olmadığını kabul etmiş ve bu davalara birtakım örnekler vermiştir:¹⁹

1. Tarafların devam etmekte olan uzun vadeli bir sözleşme kapsamında gelecekteki ticaret ilişkileri açısından vazgeçilmez olan hukuk veya yorumlama sorunları konusunda ve de belirli bir ticaret veya piyasada bulunan kişiler açısından genel olarak önemli olan meselelerde mahkemenin karar vermesini istediği durumlarda.
2. Benzer şekilde, taraflardan birinin zaman zaman ortaya çıkan bir hukuk sorununun mahkeme tarafından çözülmesini istediği ve bir veya daha fazla tarafın bağlayıcı bir emsalin faydalı olacağını düşündüğü durumlarda.
3. Tarafın gelecekteki davranışlarına ilişkin güven duyulamaması nedeniyle arabuluculuk çabalarının muhtemelen başarısız olacağı, bir birey veya gruba karşı işlenen dolandırıcılık veya başka bir haysiyetsiz davranış iddiası içeren davalarda.
4. Taraflardan birinin pozisyonunu korumak için bir ihtiyati veya başka tür bir tedbirin zaruri olduğu davalarda.

Hakim ayrıca taraflardan birinin gerçekten sağlam bir iddiaya sahip olduğu durumlarda arabuluculuğu reddetmesinin makul olabileceğini de eklemiştir. Aksi halde zayıf bir iddiaya sahip davacıların, iddianın veya savunmanın dayanaksız olduğu durumlarda bile maddi bir yaptırım tehdidi ile diğer tarafı, arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmaya zorlama imkanı olabileceğini belirtmiştir. Ancak, tarafın iddiasının gerçekten sağlam olduğuna dair inancı da makul olmalıdır.

¹⁹ [18]'de

Temyiz Mahkemesi özellikle davada çekişme konusu olan meblağın düşük olduğu durumlarda arabuluculuk giderlerinin önemli bir faktör olabileceğini savunmuştur. Bunun nedeni tarafların genellikle hukuki temsilcilere sahip olması ve arabulucuya ödenen ücretler ve diğer giderlerin çoğunlukla ortaya çıkacak sonuçtan bağımsız olarak taraflar tarafından eşit olarak üstlenilmesinden dolayı, bazı durumlarda arabuluculuğun mahkemedeki bir duruşma kadar pahalı olabilmektedir. Buna ek olarak, davanın sonunda kazanan tarafın anlaşmaya ulaşmayan arabuluculuğun giderlerini üstlenmek zorunda kalma ihtimali de mahkemenin davayı kazanan tarafın AUÇ'yi reddetme konusunda makul davranıp davranmadığına karar verme konusunda dikkate alabileceği bir unsurdur.

Mahkemelerin küçük alacaklı davalarda arabuluculuğu önermenin giderek yaygınlaşan bir trend olması önemli bir husustur. Fakat, arabuluculuğun her yerde deva bir ilaç olmadığı unutulmamalıdır. Hukuki olarak temsil edilen bir müvekkil açısından, küçük alacaklı bir davaya ilişkin arabuluculuk muhtemelen yargılama ile aynı ücrete mal olacaktır. Öte yandan sonunda anlaşmaya ulaşılacağına dair de bir garanti yoktur. Küçük alacaklı bir davada başarısızlıkla sonuçlanan arabuluculuk faaliyeti, küçük alacaklı dava yolundaki "masrafsızlık" kuralı nedeniyle müvekkilin davanın sonunda kazanan olup olmaması önemli olmaksızın, hukuki olarak temsil edilen müvekkilin giderlerini gerçekte ikiye katlayacaktır.

Arabuluculuğun makul bir başarı olasılığına sahip olup olmadığı değerlendirilirken, Halsey davasında Temyiz Mahkemesi, Hurst ve Leeming davasının aksine, diğer tarafın makul olmayan biçimde davrandığını kanıtlama sorumluluğunun , arabuluculuğun makul bir başarı olasılığına sahip olabileceğini göstermeye çalışan tarafa ait olduğunu savunmuştur.

Halsey uygulayıcılar arasında hatırı sayılır derecede bir tartışmaya neden olmuştur. Arkasından gelen on yılda ve devamında mahkemeler arabuluculuğu reddetme konusunda makul sayılabilecek sebeplerin kapsamının daraltılması konusunda argümanlar duymuştur.²⁰

Nigel Witham Ltd ve Smith davasında,²¹ Sayın Yargıç Coulson (şimdi Sayın Yüksek Yargıç Coulson) arabuluculuğa başvurulmasına rağmen bunun uyuşmazlık süreci içinde çok geç gerçekleştirildiği ve hatırı sayılır giderlere neden olduğu yönündeki ilginç sava dayanarak kazanan tarafın giderlerini azaltma talebiyle karşılaşmıştır.

²⁰ Baro AUÇ Paneli Başkanı Colin Manning'e ve eski başkan Sayın Yargıç Michel Kallipetis'e sırasıyla Temmuz 2015'teki Baro ADRP Arabuluculuk Eğitimi Günü ve Mart 2014'teki SCMA Arabuluculuk Önemlidir Günü için hazırlanan notlardan bu sayfada ve sonraki sayfalarda faydalanmam konusunda izin verdikleri için müteşekkirim.

²¹ [2008] EWHC 12 (TCC)

Hakim, Halsey kararındaki ilkelerin, istisnai bir durumda, arabuluculuk süreci çok geç başlamışsa ve anlaşmaya ulaşma şansı çok düşükse ve de kazanan tarafın makul olmayan biçimde arabuluculuğa rıza göstermeyi ertelediği gösterilebilirse, diğer tarafın dava giderlerini karşılama emri verilmesi şeklinde uygulanabilir olduğuna karar vermiştir (paragraf 36).

Fakat, hakim davalıların arabuluculuğa rıza göstermeyi makul olmayan biçimde ertelediğini gösterecek hiçbir delil olmamasından dolayı ileri sürülen iddianın olgusal açıdan kanıtlanamadığına karar vermiştir. Ayrıca daha erken bir arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilmiş olsaydı bile davacı tarafın uzlaşmaz tutumu nedeniyle makul bir anlaşma olasılığına sahip olmayacağına da karar vermiştir.

Hakim zamansız arabuluculukla ilgili genel olarak şu yorumları yapmıştır (paragraf [32]):

"AUÇ veya arabuluculuğa ne zaman başvurulması gerektiğini kestirmek bu tür davalarda rastlanan ortak bir zorluktur. Arabuluculuk genellikle davacı taraf tarafından erken bir aşamada teklif edilir. Ancak diğer taraf, aynı zamanda da muhtemelen giderleri üstenen taraf, makul bir arabuluculuk faaliyetine girişmeden önce talebin taşıdığı ticari riski değerlendirebilmek amacıyla genellikle talebe ilişkin doğru bilgi edinmek isteyecektir. Zamansız gerçekleştirilen bir arabuluculuk faaliyeti sadece zaman israfına neden olur ve bazen durumların her iki taraf için de daha zor hale gelmesine yol açabilir. Bu da daha sonra denenen anlaşma girişimlerinin başarısızlığa mahkum olmasına neden olur. Buna karşılık, arabuluculuğun tüm bilgilerin ve dokümanların karşılıklı olarak alınıp verilmesinden sonrasına kadar ertelenmesi de o noktaya gelmesi için üstlenilen giderlerin bizzat başarılı bir arabuluculuğun önündeki esas engeller haline gelebileceği anlamına gelebilir. Pek çok dava için püf noktası orta noktanın belirlenmesidir: Talep ve cevabın ayrıntılarının her iki taraf tarafından da bilindiği, fakat o noktaya gelmek için üstlenilen giderlerin anlaşmayı imkansız kılacak kadar yüksek bir düzeye ulaşmadığı nokta."

Hakim o davada belgelerin açıkça daha uyumsuzluğun en başından itibaren davacı tarafın davalılara karşı ve onlara karşı ileri sürdüğü talebinde aşırı derecede uzlaşmaz bir tutum sergilediğini gösterdiğini tespit etmiştir.

Davacının, dava öncesi tüm yazışmaları alacağının her kuruşunu alma hedefine ilişkin niyetine yaptığı atıflarla doludur. Taviz vermek ve barışmak davacının yazışmalarında pek öne çıkan unsurlardan olmamıştır. Bunun sonucunda, Halsey kararındaki temel ilkelerden birine uygun olarak, hakim erken bir arabuluculuk faaliyetinin de neredeyse hiç başarı şansının olmadığına karar vermiştir.

Aslına bakılırsa, Halsey davasında alınan kararları ilk yıllarda uygulayan veya tartışan çok nadirdir. Bunun nedeni de belki tarafların arabuluculuğun makul bir anlaşma olasılığına sahip olduğu durumlarda arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik edilmiş olması veya tarafın yargılamada kaybettiği durumlarda, danışmanların hakimi arabuluculuğun makul bir başarı olasılığına sahip olduğuna dair ikna etmenin zor olacağını düşünmeleri olabilir. Ancak, 2011 yılından beri çeşitli davalarda, Temyiz Mahkemesi'ndeki hakimlerden Halsey kararını uygulamaları istenmiş; bunların sonuçları farklı olmuş ve görünüşte mahkemelerin arabuluculuğu reddetme durumuna karşı gösterecekleri muhtemel yaklaşımı açıklığa kavuşturmamıştır. Mahkemenin takdir yetkisini kullanmasını etkileyen faktörlerden birisi de talebin sınırı ve niteliği olabilir.

Rolf ve De Guerin²² davasında, £90.000 tutarındaki tazminat talebine ilişkin bir inşaat uyuşmazlığı yalnızca £2.500 tutarında bir ödeme ve davalının lehine giderlerin karşılanması ile sonuçlanmıştır. Temyizde, Temyiz Mahkemesi giderlere ilişkin kendi takdir yetkisini kullanmaya karar vermiş ve Halsey kararını uygulayarak, hukuki işlemlerin erken safhalarında arabuluculuğa başvurma tekliflerinin makul olmayan biçimde reddedildiğine ve davalı tarafından sunulan "mahkemede hesaplaşma fırsatı bulmak" istemesi gibi nedenlerin, doğruluğu kanıtlanırsa bir "elle tutulur yanı olmadığına" karar vermiştir. Bu tür uyuşmazlıkları "müsrif ve yıkıcı" olarak tarif etmiş ve Burchall ve Bullard²³ davasındaki aynı mahkemenin şu gözlemlerine atıfta bulunmuştur: "Küçük bir bina uyuşmazlığı AUÇ'ye uygunluk açısından mükemmel bir uyuşmazlık türüdür". Her ne kadar alacak özellikle £90.000 tutarını belirlemiş olsa da, davalı taraf £14.000 tutarında bir Kısım 36 teklifinde bulunmuş ve arabuluculuğa başvurmayı veya bir anlaşmaya varma amacıyla bir yuvarlak masa toplantısı gerçekleştirmeyi teklif etmiştir. Bu teklifler reddedilmiştir. Davalı daha sonra arabuluculuğu kabul etmiştir fakat ödemesi gereken azami tutara tabi olmuştur.

²² [2011] EWCA Civ 78

²³ [2005] BLR 330

Duruşma hakimi Kısım 36 teklifine kadarki süreçte giderlere ilişkin bir emir olmaması gerektiğine karar vermiş fakat daha sonra davacının davalının giderlerini karşılamasını emretmiştir. Temyiz Mahkemesi hakimin Kısım 36 teklifini dikkate almasının yanlış olduğunu ileri sürmüştür ve giderlere ilişkin bir emir olmaması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme teklif edilen arabuluculuk veya müzakerenin makul bir başarı olasılığına sahip olacağını ve davalının arabuluculuğu reddetme konusunda makul davranmadığını, ve "özellikle bu dava sınıfında mahkemenin takdir yetkisinin çıktısı ile maddi olarak ilişki kurması gerektiğini" ileri sürmüştür

Davalının "mahkemede hesaplaşmak istemesi" nedeniyle arabuluculuğu reddedebileceği savına ilişkin Sayın Yüksek Yargıç Rix şu yorumda bulunmuştur:

"Tarafların mahkemede hesaplaşmak istemesine ilişkin olarak, bu tabii ki mahkemelerin dava açmak yerine arabuluculuğu tercih etmeyi mecbur hale getirmek istememelerinin bir nedenidir, fakat bu bana tarafların arabuluculuk veya anlaşma teklifine makul biçimde karşılık vermelerine ve bu konudaki davranışlarının giderleri kimin ödeyeceğine karar verilirken dikkate alınabileceğine ilişkin yerinde bir hukuki kaygıya karşı yeterli bir yanıt gibi gelmiyor".

Davalının bir anlaşma veya arabuluculuk ruhuna girmeden davacı tarafın gerçekte ne istediğini bilmesi mümkün değildir".

Faidi, Hameed ve Faidi, Inam ve Elliot Corporation²⁴ davası Londra SW1 bölgesindeki bir apartmanda yaşayan komşular arasında katlar arası dikey ses geçişi hakkında yaşanan bir uyuşmazlıktan ortaya çıkmıştır. Kira sözleşmesi yere halı döşenmesini gerektirmektedir. Üst kattaki apartman sakinleri yere (değiştirme ruhsatı alarak) halı yerine ses geçirmezlik konusunda halıdan daha iyi performans gösterdiği söylenen daha uygun bir ses yalıtımı uygulaması olarak ahşap döşeme yaptırmışlardır. Dava ilk mahkemede iki gün kaldıktan sonra Temyiz Mahkemesi'ne gelmiştir. Değiştirme ruhsatının halı döşeme zorunluluğundan feragat anlamına geldiği ve halı döşenmesi gerekmediği ortaya çıkmıştır. Temyiz Mahkemesi hakimlerinin üçü de bu konuda arabuluculuğun daha doğru bir yol olabileceğini ifade etmişlerdir. Özellikle Sayın Yüksek Yargıç Jackson şu görüştedir:

"Bir arabulucu bu davada çalışmaları yürütmek için çeşitli kira sözleşmeleri ve ruhsat arasındaki etkileşimle ilgilenmezdi.

²⁴ A.g.e.

Aynı şekilde önce ilçe mahkemesi hakiminin daha sonra da bu mahkemenin karar vermesi istenen diğer ilginç yapısal noktalarla da ilgilenmezdi. Bunların yerine tarafların ortaya çıkan uygulama sorununa dair makul bir çözüm bulmalarına yardım ederdi. Bu tür bir arabuluculuğun başarılı olacağından neredeyse eminim. Dava sürecinin ilgilendiği dava kararları kolay konular değildir ve varsayımsal arabuluculuk sırasında taraflardan hiçbiri başarılı olacaklarından emin olamazlardı.

Sayın Yüksek Yargıç Ward şu yorumda bulunmuştur:

"Komşular arası uyuşmazlıklarda arabuluculuğun arzu edilmesi konusunda diğer Hakimlerin gözlemlerine gönülden katılıyorum. Daha önce bir sınır uyuşmazlığı olan Oliver ve Symons,²⁵ davasında söylediğimi tekrar etmek isterim:

"Bu davanın bariz olarak arabuluculuk gerektiren bir dava olduğunu ifade eden Sayın Yüksek Yargıç Elias'a özellikle katıldığımı belirtmek isterim. Komşular arasındaki uyuşmazlıklarda hepsinde derin duygular ortaya çıkmakta ve taraflar sabit pozisyonlar almaktadırlar. Çünkü taraflar, keyifli bir şekilde haklarını ararlarken, yaşayacakları deneyimin onları hırpalayacağını ve kazansalar da kaybetseler de onları daha fakir bırakacak olan aralıksız bir dava sürecine girdiklerinin farkında değildirler veya bunu umursamamaktadırlar. Avukatların, müvekkillerini daha ilk görüşmede deneyimli bir arabulucunun; yani tarafsız bir üçüncü kişinin, hayatlarını aylar ve yıllar boyunca mahvedecek olan yakışsız bir savaşa karşı adil ve makul bir orta yol bulma konusunda yol göstereceğine dair güvenmeleri için ikna edememeleri beni çok üzmektedir."

Bütün komşular cehennemden gelme değildir. Yalnızca dar kafalı kişiler olabilirler. Cehennemden kaçış olmayabilir ancak dar kafalılığın sınırları eğitilmiş ve donanımlı bir arabulucu tarafından beceriyle uygulanarak, makullüğün en ileri düzeyinde nabza göre şerbet verilerek değiştirilebilir. Karşılıklı özveri ya hep ya hiçten daha iyidir."

²⁵ [2012] EWCA Civ 267

Yukarıda da söylendiği üzere, Temyiz Mahkemesi'nde Halsey yaklaşımını destekleyen kararların en üst noktası PGF 11 SA ve (1) OMFS Company ve (2) Bank of Scotland PLC²⁶ davasında gerçekleşmiş ve ilk derece mahkemesi hakimi Halsey yaklaşımını kaybeden tarafın giderleri lehine uygulamıştır.

Bu davada, davacı ev sahibi davalı kiracıdan ev onarım giderlerini talep etmiştir. 9 Ocak 2012 tarihinde, duruşmadan bir gün önce, davacı davalının 11 Nisan 2011 tarihinde yaptığı £700.000 tutarındaki Kısım 36 teklifini kabul etmiştir. Bu giderler konusu haricindeki hukuki işlemleri sona erdirmiştir. Davalı davacının 2 Mayıs 2011'e kadar - Kısım 36 teklifinden 21 gün sonrasına kadar - üstlendiği giderlerin ödenmesini kabul etmiştir. Hakimin karar vermesi gereken tek konu 3 Mayıs 2011'den 10 Ocak 2012'ye kadar olan dönemdeki giderlerin ödenmesine ilişkin verilecek emirdir ("ilgili dönem").

Davacı bunun yerine bu döneme ilişkin kendi giderlerini üstlenmesi ve davalının giderlerini ödemek zorunda olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu noktada dayandığı nedenlerden birisi de davalının makul olmayan biçimde arabuluculuğu reddetmiş olmasıdır. Davacının kaybeden taraf olduğu ve davalının makul davranmadığını kanıtlama sorumluluğunu üstlenmek zorunda kaldığı kabul edilmiştir.

Genel bir yorum olarak, hakim mahkemenin yalnızca kazanan tarafın geçmişe bakarak ortaya koyduğu ve tarafın neden arabuluculuğu reddettiğine ilişkin veya arabuluculuğun neden makul bir anlaşma olasılığının olmayacağını ortaya koyan argümanlardan sakınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu tür iddialar ileri sürülmesi kolay iddialardır ve doğru veya yanlış olduğunun kanıtlanması zordur. Ayrıca, mahkemelerin arabuluculuğu teşvik etmek istedikleri açıktır. Ortada arabuluculuk veya başarılı arabuluculuk faaliyetleri gerçekleştirmenin haklı zorlukları bulunmakla beraber, bunlar ancak bu zorlukların zamanında ele alınması yoluyla çözülebilir. Hakim şunu da eklemiştir (paragraf [44]):

"Uygun koşullarda kazanan tarafın giderlerden kurtulması gibi, aynı zamanda bu tarafın arabuluculuğun önüne makul biçimde ortadan kaldırılabilecek olmasına rağmen zamanında ele alınmadığı için çözümlenememiş gerçek engeller koyulduğu durumlarda da bu giderlerden kurtulması bana göre arabuluculuğu teşvik eden politikayla uyumlu görünmektedir".

²⁶ [2013] EWCA Civ 1288, Yüksek Mahkeme Hakim Vekili olarak bulunan Kıdemli Hakim Sayın Yargıç Stephen Furst tarafından ilk derecede [2012] EWHC 83 (TCC)'de bildirilmiştir.

Hakim davalının arabuluculuğu makul olmayan biçimde reddettiğine karar vermiş ve şu noktaları ifade etmiştir:

- (i) Her ne kadar davalının makul olmayan biçimde davrandığını kanıtlama sorumluluğu davacıya yüklense de, bu gereğinden fazla zahmet gerektiren bir yük değildir çünkü gösterilmesi gereken tek şey arabuluculuğun başarılı olacağının değil, makul bir anlaşma olasılığına sahip olduğudur.
- (ii) Makul bir başarı olasılığı vardır çünkü söz konusu taraflar iyi tavsiyeler alan, deneyimli avukatların da sayesinde anlaşmaya ulaşabilecek ticari taraflardır.
- (iii) Davalının teklif edilen arabuluculuğuna cevap vermemesinden dolayı arabuluculuğu reddettiği çıkarımında bulunmak makuldür. Davacı tarafın arabuluculuk teklifini sadece yapmış olmak için yaptığını ve davalının olumlu cevap vermesi halinde arabuluculuk faaliyetine girişmeyeceğini gösteren herhangi bir delil yoktur.
- (iv) Mahkemenin arabuluculuk reddinin giderler üzerindeki etkisini değerlendirmesi gereken tarih arabuluculuğun gerçekleşeceğinin varsayıldığı tarih değil, arabuluculuğun reddedildiği tarihidir.

Bu arabuluculuğa başvurmamayı tercih eden taraflar için sağlam bir karar ve açık bir uyarıdır. Şaşırtıcı olmayan biçimde, karar temyiz edilmiştir (aslında davacı ve davalı OMFS tarafından).

Temyizin temelini oluşturan, Sayın Yüksek Yargıç Jackson'ın hukuk davalarının giderlerine ilişkin incelemesi yani Nihai Rapor, bu Rapor'da belirtildiği üzere Sayın Yüksek Yargıç Jackson'ın davetine karşılık yayınlanan Jackson AUÇ El Kitabı ve Hukuk Usul Kuralları'nda yapılan orantılılığa vurgu yapılan son değişikliklerdir. Güçlü bir Temyiz Mahkemesi'nden gelen ve Jackson incelemesini takip eden bu karar oldukça ayrıntılı biçimde ele alınmaya değerdir.

Temyiz Mahkemesi'ndeki kararı veren Sayın Yüksek Yargıç Briggs, paragraf [1]'de şöyle demiştir:

"Bu temyiz prensip gereği ilk defa şu soruyu ortaya çıkarmıştır: Taraflardan birinin diğer tarafın bir alternatif uyuşmazlık çözümü ("AUÇ") sürecinde yer alması için yaptığı davete herhangi bir biçimde cevap vermeyi reddettiği bir durumda mahkemenin nasıl bir karşılık vermesi gerekir?"

Bizzat Halsey davasında ve ardından gelen davalarda, taraflardan birinin diğer tarafa reddini açık biçimde ifade ettiği durumlarda diğer tarafın dava giderlerini üstlenmesi gerektiği argümanı ileri sürülmüştür. Temyiz Mahkemesi, paragraf [22]'de, Halsey kararında ortaya konulan ve temyizde tartışılmamış olan ilkeleri özetlemiştir.

Halsey ilkelerine getirilen genişletmelerin gerekçelerinin Temyiz Mahkemesi'nde belirtilen aşağıdaki faktörler ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir:

- (i) Uyuşmazlık çözümünde arabuluculuğun algılanan başarı düzeyleri;
- (ii) Jackson'daki dava giderleri ile tehlikede olan şeyin değeri arasında bir orantılılığa ulaşma konusuna odaklanma ve "hala yeterli düzeyde anlaşılmamış ve yeterince kullanılmamakta" olan bir uyuşmazlık çözümü süreci olarak AUÇ'ye verdiği destek;
- (iii) Hukuk davalarının yürütülmesi için verilen devlet kaynaklarını etkileyen sınırlamalar ve mahkeme süreci ve kaynaklarının yalnızca ihtiyacı olan uyuşmazlıklara orantılı biçimde yönlendirilmesini sağlama ihtiyacı, ve tarafların sorumluluk sahibi biçimde davranmaları ve sürecin orantılı bir maliyetle adil bir anlaşmaya varma konusunda makul bir olasılık sunduğu durumlarda AUÇ'ye başvurma ihtiyacı. Bu bağlamda: "Tarafların durumun uygunluğu çerçevesinde mahkemenin aktif müdahalesi olmaksızın birbirleriyle iletişime geçebildikleri ve geçmeleri gereken durumlarda tarafları güçlü bir teşvikle AUÇ'ye yönlendirmek kaynak israfıdır."

Jackson AUÇ El Kitabı 2013 yılında, Kıdemli Hakim Sayın Furst'ün kararından sonra, fakat dava Temyiz Mahkemesi'ne gitmeden önce yayınlamıştır.

El Kitabı'nda Bölüm 11, paragraf 11.56'da, editörler tarafların mahkemenin yaptırımlarından kaçınmak için atması gereken uygulamalı adımlara ilişkin aşağıdaki tavsiyeleri sunmuşlardır:

1. AUÇ'ye başvurma yönünde bir teklifi görmezden gelmeyin. Cevap vermemek muhtemelen doğrudan reddetme olarak algılanacaktır.
2. Hızlı biçimde, yazılı olarak cevap verin ve AUÇ'nin uyuşmazlığın veya işlemlerin bu aşamasında neden uygun olmadığına dair açıkça anlaşılır ve tam nedenler sunun. Verilen nedenler, mümkünse, Halsey davası ve ardından gelen davalarda ifade edilen ilkeler ışığında gerekçelendirilmelidir...
3. Eğer o sırada girilen başarılı bir AUÇ sürecinin önündeki engel delil veya bilgi eksikliği ise, bu durum uyuşmazlığın diğer tarafıyla yazılı olarak gözden geçirilmeli ve bu delilin veya bilginin AUÇ süreci sırasında veya bu sürecin öncesinde elde edilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir...
4. AUÇ girişiminde bulunma teklifine verilen cevaplar dikkatli biçimde yazılmalıdır. Taraflardan biri o sırada AUÇ'yi reddetmek için iyi bir gerekçeye sahip olabilir, fakat verilen cevap AUÇ süreçlerinin ilerleyen zamanlarda değerlendirilmesi ihtimalini tamamen ortadan kaldıran biçimde yazılmamalıdır. AUÇ'nin hiçbir zaman denenmeyecek şekilde reddedilmesi muhtemelen makul olmayan bir davranış olarak görülecektir.

Verdiği kararda (paragraf [34] ve [371] arası), Sayın Yüksek Yargıç Briggs (Sayın Yüksek Yargıç Maurice Kay ve McFarlane de kendisiyle aynı fikirdedir) şu ifadede bulunmuştur:

"... bu mahkeme için artık AUÇ El Kitabı Bölüm 11.56'da verilen tavsiyeyi sağlam biçimde tasdik etme zamanı gelmiştir ve bu tavsiyeye göre AUÇ'ye katılma konusundaki bir teklife karşı sessiz kalmak, genel bir kural olarak, başlı başına makul olmayan bir davranıştır, öte yandan tam bir reddetme, veya teklif edilen AUÇ türünü reddetme veya teklif edilen süre zarfı için reddetme, makul temellere dayandırılarak gerekçelendirilebilir..."

Bu ifadeyle, hakim bunun genel bir kural olduğunu ve değişmez olmadığını kabul etmiştir, çünkü bazı "nadir" davalarda, AUÇ'nin çok bariz biçimde uygunsuz olduğu ve sessizliğin makul olmama olarak değerlendirilmesinin yanlış olduğu durumlar mümkün olabilir.

Buna rağmen, bu davalarda bile, bu tür bir gerekçeyi ispatlamak yine daveti alan kişinin sorumluluğundadır. Sayın Yüksek Yargıç Briggs şu şekilde devam etmiştir:

“Bana göre Halsey kararında ortaya konulan prensipler ve rehber ilkelere ilişkin gerçekleştirilen, AUÇ'ye katılma talebine karşı hızlı biçimde cevap olarak verilen gerekçeli reddetmelerle ilgili bu mütevazı genişletmenin ardında sağlam uygulama ve politika gerekçeleri vardır. Bunlardan ilki, muhtemelen aylar veya yıllar sonra ilk kez giderlere ilişkin duruşmada ileri sürülen ve davet sırasında hiç dile getirilmeyen iddia edilen reddetme nedenlerinin incelenmesinin, mahkeme ve davet eden taraf açısından özellikle geç biçimde ileri sürülen bu nedenlerin gerçek olup olmadığı konusunda hukuki zorluklara neden olmasıdır. Bu konunun hem hakim huzurunda hem de bu temyizde münazara edilme şekli bu zorlukları gösterir niteliktedir.”

“İkincisi, reddetme nedeni sunamamak tarafların AUÇ'yi düşünmesi ve tartışması, kısaca AUÇ sürecine girişmeleri konusunda teşvikin asıl amacını tahrip edici niteliktedir. Belli bir AUÇ teklifinin çok çeşitli şekillerde reddedilebilir ve bunlar ileri sürüldükten sonra ele alınabilir nitelikte olabilir.”

Genelde dava sürecinde rutin olarak karşılaşıldığı üzere, örneğin bilirkişi tanıklığında olduğu gibi, ortaya çıkan herhangi bir zorluk, aradaki sorunların çözümlenmesi veya sınırlandırılması için taraflar arasında tartışılabilir ve tartışılmalıdır. Bu, dava yönetiminde mahkemede geçirilen zamandan tasarruf etme avantajı sağlayarak AUÇ için de uygulanmalıdır ve aynı zamanda orantılılık politikasını da dikkate alır ve hem tarafların hem de mahkemenin zamandan ve kaynaklardan tasarruf etmesini sağlar.

Mahkeme taraflar arasındaki yazışmalara bakarak, davalının arabuluculuk için yapılan iki talebe karşı sessizliğinin bizzat maddi yaptırım gerektiren, yargılama sürecinde makul olmayan davranış olduğuna karar vermiştir. Halsey rehber ilkelerinin birer birer analiz edilmesine gerek olmamıştır. Davalının sessiz kalması arabuluculuğun reddedilmesi olarak varsayılmıştır. İlk derece mahkemesinde hakim reddetmenin makul olmadığına karar vermiştir ve Temyiz Mahkemesi de Kıdemli Hakim Sayın Furst'ün kararındaki [42] ve [46] paragrafları arasındaki gerekçeleri izleyerek bu karara katılmıştır.

Sayın Yüksek Yargıç Briggs tarafından dile getirilen tek tereddüt davacının, davalının cevap vermemesinin açık biçimde bir reddetme olduğu bu koşullar altında bu davranışı karşısında hiçbir şikayette bulunmamasının şaşırtıcı olduğu şeklindedir.

Duruşmada hakiminin verdiği emir, ilgili tarihler arasında davalının giderlerinin ödenmesine ilişkin tüm haklarından mahrum edilmesi yönünde olmuştur. Bu karara davalı tarafından durumun mekanik olarak değerlendirildiği ve davacının duruşma arifesine kadar davalının teklifini kabul etmemesi konusundaki sorumluluğu da dahil olmak üzere, dengeye dahil diğer unsurların değerlendirilmeden ele alındığı iddia edilerek itiraz edilmiştir. Sayın Yüksek Yargıç Briggs AUÇ'ye ilişkin bir görüşmeye katılma davetinin reddedilmesi şeklinde makul olmayan bir davranışa ilişkin bir bulgunun giderleri karşılama cezası açısından otomatik bir sonuç ortaya çıkarmadığını söylemiştir. Daha geniş çaplı bir denge kurma çabası kapsamında ele alınması gereken sadece tarafların davranışının bir boyutudur. Hakim geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve herhangi bir davada uygun emir aslında kazanan tarafın giderlerinin karşılanması hakkında tamamen mahrum bırakılması ile bir kısımdan mahrum bırakılması arasında değişebilir.

Sayın Yüksek Yargıç Briggs kendisine kalsa davalının ilgili dönemdeki giderlerinin karşılanmasına ilişkin hakkının tamamından mahrum bırakılması değil bu giderlerin sadece bir kısmının karşılanması yönünde bir emir vereceği görüşündedir. Fakat takdir yetkisinin hakime ait olmasından ve bu takdir yetkisinin geniş olmasından dolayı, mahkeme davalının tüm giderlerinin karşılanmasından mahrum edilmesi emrine müdahale etmemiştir ve bu emir hakim tarafından belirtilen "ciddi anlamda makul olmayan" davranışlara karşı verilecek uygun karşılıklar aralığı içinde yer almaktadır.

Her ne kadar prensipte mahkeme kazanan tarafa kaybeden tarafın tüm giderlerini karşılama emri verebilse de, bu tür acımasız bir yaptırım yalnızca en ciddi ve en aşıkâr AUÇ'ye katılmama durumlarına, örneğin mahkemenin tarafları bu doğrultuda bizzat teşvik ettiği ve bu teşvikin dikkate alınmadığı durumlara saklanmalıdır.

Mahkemeler diğer tarafın giderlerini karşılama taleplerinin bulunduğu çeşitli davalarla uğraşmışlardır.²⁷

²⁷ Bölüm 7'deki tartışmaya bakınız

Sıklıkla ve kaçınılmaz olarak bu davalar somut olgulara özgüdür. Temyizden önce PGF'de karara varılan Swain Mason vd. ve Mills & Reeve (bir Firma),²⁸ davasında, Temyiz Mahkemesi davalı firmanın (M) talep konusunda arabuluculuğu reddederek makul olmayan biçimde davrandığını tespit ederek ilk derece mahkemesindeki hakimin giderlere ilişkin kararını bozmuştur. Kısmen M'nin arabuluculuğu reddetmesi nedeniyle davacıların (C) M'nin dava giderlerinin yalnızca %50'sini ödemelerini emretmiştir. Temyiz Mahkemesi taraflardan birinin makul biçimde hiç şüphe götürmez bir talebe sahip olduğuna inandığı durumlarda, bazı nedenlerden dolayı müdafaa başarı olamasa bile, bunun arabuluculuğu reddetmek için makul bir neden olabileceğini ifade etmiştir. Temyiz Mahkemesi C tarafından M'nin arabuluculuğu reddetme konusunda makul olmayan biçimde davrandığının gösterilmediğini ileri sürmüş ve C'nin M'nin giderlerinin %60'ını ödemesini emretmiştir.

Dava sürecinin çeşitli aşamalarında C arabuluculuğu veya başka AUÇ türlerini teklif etmiştir. Hakim de ara duruşmalarda tarafların arabuluculuğu düşünmesini önermiştir. Fakat her seferinde M talebin dayanaksız olduğunu ifade ederek arabuluculuğu reddetmiştir. Ancak, talebin geri çekilmesi durumunda "çekilmeyi" ve giderlere ilişkin müzakerede bulunmayı kabul etmiştir (bir Kısım 36 teklifine karşılık olarak). Bu noktaya kadar, fakat sonrası için geçerli olmamak üzere M hareket etmeye hazırdır.

Temyiz Mahkemesi Halsey kararına atıfta bulunarak tarafların arabuluculuğa katılma konusunda mecburiyetleri olmadığını belirtmiştir. Özellikle taraflardan birinin şüphe götürmez bir talebe sahip olduğuna makul biçimde inandığı durumlarda, bunun arabuluculuğu reddetme konusunda yeterli bir neden olabileceği belirtilmiştir. Belirtildiği üzere, durumun bu şekilde olmaması halinde, taraflardan birinin dayanaksız bir talebe ilişkin olarak anlaşmaya varılması için diğer tarafı maddi yaptırımla tehdit etmesi şeklinde gerçek bir risk vardır.

Swain davasında, "temel sorunun hala kaybeden tarafın kazanan tarafın arabuluculuğu reddetme konusunda makul davranmadığını gösterip göstermediği olduğu" söylenmiştir. Bu yorumu yapan Sayın Yüksek Yargıç Davis, görülmekte olan davada bu durumun gösterilmemiş olduğuna karar vermiştir.

İlk derece mahkemesinde dayanak olarak alınan mevzulardan birisi arabuluculuğun denenmesi ve başarılı olması halinde çok taraflı itibar kaybı riskinin önlenebileceğidir fakat Sayın Yüksek Yargıç Davis aksine bir görüş ifade etmiştir:

²⁸ [2012] EWCA Civ 498

“Bazı durumlarda anlaşmaya varılmış mesleki bir kusur da itibar kaybına neden olabilir. Bazı meslek mensubu davalılar, tamamen makul biçimde, hukuki işlemler başladığında kamuya açık biçimde duyurulacak taleplere ilişkin kendilerini duruşmada kamuya açık biçimde aklamak isterler. Bu onlar için önemli bir mevzudur. Genel olarak, bu tür davalardaki davacıların hakim tarafından belirtilen bu tür bir değerlendirmenin pazarlık pozisyonlarını güçlendirebileceğini düşünme konusunda teşvik edilmeleri talihsiz bir durum olacaktır.”

Mahkeme aynı zamanda M'nin arabuluculuğu reddetmesinin “uzlaşmaz” bir davranış olarak tanımlanmasının da doğru olmadığını belirtmiştir. Bu davanın gidişatında “(pek çok davanın aksine) yükümlülük konusunun tekrar değerlendirilmesini gerekli kılacak hiçbir değişiklik olmamıştır. Arabuluculuğun makul biçimde reddedilmesi, bu tutumun geçerli bir gerekçeyle ısrarla sürdürülmesi nedeniyle makul olmayan bir hale gelmez.”

Swain davasında Temyiz Mahkemesi'nin davanın kendine özgü koşullarını vurguladığı açıktır, bunlar özellikle talebin dayanaksız olduğuna ilişkin haklı kesin inanç ve M'nin duruşmada yükümlülük konusunda kendisi aklama arzusu ve ortaya çıkacak mesleki itibarla ilgili nedenlerdir.

Bu davanın davalıları temsil eden avukatlar tarafından, özellikle mesleki kusur davalarında, müvekkillerinin esasa dayalı sağlam bir davaya sahip olduklarına inandıkları durumlarda arabuluculuğun reddini destekleme amacıyla kullanıldığına dair öyküsel kanıt vardır. Kararın, belirli bazı olgular-spesifik durumlara ilişkin olarak Temyiz Mahkemesi'nin arabuluculuğu reddeden tarafın giderleri konusunda daha anlayışı olabileceğine işaret ettiği tartışılmaktadır.

Eğer dava avukatları Swain davasında Temyiz Mahkemesi'nin başka yola saptığını ve arabuluculuğu reddeden taraflara yeni bir teşvik verdiğini düşünüyorlarsa bu konuda haksızlar. Aslında, Temyiz Mahkemesi Halsey kararında sunulan şu rehberliği izlemekten ne azını ne fazlasını yapmıştır:

“[18] ...Taraflardan birinin makul olmayan biçimde talebinin şüphe götürmez olduğuna inanması arabuluculuğu reddetmesi için bir gerekçe olamaz. Fakat bu tarafın makul biçimde talebinin şüphe götürmez olduğuna inanması arabuluculuğun reddedilmesi için yeterli bir gerekçe olabilir.”

Phillip Garritt-Critchley & Ors ve Andrew Ronan ve Solarpower PV Ltd,²⁹ davasında, Sayın Yargıç Waksman, Yüksek Mahkeme'nin bir hakimi olarak, arabuluculuğun reddedilmesine karşı bir yaptırım olarak tazminat ödenmesine karar vermiştir. Bu davada, davalılar "mevcut noktada tarafların birbirlerinden çok uzak olması" nedeniyle herhangi bir anlaşma faaliyetine girme konusunda hazır olmadıklarını açıkça belirtmişlerdir. Neden göstermeleri istendiğinde, davasının başarılı olması yönünde makul bir olasılık olmadığını düşündüklerini ve dolayısıyla davalının arabuluculuğu reddetmesinin tamamen makul olduğunu söylemişlerdir. Davacı bütün dava süreci boyunca davacıdan gelen hep aynı cevapla sonuçtan "aşırı derecede emin oldukları" konusunda ısrar etmiştir.

Özetle, bu davadaki sorunlar, bağlayıcı bir anlaşmaya varılıp varılmadığı, ve varılmış ise, tazmin kararına ilişkin miktar sorunu idi, yani temelde olgusal sorunlar idi. Sayın Yargıç Lightman'ın Hurst ve Leeming davasındaki yorumunu şu ifadeyle tasdik etmiştir: "Taraflardan birinin şüphe götürmez bir talebe sahip olduğuna inanması aynı şekilde arabuluculuğun reddi için bir gerekçe değildir. Bu dava taraflarının pek çoğunun düşünce yapısıdır."

Tarafların birbirine çok uzak olduğuna dair argümana ilişkin olarak, hakim şu yorumda bulunmuştur: "Taraflar beraber oturup anlaşma ihtimalini incelemeyen gerçekten birbirlerine uzak olup olmadıklarını bilemezler. Eğer çok uzaksalar zaten arabulucu bunu arabuluculuğun ilk saati içinde söyleyecektir. Benim deneyimime göre bu çok nadiren olmaktadır." Davalılar davacının başvurusuna karşı koymak için bir dizi Halsey sebeplerine dayanmaya çalışmışlardır fakat bunların hepsi hakim tarafından reddedilmiştir. Bu sebeplerden birisi talepte anlaşmaya varılması için teklif edilen £10.000 tutarındaki nihai teklife karşılık arabuluculuk giderlerinin orantısız biçimde yüksek oluşudur. Arabuluculuğun tek bir günü bu teklif kadar bir miktara mal olabilmektedir. Hakim bu argümanı, doğru karşılaştırmanın teklifle değil yargılama giderleriyle yapılması gerektiğini söyleyerek reddetmiştir.

Tarafların sonuçtan, muhtemelen yükümlülükten veya daha olası olarak miktardan emin olacakları az sayıda dava olacaktır. Mahkemeler ve aslında HUK hala güçlü biçimde tarafları dava süreci sırasında veya uygun olduğu hallerde hukuki işlemler başlamadan önce arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik etmektedir ve makul olmayan şekilde reddetmeleri halinde muhtemel maddi yaptırımlar uygulamaktadır.

²⁹ [2014] EWHC 1774

Sir Anthony Clarke'ın Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı olduğu sırada da dediği gibi, taraflar arabuluculuk sürecinde düzgün biçimde yer alarak mahkemeye asıl ağır basan amacı geliştirme konusunda destek sağlamalıdır.

Sayın Yargıç Waksman de, diğerlerinin yanı sıra, Sayın Yüksek Yargıç Ward'ın (Halsey hakimlerinden biri) aşağıdaki koşullarda arabuluculuğun değerini vurguladığı başka bir Temyiz Mahkemesi davasındaki hükme atıfta bulunmuştur:

“Bir arabuluculuk faaliyetinin başlangıç süreçlerinin yazışmalarda olduğu kadar agresif biçimde birbirlerinden uzak olması olasıdır, fakat kimse deneyimli bir arabulucunun yuvarlak masaya getirebileceği yeni dinamiği küçümsememelidir. Arabulucu en yola getirilemez durumları olası hale getirebilme konusunda sessiz bir marifete sahiptir. Bu iyi arabuluculuk sanatıdır ve arabuluculuğun teklif edildiğinde neden geri çevrilmemesi gerektiğinin kanıtıdır.”³⁰

Sayın Yargıç Waksman, PGF davasına atıfta bulunarak şu kararı vermiştir:

“Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı tüm uygulayıcılar için bariz bir öneme sahiptir. Eğer taraflardan birinin arabuluculuk faaliyetine girmemeye karar vermesi gerekirse, bu açıkça anlaşılır olmalıdır ve nedeni yazılı olarak kesin biçimde belirtilmelidir. Özellikle, eğer durum böyleyse, verilen cevap arabuluculuğun neden makul bir başarı olasılığına sahip olmadığını düşünüldüğünü açıklamalıdır. Arabuluculuğa makul bir başarı umudu verebilecek bilrkişi raporlarının veya tarafın görüşlerini değiştirebilecek diğer bilgilerin yetersiz düzeyde açıklanması veya bunlara duyulan ihtiyaç gibi faktörler üzerinde ciddi biçimde düşünülmelidir ve uygun bir zamanda arabuluculuğa başvurulması konusunda açık fikirli olunmalıdır. Asla bir arabuluculuk teklifi görmezden gelinmemelidir çünkü bu muhtemelen arabuluculuğun reddedilmesi olarak kabul edilecektir ve bu reddetmenin daha geç aşamalarda gerekçelendirilebilmesi ihtimali gerçekten düşüktür.”

Halsey kararındaki ilkelerin özünün genel olarak PGF davasında sorgulanmamasına rağmen, bunun bu ilkelerin uygulanabilirliğine ilişkin süren tartışmanın, özellikle de mahkemelerin “güçlü biçimde” arabuluculuğu teşvik etmesi konusunun sonunu temsil ettiği düşünülmemelidir.

³⁰ Gaith ve Indesit Company UK Ltd [2012] davası EWCA Civ 642

Akabinde Sayın Yüksek Yargıç Ward, Colin Wright ve Michael Wright Supplies Ltd ve Turner Wright Investments Ltd,³¹ davasında, belki de Halsey kararında "kural" olarak ifade ettiği ve kısmen sorumlu olduğunu kabul ettiği Sayın Yüksek Yargıç Dyson'ın kararındaki paragraf [9]'daki ifadenin tekrar gözden geçirilme zamanının geldiğini ileri sürmüştür:

"Bize göre gerçekten isteksiz olan tarafları uzlaşmazlıklarını arabuluculukla çözme konusunda zorlamak bu tarafların mahkemeye erişme haklarına getirilen kabul edilemez bir engel olabilir."

Bu kararda yer alan paragraf [3]'te, Sayın Yüksek Yargıç Ward, bazılarının tartıştığı üzere, kararın bu kısmının hakimnin görüşü olup olmadığını ve HUK 26.4(2)(b)'nin mahkemenin inisiyatif kullanmasına izin verip vermediğini sorgulamıştır:

"Ne zaman arabuluculuğu denemek amacıyla durdurmanın emredilmesi; ve bu emrin, AUÇ'nin makul olmayan biçimde reddedilmesi halinde hukuki giderler bakımından sonuçları olacağı uyarısının olması; ki Halsey kararında açıkça belirtilmiş ve titiz biçimde uygulanmalıdır? Eğer taraflar mahkeme eşiğinden geçmek için bir süre beklemek zorunda kalıyorlarsa, durdurma emri gerçekten tarafların mahkemeye erişme haklarına karşı "kabul edilemez bir engel" midir? Belki cesur bir hakim çıkar ve bu sorulara ilişkin karar alma davetini kabul eder ve mahkemeler bu alanda son 10 yılda ortaya konulan gelişmeler ışığında Halsey kararına yeniden bakarlar."

Dava ve gider yönetimi konusunda mahkemelerin yetkilerinin genişletilmesi bağlamında, dava sürecindeki orantılılık ihtiyacına da vurgu yapılarak, PGF yalnızca Halsey ilkelerinin genişletilmesi açısından değil, aynı zamanda mahkemelerin arabuluculuğu teşvik etme konusunda daha proaktif olmalarını sağlama açısından ilk adım olabilir, fakat bunu zorunlu kılarak değil, en azından tüm mahkemelerde arabuluculuğa otomatik olarak atıfta bulunarak yapabilirler. Taraflar hala arabuluculuğu reddedebileceklerdir, fakat bu durumda diğer tarafın giderlerini karşılama riski ile de karşı karşıya kalabileceklerdir.³²

³¹ [2013] EWCA Civ 234

³² Aynı zamanda Bölüm 7'ye ve Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] [2015] davasına bakınız EWHC 371(QB) (19 Şubat 2015)

Arabuluculuğun Faydaları

Sonuçların genellikle gizli kalmasından dolayı arabuluculuğun etkinliğine ilişkin bilgiler ve rakamlar kısıtlıdır. Bazı davalarda hem uyuşmazlık hem de arabuluculuğun varlığı da gizlidir - bu da faydalarından biridir. Arabuluculuğa katılan kişilerin paylaştığı öyküsel kanıtlar arabuluculuğa konu olan davaların büyük bir kısmında arabuluculuk randevusu sırasında anlaşmaya vardığını, ayrıca kayda değer bir oranının da görüşmelerden sonra anlaşmayla sonuçlandığını ortaya koyar. Örneğin, Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi ("CEDR") İnternet sitesinde merkeze başvuran davaların %70'inde anlaşmaya varıldığını bildirir. Arabuluculuk sektörü sıklıkla - yine öyküsel olarak - %85'e çıkan bir başarı oranına sahip olduğunu iddia etmektedir.

Gerçekte ne düzeyde olursa olsun, arabuluculuk aynı zamanda, başarı oranı ve de potansiyel maliyet düşüşü kapsamına ek olarak, müvekkilinize süreci anlatmanız istendiğinde farkında olmanız gereken başka faydalar da sunar. Bu faydalar, ancak geleneksel dava süreçleri ve genelde AUÇ ve özelde arabuluculuğun karşılaştırılması ile en iyi şekilde görülebilir.

Dava süreci resmidir. Taraflara, genellikle birinin kaçınılmaz biçimde sonuçtan memnun olmadığı, hatta genelde ileri düzeyde hoşnutsuz kaldığı bağlayıcı bir çözüm dayatır. Hukuki giderler rejimi kazanan tarafın bile memnun olmasının önüne geçebilir. Süreç uyuşmazlığa ilişkin tarafların kontrolünü ellerinden alır, öncelikle avukatlara daha sonra da mahkeme idaresine ve yönetim sistemine verir. Mevzuları tamamen yasal bağlamda, kamuya açık şekilde ele alır ve kişilerin uyguladığı veya uygulayamadığı önceden belirlenmiş sabit hukuki çareler sunar. Yavaştır, pahalıdır ve ilişkileri tahrip eder.

Buna karşın AUÇ/arabuluculuk gayriresmi (yapılandırılmış olsa bile) ve oldukça esnek bir prosedürdür ve dayatılan çözümleri yoktur - kısmen yaratıcı sorun çözücülere uygundur. Daha iyi ve daha esnek sonuçlar verir çünkü kontrol doğrudan karar vericiler olarak tarafların elindedir. Anlaşmaya varılsa da varılmasa da, nispeten hızlıdır ve yine nispeten ucuz ve bağımsız bir süreç olabilir. Bu yönetim zamanından tasarruf sağlar. Özeldir ve gizlidir. Ayrıca bir dinamik olarak aktif biçimde yenilenmeyi ve barışmayı teşvik eder çünkü ilişkileri iyileştirmek için tasarlanmıştır. Dava süreci hata bulmayı ve suçlamayı amaçlar. Arabuluculuk bunu yapmaz. Bu da arabuluculuğu tarafların ister bir iş bağlamında, ister komşular olarak veya başka türlü bir yakın kişisel ilişki veya fiziksel yakınlık sınırları içinde olsun, gelecekte de iş ilişkilerini ve etkileşimlerini sürdürecekleri durumlar için özellikle çekici bir yol haline getirir.

Halsey kararında Sayın Yüksek Yargıç Dyson da arabuluculuğun avantajlarını tanıtmaya fırsatı bulmuştur:

“Arabuluculuğun mahkeme süreçlerine kıyasla çeşitli avantajlarının olduğunun farkındayız. Genellikle nihai karara kadar giden dava sürecinden daha ucuzdur. Arabuluculuk dava taraflarına dava sürecinde sunulandan daha geniş bir aralıkta çözümler sunar: Örneğin bir özür; bir açıklama; belki yeni koşullar çerçevesinde mevcut profesyonel veya iş ilişkilerinin sürdürülmesi; ve taraflardan birinin mevcut bir yasal bir zorunluluk olmadan bir şeyleri yapmayı kabul etmesi.”³³

AUÇ, ve özellikle arabuluculuk kalıcı bir uygulamadır. Tüm dava avukatları birer danışman rolü üstlenebilmek için arabuluculuğun ilkeleri ve uygulamaları hakkında temel bilgi sahibi olmalıdırlar. Danışmanlar olarak, dava avukatları hukuki işlemler başlamadan önce ve bu işlemler sırasında hangi davalarda arabuluculuğun uygun olduğunu belirleyebilmeli ve arabuluculuk sürecini müvekkillere ve diğer hukuk mesleği mensuplarına açıklayabilmelidirler. Taraf vekilleri olarak ise, davaları müvekkillerinin menfaatlerini en iyi şekilde yansıtacak biçimde arabuluculuğa hazırlayabilmeli, müvekkillerinin davalarının mümkün olan en etkin şekilde temsil edilmesini sağlayacak stratejiler hayata geçirebilmelidirler. Arabuluculukta kullanılan muhalif yaklaşım dava süreçlerinde kullanılandan çok farklıdır. Avukatlar buna karşı çıkmamalı, aksine arabuluculuk sürecinin dava yönetimi ve çözümlenmesi konusunda meşru ve rutin bir yöntem olarak sunduğu değer farkında vormalıdırlar.

³³ a.g.e. @[15]

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 1

TARAF VEKİLİNİN ARABULUCULUKTAKİ ROLÜ

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 1

TARAF VEKİLİNİN ARABULUCULUKTAKİ ROLÜ

1.1 Taraf Vekilinin Arabuluculuktaki Rolü: Çağdaş Hukuk Piyasasının Taleplerini Karşılama

Son 25 yılda, arabuluculuğun İngiltere ve Galler’de gösterdiği büyüme, mahkemeler ve yaygın biçimde sigorta sektörü tarafından teşvik edilmiş, ticaret tarafından tanınmış, ileri fikirli uygulayıcılar tarafından kabul görmüştür. Böylece arabuluculuk varlığından ve çok yönlülüğünden haberdar olan kullanıcılar için dava sürecine karşı güvenilir bir alternatif haline gelmiştir. Süreç hala yavaş ve adım adım ilerlemektedir. Fakat hükümetin hukuk davalarına ayırdığı fonda yaptığı büyük kısıntı, dava taraflarının ödediği dava harçlarındaki muazzam artış, davaların yargıya getirilmesi için üstlenilen yüksek giderler ve Woolf ve Jackson Reformları’ndan sonra ortaya çıkan giderlerin karşılanmasına ilişkin belirsizlik karşısında, uyuşmazlık çözümü alanında çalışan kişiler makul biçimde arabuluculuk sektöründe önemli artışlar ve kamuda da arabuluculuğa ilişkin bir farkındalık bekleyebilirler. Bir ürün olarak arabuluculuğa karşı uzun zamandır beklenen talep artışı, mantıken, yakın bir zamanda karşımıza çıkacaktır.

Arabuluculukta Taraf Vekilliği için Eylem Gerekçesi

Uygulayıcıların farkında olduğu üzere, arabuluculuk hizmetleri pazarı yavaş gelişme göstermiştir; ki bu hükümetlerin, yargı sistemlerinin, tüketici gruplarının ve akademisyenlerin bu sürecin maliyet ve zamandan tasarruf, gizlilik, katılımcıları güçlendirme, sonucun kontrol edilebilmesi ve esnekliği ve itibarın ve ilişkilerin korunması açılarından uygulamadaki faydalarını kabul ettiği durumlarda bile geçerlidir. Arabuluculuk bilgili kişiler tarafından iş ve diğer alanlardaki uyuşmazlıkların çözümü için daha iyi, daha verimli ve sosyal açıdan daha birleştirici bir yol olarak görülmektedir.

Peki, neden bu sektörün bir pazar olarak olgunlaşmasını sağlamak için gereken köklü gelişmeyi ileri götürecek bu tür bir kullanıcı talebi hala yoktur? Neden arabuluculuğun en azından küçük alacaklı davalar için mahkemeler tarafından zorunlu kılındığı yargı yetkisi alanlarında bile, arabuluculuğun kabul edilmesi ve sunduğu olumlu deneyim hukuk davalarında bir değişim yaratmak için karşı konulamaz bir ivme yaratmamıştır?

Bu soruya cevap veren üç unsur olduğu görülmektedir:

- Neyin gizli bir süreç olduğuna ilişkin piyasayı bilgilendirmek,
- Arabuluculuğun tanıtılması için medyadan destek almak; ve
- Uyuşmazlıkların bekçilerinin sürece karşı gösterdikleri direncin üstesinden gelmek - ki bunlar genellikle kesilmiş bir dava sürecinin kazançlarını düşüreceklerinden korkan avukatlardır; ve bu özellikle hukuki hizmet kullanıcılarının zaman veya maliyet üzerinde kontrol sahibi olmadıkları yargı yetkisi alanlarında geçerlidir.

Arabuluculuk sektörü ilk iki husus hakkında kendisini zorlayabilir. Üçüncü husus ise tüm paydaşlara açıklama yapmayı, ikna etmeyi ve arabuluculuk taraf vekilliği için eylem gerekçesini kabul etmeyi gerektirir. Bir noktaya kadar, yapılan bu çalışmanın amacı budur - arabuluculuk alanında uzmanlık sahibi olmanın getireceği ticari faydalara ilişkin farkındalığı artırmak. Çünkü tarafları arabuluculukta temsil etme konusunda profesyonel hizmet sağlayıcılar sürecin muhtemelen anlaşmayı etkileme ve tarafların ilgilerine ve ihtiyaçlarına uygun olarak bir hakimin veya hakemin sunabileceğinden daha arzu edilebilir bir sonucu çok daha az riskle sunma konusunda başarılı olacağını anlarlar. Uygulayıcı/müvekkil ilişkisi gelişecektir. Tatmin olmuş ve mutlu bir müvekkil bir profesyonelin tekrar iş alabilmesi açısından sahip olduğu en değerli varlıktır ve işiniz ve sektörünüz için bedava bir pazarlama aracı içerir - dolayısıyla pazarınızı iki türlü genişletir.

Arabuluculuk taraf vekilliği için eylem gerekçesi de istek uyandırıcı niteliktedir çünkü şunlara vesile olur:

- Yenilik ve liderlikte kamudaki itibarın artması
- Dava süreçleriyle ve başkalarının talihsizliklerinden para kazanma durumuyla ilişkilendirilen olumsuzluklar yerine, müvekkiller, satıcılar ve diğer paydaşların sahip olduğu olumlu algıları destekleme
- Giderlerin kısılmasının sahip olunan değerlerle bağlantılı olduğuna dair açıkça anlaşılır bir mesajın verilmesi, ve

- AUÇ hizmeti sağlayıcılar ve danışmanlarının uyuşmazlıkları makul koşullarla mümkün olan en hızlı ve maliyet-etkin biçimde çözmek amacıyla stratejiler geliştirmeleri yönündeki müşteri beklentilerini karşılamak.

Dolayısıyla, dava giderlerinin azaltılması, iş için kısa dönemli bir kayıp olmak yerine sağlam müvekkil ilişkilerinin geliştirilmesi için arzu edilen bir amaca dönüşmüştür. Bu durumun bağımsız araştırmalar tarafından da desteklendiği görülmektedir:-

Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü büyük ölçekli işletmelerin uyuşmazlık çözümü stratejilerine karşı yaklaşımlarını inceler ve şu sonucu gösteren veriler yayınlamıştır: “uyuşmazlık-odaklı” olarak bilinen şirketler (yani uyuşmazlık çözümü yaklaşımlarında sistematik ve düşünceli davrananlar) sonuna kadar dava süreci sürdüren şirketlere kıyasla daha yüksek Fiyat/Kazanç oranlarına sahip olma eğilimi göstermektedirler.

29 Ekim 2014 tarihinde IMI tarafından uluslararası kuruluşlar ve geniş bir yelpazede küresel paydaşlar için Londra’da Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünün Geleceğini Şekillendirmek başlıklı etkileşimli bir kongre düzenlenmiştir. Bir dizi temel hususta 20’den fazla ülkeden 150’den fazla delege etkileşimli teknolojiyi kullanarak oy vermişlerdir. Toplanan veriler arabuluculuk pazarındaki kullanıcı taleplerini göstermiş ve uyuşmazlık taraflarının bekledikleri ve ihtiyaç duydukları şeyler ile an itibarıyla danışmanlar, hizmet sağlayıcı kuruluşlar, uygulayıcılar, eğitmenler ve politika yapıcılarının sundukları arasında önemli boşluklar olabileceğini ileri sürmüştür.

Arabuluculuk kullanıcıları bu sürecin faydalarının farkındadırlar ve önem sırasına göre bunları şu şekilde ifade ederler:

1. Belirlilik: Riskin azaltılması ve sonuçların kontrolü
2. Giderler: Giderlerin kısılması
3. Etkinlik: Uyuşmazlığın temel konularına odaklanma
4. İlişkiler: Mümkün olduğu yerlerde çatışmaların artmasını önlemek ve ilişkileri korumak
5. Hız: Mümkün olan en hızlı sonuca ulaşmak
6. Sonuçlar veya kararların uygulanabilirliği
7. Gizlilik

Herhangi bir pazarda, başarılı bir hizmet sağlayıcı müşterilerinin ne istediğiyle ilgilidir ve bu isteklerini karşılar. Yine de arabuluculuk hala yeterince kullanılmamaktadır ve bunun temel nedeni taraflardan birinin bu süreci bilmemesi veya bu konuda deneyim sahibi olmaması veya harici hukuki veya diğer alanlardaki danışmanların arabuluculuğu yeterli sıklıkla tavsiye etmemeleri veya ilk çare olarak sunmamalarıdır.

Dolayısıyla eğitimli arabuluculuk taraf vekilleri pazar liderleridir ve ileriye düşünen kimselerdir. Müvekkillerini hata veya suç yüklemeyen, geriye değil ileriye bakan ve müvekkillerin ihtiyaçları doğrultusunda sorunları çözmeye odaklanan bir sürece dahil ederler. IMI verileri bir şirketin AUÇ'yi ne kadar etkili kullandığını etkileyen en önemli unsurların, karar verme süreçlerinde bilinçli olması gereken kişiler olan kurum içindeki avukatların becerileri ve yaklaşımı, şirketin üst düzey yöneticilerinin bilgisi ve yaklaşımı ve dışarıdan gelen avukatların yaklaşımı olduğunu ortaya koymaktadır. Arabuluculuk taraf vekilleri bu kişilerin eğitmenleridir ve çatışmadan kaçınma ve uyuşmazlık stratejisi alanlarında yönetim danışmanları olabilirler ve ciddi anlamda tasarruf ve işletme etkinliği sunabilirler.

Arabuluculuk taraf vekilleri aynı zamanda uygun, yetkin, karşılıklı olarak kabul edilebilir bir arabulucu seçerek ve görevlendirerek arabulucular arasında iş dağılımını da kontrol edebilirler. Çok yönlü fakat pahalı yargı yetkisi alanlarında veya etkili süreçlerin olmadığı gelişmekte olan ülkelerde, arabuluculuk taraf vekilleri katma değer sunarak adalete erişim sağlarlar – ki bu modern dünyada AUÇ için kilit bir roldür.

Bu bağlamda, SCMA bu yeni profesyonel iş alanına girebilmek veya mevcut işinize¹ eklemek için IMI'nin kendi uluslararası tanınmış standartlarını tamamlamak ve izlemek üzere arabuluculuk taraf vekilliği için asgari kriterleri, becerileri ve yetkinlikleri belirlemiştir. Bu kriterler Avukatlık Eğitim Konseyi, Baro Standartlar Kurulu, Avukatlar Düzenleme Kurulu, RICS (Kraliyet Yeminli Kadastrocular Enstitüsü), ICAEW (İngiltere ve Galler Yeminli Muhasebeciler Enstitüsü), CIARB (Birleşik Hakemler Kurumu) ve diğer kurumlar tarafından kıyaslama ölçütü olarak tanınması umulan gönüllü yetkinlik kriterlerini oluşturur.

Arabuluculuğun Gelişimi

İlk ortaya çıktığında esnek, prosedür içermeyen (ve bir noktaya kadar, avukatları da içermeyen) düzenlenmeyen bir uyuşmazlık çözümü yöntemi olması amaçlanan arabuluculuk, son on yılda ve ötesinde arabuluculuğa devletin destek vermesi ve finanse etmesi ile birlikte giderek daha çok hukuksallaştırmaya maruz kalmıştır.

¹ Bkz. Ek V

Mahkemeler arabuluculuk hükümlerinin uygulanabilirliği,² sürece atfedilen gizlilik ve imtiyazın kapsamı,³ arabuluculuk yoluyla varılan anlaşma tutanaklarının uygulanabilirliği,⁴ işlerin ters gittiği durumlarda katılımcıların ve taraf olmayan kişilerin yükümlülükleri,⁵ arabuluculuk taleplerini makul olmayan biçimde görmezden gelen⁶ veya katılmayı reddeden⁷ taraflar için maddi yaptırımlar kullanılması suretiyle devam eden müdahaleleri ve arabuluculuğun ödeme aczi gibi yeni alanlarda kullanılması ve özellikle tasfiye sürecinin önlenmesi için erken aşamada kullanılması⁸ konularını alacaklılar açısından daha iyi sonuçlara ulaşma amacıyla incelemekle meşgul olmuşlardır. Dolayısıyla arabuluculuk uygulayıcısı en azından sayısı giderek artan arabuluculuk süreciyle bağlantılı olan yetkili makamların farkında olmalıdır.

AB Arabuluculuk Direktifi'nin⁹ ve Avrupa genelindeki arabuluculuk uygulamalarının uyumlaştırılmasının etkisi gelecekteki yıllarda kaçınılmaz olarak arabuluculuk "sektörünün" ve hatta "mesleğinin" düzenlenmesine yol açacaktır. Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü'nün (ÇUÇ) büyümesi, tüketici uyuşmazlıklarında AUÇ teklif edilmesine ilişkin AB yasa teklifleri ve çevrimiçi uyuşmazlık çözümüne (ÇUÇ) ilişkin bir destekleyici tüzük karşısında, hacimce diğer standart hukuk davaları/ticari davalar için arabuluculuk modellerini gölgede bırakabilir. 8 Aralık 2013 tarihinde hem AUÇ Direktifi¹⁰ hem de ÇUÇ Tüzüğü¹¹ yürürlüğe girmiştir.

AUÇ Direktifi asgari kalite standartlarını sağlayan onaylanmış AUÇ kuruluşlarının kullanılmasını teşvik ederek AB'de tüketici çevrelerinde AUÇ'yi tanıtmayı amaçlar.

² Cable & Wireless Plc ve IBM United Kingdom Ltd Davası [20(2) EWHC 2059 (Comm)]; Holloway ve Chancery Mead Davası [2007] EWHC 2495 (TCC) [2008] 1 All ER (Comm) 653; Balfour Beatty Construction Northern Ltd ve Modus Coro West (Blackpool) Ltd Davası [2008] EWHC 3029 TCC; Sulmerica CIA Nacional de Seguros SA ve Ensa Engenharia SA Davası [2012] EWCA Civ 638;

³ Cumbria Waste Management ve Baines Wilson Davası [2008] EWHC 786; Farm Assist Ltd (in Liquidation) ve DEFRA (No.2) Davası [2009] EWHC 1102 (TCC).

⁴ Vedatech Corp'n ve Crystal Decision UK Ltd and Crystal Decision (Japan) KK Davası [2003] EWCA Civ 1066; Brown ve Patel Davası [2007] EWHC 625 (Ch); ayrıca bakınız: Foskett QC, David The Law and Practice of Compromise [Ödün Vererek Anlaşma Hukuku ve Uygulamaları] Thomson Sweet & Maxwell 8th edn 2015 4-37/4-50

⁵ Örn. In Re a Company [2005] EWHC 3317 (Ch)

⁶ PGF II SA ve OMFS Company 1 Ltd Davası [2013] EWCA Civ ' 288 [2014] 1 WLR 1386

⁷ Swain Mason vd. ve Mills & Reeve Davası [2012] EWCA. Civ 498; Garritt-Critchley ve Diğerleri ve Ronnan and Solarpower PV Ltd Davası [2014] EWHC 1774 (Ch); Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2015] EWHC 371 (QB)

⁸ Henry Construction Projects Ltd ve Linton Fuel Oils Ltd 9578 Davası, 2012; Lakehouse Contracts ve UPR Services Ltd Davası [2014] EWHC 1223 (Ch); In Re A Company 3177 of 2015.

⁹ 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52/AT sayılı Direktif

¹⁰ 2013/11/AB sayılı Direktif

¹¹ 524/2013/AB sayılı Tüzük

Bu özellikle, Üye Devletler'in onaylanmış AUÇ kuruluşlarının tarafsız olmalarını ve hizmetlerine ilişkin şeffaf bilgi sunmalarını, hizmetlerini tüketiciye ücretsiz veya sembolik bir ücretle sunmalarını ve şikayetleri başvurudan sonra 90 gün içinde dinlemeleri ve karara bağlamalarını sağlamalarını gerektirir. Direktif AB'de ikamet eden bir tüketicinin AB'de kurulmuş bir tacire karşı şikayetleri ile ilgili olan yerel ve sınır ötesi uyuşmazlıklarda geçerlidir. Tacirlerin tüketicilere ilişkin şikayetlerinde (ödeme talepleri gibi) veya tacirler arasındaki şikayetlerde geçerli değildir.

ÇUÇ Tüzüğü, AB Komisyonu tarafından, tarafların çevrimiçi işlemlere ilişkin uyuşmazlıklarında AUÇ süreçlerini başlatmalarına imkan tanıyan ücretsiz, etkileşimli bir İnternet sitesi kurulmasını öngörür (çevrimdışı işlemler hariçtir). Ulusal AUÇ kuruluşları şikayeti elektronik ortamda alırlar ve isterlerse yalnızca ÇUÇ platformunu kullanarak uyuşmazlığı AUÇ yoluyla çözmeye çalışırlar.

Kanun paketindeki hiçbir bölüm taraflardan herhangi birine herhangi bir şekilde zorunlu AUÇ kullanımını dayatmaz. AUÇ kuruluşlarının veya ÇUÇ platformunun kullanılması hem tüketicinin hem de tacirin rızasını gerektirir.

Ocak 2015'te, Birleşik Krallık Hükümeti tüketici şikayetlerine ilişkin uyuşmazlıklarda AUÇ planlarının uygulanmasını destekleme yönünde bir istişareden sonra, Direktif ve Tüzüğe uyma konusunda geniş kapsamlı planlar duyurmuştur. Bazıları şunlardır:

- Mevcut Tüketici AUÇ ortamındaki boşlukları doldurmak amacıyla yeni bir "artık" AUÇ planı oluşturulması;
- Birleşik Krallık'ta denetime tabi olmayan sektörlerdeki AUÇ hizmeti sağlayıcıları izlemek üzere yetkili kurum olarak Ticaret Standartları Enstitüsü'nün (TSI) görevlendirilmesi;
- AUÇ'nin 6 yıllık dönemin sona ermesinden sonra hala devam ettiği davalarda mahkeme sürecinin başlatılması için verilen standart 6 yıllık dönem kısıtlamasına 8 haftalık bir uzatma getirilmesi (Direktif'in kapsadığı uyuşmazlıklar için); ve
- İşletmelere tüketicileri AUÇ planlarının kullanılabilirliği hakkında bilgilendirmeleri yönünde getirilen yeni yasal zorunluluklar.

Üye Devletler'in 9 Temmuz 2015 tarihine kadar Direktif'in gereklerini ulusal yasalarına uygulamaları gerekmiştir. ÇUÇ Tüzüğü 6 ay sonra, 9 Ocak 2016 tarihinde otomatik olarak yürürlüğe girmiştir.

İstişare süreci, Hükümet'in Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren 70'ten fazla AUÇ programı olmasına rağmen, tüm sektörlerdeki tüm tüketicilerin bir AUÇ hizmetine doğrudan erişimlerinin olmayabileceği yönündeki ön görüşünü doğrulamıştır. Hükümet, işletmelerin başka bir AUÇ planını kullanmaya yükümlü olmadığı veya taahhüt etmediği durumlarda kullanılabilir bir 'artık' AUÇ şeması oluşturmaya karar vermiştir. Bu yeni hizmeti yalnızca tek bir sağlayıcı sunacaktır ve hizmet zorunlu olmayacaktır. Hükümet aynı zamanda tüketicilere ADR çevrelerinde dolaşırken yardım sağlayacak ve onları uygun AUÇ program(lar)ına yönlendirecek bir tüketici şikayetleri yardım masası kuracaktır.

Hükümet ÇUÇ Tüzüğü kapsamındaki yükümlülüklerini (şikayetlerini Komisyon'un ÇUÇ platformu aracılığıyla ileten tüketicilerin uyuşmazlıklarına yardımcı olmak için bir ÇUÇ irtibat noktası kurmak da dahil olmak üzere) yerine getirecek fakat ÇUÇ gereklerini bunların ötesine geçecek şekilde genişletmeyecektir. Birleşik Krallık ÇUÇ irtibat noktası yalnızca sınır ötesi AB uyuşmazlıklarına yardımcı olmakla yükümlü olacaktır. fakat belirli bir davada uygun görmesi halinde tamamen yerli davalarda da yardımcı olma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Raporun başlıca tavsiyeleri Majestelerinin Adliye ve Divanlar Servisi'nin (HMCTS) üç aşamalı bir hizmet sağlamak amacıyla Majestelerinin Çevrimiçi Mahkemesi (HM Online Court - HMOC) adında yeni, İnternet temelli bir mahkeme hizmeti kurması gerektiği yönünde olmuştur ve ilk aşama uyuşmazlık taraflarının probleminin kategorize edilebilmesi için bir çevrimiçi değerlendirme gerçekleştirilmesi ve kullanılabilir seçenekler ve çözümlerin sunulmasıdır. İkincisi ise çevrimiçi kolaylaştırıcılar sunmaktır: Bunlar İnternet üzerinden iletişim kurulan kişilerdir ve belgeleri ve beyannameleri inceleyerek taraflara arabuluculuk ve müzakere süreci boyunca yardım edeceklerdir. Gerektiği yerlerde telefonla konferans imkanları kullanılarak destekleneceklerdir. Ek olarak, otomasyona dayalı bir müzakere düzeni de olacaktır ki bunlar taraflara uzman kişilerin müdahalesi olmadan fikir ayrılıklarını çözmeleri konusunda yardım sağlayacak sistemlerdir. Sonuncusu ise Çevrimiçi Hakimler sağlanmasıdır - bunlar tam zamanlı ve kısmi zamanlı hukukçulardır ve çevrimiçi olarak, yapılandırılmış bir sürecin parçası olarak büyük ölçüde kendilerine elektronik ortamda iletilen belgelere dayanarak tamamen veya kısmen uygun davalara karar vereceklerdir; yine, ifade edildiği üzere, gerekli yerlerde telefonla konferans imkanları kullanılarak destekleneceklerdir.

Dolayısıyla, profesyonel bir taraf vekilinin arabuluculuk alanındaki çalışmaları, ticari alacak davalarında öncelikle kolaylaştırıcı modelin kullanılması ve hukuk mesleğinden olmayan müvekkil ile olan ilişkisi, değişmekte olan hukuk piyasası ve dijital iletişim modellerinin kullanımındaki artış bağlamında ele alınmalıdır. Bu çalışmaların, yüksek değerli alacak davaları haricinde büyük bir kısmı muhtemelen ücretlerin kısıtlanması baskısı altında yürütülecektir.

Yargılayıcı Model ve Geleneksel Meslek Zihniyeti

Yargılayıcı veya tahkime dayalı model, her şekliyle, tarihte uyuşmazlık çözümünün temel unsuru olarak görülmüştür ve hem bir kültürel sembol (duruşma) hem de sosyal yapının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Mahkemeler hep karar vericilerin, bürokrasinin, devlet kontrolü araçlarının, sosyal normlar ve kayıtların koruyucuları ve miras alınmış tekbiçimli yetki kalıpları uygulayan mekanizmalar olarak görülürler. Bu uygulanabilir haklar ve yükümlülüklerin kabul edilmesi ve kararlar ve hükümlerin icra ve uygulama ihtiyacı olarak ortaya çıkar. Akademisyenler¹² de mahkemelerin umumi hukuk sistemlerindeki temel hukuk bilim kaynağı olduğunu ileri sürmektedirler.

Neredeyse tüm taraf vekillerinin aldıkları mesleki eğitim, uyuşmazlık çözümünde temel yol olarak yargılayıcı prototipe odaklanır. Buradaki norm temsilcilerin daha önceden belirlenmiş bir genel kurala dayanarak bir hukuki çare veya karar sunma yönünde bağlayıcı bir karar veren, tarafsız, yetki sahibi üçüncü bir karar vericiye kanıtlar ve argümanlar sunmaları şeklindedir.

Arabuluculuk (her şekliyle) yargılayıcı modelden uzaklaşma içerir. Taraflara kontrol ve hukukçu jargonu veya sair biçimde mesleki olmayan bir dil sunar. Arabulucuların eğitilmesi ve uyuşmazlık tarafları ve temsilcilerinin eğitimi için tutarlı bir yaklaşıma sahip olunması amaçları haricinde resmi bir yapı tarafından sınırlanmadığı için uyuşmazlık süreci taraflar açısından daha anlamlıdır; ve sonuçta bir mutabakata varılmasının esas olması açısından, alınan karar tahkim değil arabuluculuk temelli olduğu için bir kural koyma sürecine dayalı değildir.

¹² (Damaska, 1978). Galanter, Marc. Adjudication Litigation and Related Phenomena [Yargılayıcı Dava Süreçleri ve İlgili Olaylar], Bölüm 4 Law and the Social Sciences [Hukuk ve Sosyal Bilimler] içinde, Lipson L., aid Wheeler S., editörler 1986 Russell Sage Foundation; Galanter, Marc. Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing [Neye Kıyasla? Uyuşmazlık Çözümünün Kalitesinin Değerlendirilmesi] (1989) 66:3 Denver University Law Review xi Reports of the University of Wisconsin Dispute Processing Research Program Workshop on 'Identifying and Measuring the Quality of Dispute Resolution Processes and Outcomes' ['Uyuşmazlık Çözümü Süreçleri ve Sonuçlarının Kalitesinin Belirlenmesi ve Ölçülmesi'] üzerine Wisconsin Üniversitesi Uyuşmazlık Çözümü Araştırma Programı Çalıştayı Raporları], Madison, July 13 and 14, 1987; Damaska, Mirjan R. The Faces of Justice and State Authority [Adalet ve Devlet Yetkisinin Yüzleri] YUP 1986.

Arabuluculuk taraflar arasındaki ilişki üzerinde taviz vermeye ve ortak kazanımlar yoluyla menfaatlerin yeniden düzenlenmesine dayanarak iyileştirici, yeniden bütünleştirici bir etki yapar. Arabulucular, tarafların kendi haklarından çok menfaatlerine odaklanmalarını sağlama konusunda eğitilirler ki bu iki olgu uyumlu hale getirilebilir ve bir arada da bulunabilir. Dönüştürücü arabuluculuk¹³ uyuşmazlıkta ortaya çıkan enerjiyi kontrol altına alarak süreci bir kusur bulma ve suçlama mekanizması yerine bir problem çözme çalışmasına dönüştürür.

Mahkeme yapımızın aksine, bir süreç olarak, gayriresmi arabuluculuk yalnızca erişilebilir bir dil ve biçim sunmakla kalmaz, aynı zamanda meslek dışından olanlara katılım, gizlilik, bağlayıcı olmayan sonuçlar ve yenilikçi çözümler sunar.

Günümüzde ve bir önceki nesilden olan avukatlarda, özellikle de taraf vekillerinde - temel işlevlerinin müvekkillerinin iddiasını kanıtlamak ve diğer tarafın iddiasını çürütmek üzere programlanmış olmalarından dolayı-, arabuluculuk süreci mesleki zihniyetlerinde muazzam bir şok etkisi yaratır.

Onlar için uyuşmazlıklar, arabuluculuğa başvurulmuş olsa bile, hala iki kutuplu bir süreç olarak görülür. Yani sosyal normlara dayalı olarak haklarının ihlal edildiğini iddia eden davacı taraf bu şikayete konu olan tarafa karşı hukuki bir çare aramaktadır. Şikayetin veya davanın tarafların inisiyatifinde harekete geçirilmesi, uyuşmazlığın çözüleceği bir mahkemeyi gerektirir. Burada katılım gerekli deliller ve argümanları destekleyen kanıtlar sunan uzman araçlar (münhasır savunma hakkına sahip avukatlar) tarafından sağlanır. Uyuşmazlık tarafları ortada bağlı olduğu önceden belirlenmiş bir dizi kalıbı, yani kanunlar ve teamülleri yöneten bir mahkeme olmasını beklerler.

¹³ İlk olarak Robert A. Baruch Bush ve Joseph P. Folger tarafından The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition [Arabuluculuğun Vaadi: Yetkilendirme ve Tanıma Yoluyla Çatışmalara Karşılık Verme] 2nd edn. 2006 Jossey-Bass, San Francisco çalışmasında ifade edilmiştir ve kişilerin birbirleriyle etkileşimde bulunma şeklini değiştirmek amacıyla yetkilendirme ve tanıma ilkelerini uyuşmazlık içindeki insanlara sunulan yardımın temeline yerleştiren bir çatışma müdahalesi yaklaşımıdır. Ayrıca bakınız: Schwerin, Edward W. Mediation, Citizen Empowerment and Transformational Politics [Arabuluculuk, Vatandaşın Yetkilendirilmesi ve Dönüşümcü Politikalar] 1995 Praeger, Westport, Connecticut; Burgess, Heidi Transformative Mediation [Dönüşümcü Arabuluculuk] 1997 Conflict Research Consortium.

Tahkim yönteminde hukuki kavramlardan oluşan repertuar, anlamlılık açısından dar bir kapsama sahiptir ve talepler, tahkim heyetinin önceden bağlı olduğu birtakım kesin doktrin külliyatı ışığında değerlendirilir.

Bundan daha da kalıplaşmış olan ise devlet kontrolü unsurudur: Prototipik yargılama kurumu bir hükümet organıdır. Bir kamu binasında yer alır, kamu normları uygulayan devlet memurları çalıştırır ve yaptırımları devletin zorlayıcı yetkileri kullanılarak uygular. Mahkemeler gönüllü olmaktan ziyade zorlayıcıdır, çünkü tarafların rızasına bakmaksızın sonuç dayatırlar. Bu da, davacı tarafın çoğunlukla kazanmasına yol açar; çünkü mahkeme süreci bir kez başladıktan sonra, giderleri ödemek zorunda kalma veya karşı tarafın tek başına karar çıkartması tehlikesi nedeniyle, taraflar artık davayı sonuna kadar sürdürmek zorunda kalırlar. Anlaşma, mahkemenin zorlayıcı yetkilerinin ortaya çıkardığı tehdidin bir sonucu olma eğilimi gösterir ve genelde taraflardan birinin boyun eğmesiyle sonuçlanır. Bu yargı yetkisi alanında mahkemenin uyguladığı ceza ve ara hukuki giderler rejiminin taraflardan birinin boyun eğmesinde oynadığı rol hiç de küçük değildir. Anlaşmanın gittikçe daha da zor hale gelmesiyle birlikte giderlerin büyüklüğü tarafları dava süreci içinde kısıtlı kalmaya zorlayan bir mekanizma olarak çalışır ki bu Sayın Yüksek Yargıç Jackson reformlarının çözüm bulmayı başaramadığı bir sorundur.

Avukatlar hukuki menfaatleri ve menfaat, değer ve norm algılarını referans çerçeveleri kullanarak ortaya koyar ve savunurlar. Uyuşmazlık tarafları bunları inançlarını ayakta tutmak, kendi menfaatlerini rasyonelleştirmek, bulundukları pozisyonun doğruluğu yönünde daha geniş kitleleri ikna etmek ve belirli sonuçlara ilişkin beklenti yaratmak veya tercih sahibi olmak amacıyla kullanırlar.

Dolayısıyla, yargı sürecinden daha esnek ve müvekkil odaklı arabuluculuk sürecine doğru yapılan ideolojik geçiş özellikle avukat için zordur. Kolaylaştırıcı arabuluculukta, avukatların uyuşmazlık taraflarının hukuki hakları ve yükümlülüklerine karşı ilk yaklaşımlarını şekillendiren ve aldıkları mesleki eğitim tarafından desteklenen altta yatan inanç, değer ve deneyim sistemlerinden etkilenmemeleri mümkün olmadığı için, genellikle avukatlar değerlendirmeye ilgi gösterirler.

Basit bir ifadeyle, hukuken neyin önemli olduğu (geleneksel hukuk eğitimi ve öğretimi tarafından desteklendiği üzere) ve müvekkil için neyin önemli olduğu arasındaki farkı tartışıyoruz.

Bu en basit şekilde gösterilebilir (bkz. Şekil 1):

Şekil 1: Dava, Müvekkilin Hikayesi ve Müvekkilin Gerçek İhtiyaçları ve Menfaatleri arasındaki ilişki

		İhtiyaçlar
Müvekkilin Hikayesi		Menfaatler
Hukuki Kutu	?	
Olgular >		
Nedensel olarak ilgili destekleyici olgular >		
Davanın/savunmanın nedeni		
Kanıt >		
Davanın İspatı		
Mevcut Hukuki Çözüm >		
Karar		
Uygulama		

Bir müvekkil avukatın bürosuna gider. Kendi hikayesi şeklinde dile getirdiği bir sorunu vardır. Avukat aldığı eğitimin geleneksel düşünüş biçimini uygulamaya koyarak dava sürecinin dayattığı zorunlulukla sunulan materyallerden sadece gerekli olan bilgileri süzme mecburiyetindedir: Nedensel olarak ilgili olgular, yani dava açma ve savunma için hukuki bir neden sunacak olan olgular. Avukat sonuçlar bakımından, mahkeme sürecinin sunabileceği hukuki çözümler veya diğer tarafla müzakere edilebilecek hususlar dışında başka bir şeyle ilgilenmez.

Daha sonra davanın yargıya taşınma riskini yönetmek amacıyla, özellikle HUK düzeni kapsamında maliyet-etkinliği ve herhangi bir kararın geri alınabilirliği açısından, davanın ispatı veya diğer tarafın talebini değerlendirmek için gereken kanıtları toplamaya odaklanır. Müvekkilin daha geniş kapsamdaki menfaatleri, örneğin bütün hikayesini duyurma ihtiyacı, tanınma, empati, onaylanma, duygusal rahatlama ve duygusal arınma ve bir sonuca ulaşma ihtiyacı, iyi bir tutuma ve modern bir müvekkil yönetimi bakış açısında sahip bir avukat tarafından dikkate alınabilir fakat genellikle dava sürecinde veya bir talebin ele alındığı mahkeme duruşmasında bu unsurlarla ilgilenilmez.

Daha da kötüsü, dava süreci bir 'kaybeden' ortaya çıkarmak amacıyla tasarlanmıştır. Tarafların en az %50'si sonuçtan memnun olmayacaklardır. Maliyet-fayda analizine risk eklendiğinde, kazanan taraf geri alınamaz giderler, harcanmış yönetim zamanı, itibar kaybı ve ilişkilerde ortaya çıkan geri alınamaz tazminattan dolayı aynı zamanda kaybeden taraf da olabilir.

Şekil 1 açısından, standart bir avukatın rolü 'Yasal Dava' olarak adlandırılan kutuyla sınırlı olabilir ki bundan 'Kutu' olarak bahsedeceğim.

Kutunun içeriği kaçınılmaz olarak şunlara yol açar:

- Talep veya savunmada avukat kontrolü,
- Meslekten olmayan müvekillere yabancı gelen mesleki standartlar, dil ve jargonun kullanılması
- Avukatların ücretlerinden bağımsız olarak önemli peşin giderler
- Müvekkil için belirsiz ücret yükümlülüğü: Müvekkil için gider bütçesi yalnızca bir göstergedir.
- Davanın yönetimini mahkemeye bırakmak
- Müvekkilin maddi bir yaptırım veya daha kötüsü – diğer tarafın sürece kendi başına devam etmesi- olmaksızın süreci terk edememesi

- Nihai sonuç, bu sonucun müvekkil açısından gerçek değeri ve müvekkilin gerçek ihtiyaçları ile ilgililiği açısından sonucun belirsizliği.

Müvekkilin gerçek ihtiyaçları ve dava avukatının sunduğu hizmetler arasındaki olası çatışma; avukatların ücretleri, uyguladıkları prosedürler, dava takvimi ve sonuç konusunda savunmacı bir hal alma eğilimi göstermelerine neden olur. Bunu yaparken de, müvekkili sisteme ne ölçüde bağımlı olduğu veya aslında Kutu'ya ne kadar yakalanmış olduğu ölçüsünde benimserler. Uygulayıcıların çoğu, en müvekkil-dostu ve maliyete duyarlı olanlar bile, muhtemelen bu sorunların varlığını kabul edeceklerdir.

Arabuluculuk süreci, buna karşın, müvekkilin hikayesinin tamamıyla ilgilenir ve davaları 'kazanma' veya 'kaybetme'ye odaklanan iki taraflı bir kutuplaşma yerine bütüncül bir problem çözme yaklaşımını benimser. Arabulucu tarafların gerçek ihtiyaçlarını ve kararlarını ve aynı zamanda kurtarılmaya çalışılan bir ilişki varsa bu ilişkiyi etkileyen altta yatan zorlukları ortaya çıkarma konusunda kararludur: Bkz. Şekil 2.

Arabulucu tarafları kendi adlarına konuşma, mesleki olmayan dil kullanma veya uyuşmazlık konusu ile ilgili olanlar dışında teknik jargon kullanmama ve kendi çözümlerini bulma ve paylaşma konularında teşvik eder. Bunların ötesinde, arabuluculuk haklı bulunma kavramının yeterli olmadığı durumlarda hem avukata hem de müvekkile fayda sağlar. Müvekkil bir sonuca ihtiyaç duyar ve mahkeme pragmatik bir hukuki çare sunamaz.

Bu süreçte deneyimsiz olan avukatlar, sürecin sahip olduklarına inandıkları şu işlevi doğrudan etkilediğini düşünürler: Yasal davasının sağlamlığına bağlı olarak müvekkili korumak ve menfaatlerini artırmak. Aslında, müvekkili Kutu'nun içine hapsetmek amaçlanır ki bu kutu savunulması gereken bir kale haline ve müzakere açısından da bir 'pozisyon' haline gelsin.

Şunu anlamakta zorlanırlar: Yasal davanın arabuluculukta kanıtlanması gerekmez, bunun esasen işlerin ters gitmesi ve kabul edilebilir bir anlaşmaya varılamaması durumunda veya davanın mahkemeye gitmesi gerekirse neler olabileceğine ilişkin bir teklifin değerlendirilmesi için dikkate alınması gereken bir referans çerçevesi olarak incelenmesi gerekir.

Şekil 2: Arabulucu bireysel ve ortak kazançları desteklemek amacıyla her iki tarafın da hikayelerinden ve yasal davalarından ihtiyaçlarını ve menfaatlerini belirler

		Ortak Kazançlar		
Kendi Müvekkilinin Kazançları		İhtiyaçlar		Diğer tarafın Kazançları
Kendi Müvekkilinin Hikayesi		Menfaatler		Diğer tarafın Hikayesi
Hukuki Kutu				Hukuki Kutu

Dolayısıyla taraf vekili oldukça farklı bir role sahiptir ve bu rol, kitabın ilerleyen kısımlarında da göreceğimiz üzere, çok yönlüdür ve yalnızca profesyonel yönlendirici bir sözcü olmaktan ibaret değildir. Tarafları arabuluculukta temsil eden kişilerin çoğunun ilgilendiği konu müvekkilin Kutu dışındaki mevcut pozisyonunu değerlendirmesine yardım etmek, müvekkilin bu kutunu dışında kalan daha geniş kapsamlı menfaatleri ve ihtiyaçları dahilindeki hususları karşılaştırmak ve kıyaslamaktır.

Neden Arabuluculukta Taraf Vekili Olarak Bir Avukat Kullanılmalı?

Bu sorunun cevabı şu noktalarda yatar: (i) Hukukçu taraf vekilinin sahip olduğu becerilerin bütünü; (ii) yetkilendirmenin azalan gerçekliği; ve (iii) kanunların gölgesi, hatta özel uyuşmazlık çözümünün mahkeme sürecine eklenmesi.

(i) Avukatlık becerileri

Avukatın mesleki eğitimi ve aklının getirdiği 'engel' eleştirel düşünmeyi, problem çözme ve dinamik değişimin uyuşmazlık sürecinin bir parçası olduğu durumlarda iletişimi savunma konularındaki doğuştan gelen becerileri ile dengelenir ve buna karşı ilgi gösterilmeli ve ihtiyaçları karşılanmalıdır. Avukat bilgiyi özümsemek ve işlemek, mesaj kalıplarını görmek, dilsel ipuçları ve sosyal olarak yapılandırılmış anlamları bulmak üzere eğitilir. Avukat bir çatışma durumunda insanların kullandığı bilişsel çerçevelere ilişkin yaptığı analizle, çatışma dinamiklerine ilişkin içgörü sunar ve daha iyi anlaşılmasını sağlar. Avukat ayrıca hususlara ilişkin algıları netleştirerek, tarafların menfaatlerini daha iyi anlamalarını sağlayarak ve konuyu farklı şekillerde görebilme yollarını ortaya koyarak veya en azından tarafların bir araya gelmesinin mümkün olmadığı ve bir kenarda bırakılması mecburi olan zorlukları ortaya koyarak anlaşmaya varma hususunda yeni yollar bulmayı sağlar.

(ii) Yetkilendirme gerçekliği

Arabuluculuğu savunan kişiler tarafından ileri sürülen temel argümanlarından biri, bu sürecin bir hakim tarafından dayatılan veya taraflı avukatlar arasında bir pazarlık sonucunda ulaşılan bir karar yerine çatışmayı sonuca ilişkin sorumluluğu bizzat taraflara bırakacak şekilde uzlaştırma yolu olarak çalışmasıdır.¹⁴ Nihai olarak yetki yalnızca taraflara aittir.

Müvekkilin yetkilendirilmesi (/güçlendirilmesi) fikri, şu faktörler tarafından belirli ölçüde aşındırılmaktadır: (i) Yaptığı değerlendirmeyi gizleyerek gerçeklik testi gibi sunan arabulucunun faaliyetleri (kolaylaştırıcı arabulucu, oluşturduğu görüşleri kendine saklamalıdır); (ii) özel sektördeki arabuluculuk hizmeti sağlayıcılar tarafından daha resmi bir yapının geliştirilmesi; (iii) mahkeme gözetiminde gerçekleştirilen programlarda devletin finansal destek sağlıyor olması; (iv) devlet faaliyetlerinin, başta toplumsal davranış olmak üzere daha önceleri devletin ilgi alanında olmayan alanlara doğru yayılması; ve (v) uyuşmazlıkların, devletin belirli ölçüde denetimi elinde tuttuğu fakat giderlerini üstlenmediği koşullarda, arabuluculuk yoluyla çözülmesi yönünde üstü örtülü ancak gittikçe artan bir zorlama arzusu.¹⁵

Bu durum İngiltere ve Galler'deki ana akım hukuk yargılamalarının uç noktaları arasında uygulanan arabuluculuk türlerinin giderek hukuksallaştırılmasına neden olmuştur: Bir usul hukuku külliyatı aşağıdaki konularla ilgilenen arabuluculuk süreçlerini etkisi altına almaktadır:

- Arabuluculuk anlaşmaları içeren sözleşme maddelerinin geçerliliği¹⁶
- Arabuluculuk anlaşmasının uygulanabilirliği¹⁷
- Sürecin gizliliği¹⁸
- 'Arabuluculuk imtiyazı'nın varlığı veya aksi hali¹⁹
- Arabuluculukta varılan anlaşmaların uygulanabilirliği²⁰

¹⁴ Folberg (1983)

¹⁵ Bkz. Roberts (2006) ve Damaska (1978)

¹⁶ Cable & Wireless Plc ve IBM United Kingdom Ltd Davası [2002] EWHC 2059 (Comm); Holloway ve Chancery Mead Davası [2007] EWHC 2495 (T:C) [2008] 1 All ER (Comm) 653; Balfour Beatty Construction Northern Ltd ve Modus Corovest (Blackpool) Ltd Davası [2008] EWHC 3029 TCC; Sulmerica CIA Nacional de Seguros SA ve Ensa Engenharia SA Davası [2012] EWCA Civ 638;

¹⁷ Vedatech Corp'n ve Crystal Decision UK Ltd ve Crystal Decision (Japonya) KK Davası [2003] EWCA Civ 1066; Brown ve Patel Davası [2007] EWHC 625 (al); ayrıca bkz. Foskett QC, David The Law and Practice of Compromise [Ödün Vererek Anlaşma Hukuku ve Uygulamaları] Thomson Sweet & Maxwell 8th edn 2015 4-37/4-50

¹⁸ Cumbria Waste Management ve Baines Wilson Davası [2008] EWHC 786; Farm Assist Ltd (tasfiye halinde) ve DEFRA (No.2) Davası [2009] EWHC 1102 (TCC)

¹⁹ Farm Assist Ltd (tasfiye halinde) ve DEFRA (No.2) Davası [2009] EWHC 1102 (TCC)

²⁰ Brown ve Patel Davası [2007] EWHC 625 (Ch);

- Mahkemelerin açık veya üstü kapalı zorlaması altında arabuluculuk²¹

Bunlar taraf vekili veya taraf temsilcisi için gerçek sorunlardır ve bağlayıcı olmayan hukuk veya yalnızca tartışma konuları olarak görülmemelidir. Bu tür alanlarda kanun, taşıdığı denetim rolü dikkate alındığında, tıpkı başka bir alt yargı yetkisi alanını ele alırken olduğu gibi, arabuluculuk uygulamalarını da aktif olarak benimser ve düzenler. Bu mahkemelerin arabuluculuk sürecinin hukuki mahiyetini nasıl gördükleri konusundaki temel soruyla ilgilidir. Hukukçu olan arabuluculuk taraf vekillerinin dava yönetimi süreci içinde davanın arabuluculuğa ne derece uygun olduğunu bilmek isteyen hakim tarafından sorgulandıkları zaman bu konuyu ele alabilmeleri gerekecektir.

Muhtemelen arabuluculuk, avukatlar tarafından yalnızca kendi kendine yeten bir zarf veya şemsiye içinde faaliyet gösteren fakat herhangi başka bir tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakere kadar kanunlardan etkilenen bir tür prosedürel işlem olarak görülmektedir. Uyuşmazlık çözümü sürecinde yeni bir güç olarak arabuluculuğa atfedilen 'sihir' git gide ortadan kaybolmaktadır. Arabuluculuğun hukuki temeli yalnızca uyuşmazlığı tarafların işlenmesi yoluyla dönüştüren bir sözleşmedir (arabuluculuk anlaşması) ve yerini başka bir anlaşmaya (anlaşma tutanağı) bırakır. Gizlilik zarfı veya şemsiyesi içinde oluşu ve tüm haklar saklı kalma kaydı, bu sürecin bir sözleşme süreci olmasının önüne geçmez. Bkz. Şekil 3.

Şekil 3

	Gizlilik	
	Tüm haklar saklı kalma kaydı	
Arabuluculuk anlaşması	Arabuluculuk	Anlaşma tutanağı

²¹ PGF II SA ve OMFS Company 1 Ltd Davası [2013] EWCA Civ 1288 [2014] 1 WLR 1386; Swain Mason vd. ve Mills & Reeve Davası [2012] EWCA Civ 498; Garritt-Critchley ve Diğerleri ve Ronnan ve Solarpower PV Ltd Davası [2014] EWHC 1774 (Ch); Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2015] EWHC 371 (QB)

Aslında, pek çok avukat için yalnızca uygun olduğunda kullanılacak bir araç olarak değerlendirilen bir süreci mantığa dayandırmaya gerek yoktur. Başka araçlarda da olduğu gibi, eğitim ve deneyimle birlikte kullanımı da gelişir; düzenli uygulamayla beraber çok yönlülük, esneklik ve uzmanlık sunar.

(iii) Kanunun ve mahkeme gözetimindeki prosedürlerin gölgesi

Mahkeme gündemleri büyük oranlarda rutin idare ve denetlenen pazarlık süreçlerini içerir. Amerikalı akademisyenler²², mahkemelerin uyuşmazlık tarafları arasındaki pazarlıkta kullanılmak üzere birer "karşılaşma" sunduğunu ileri sürerler. Örneğin eskiden nafaka, çocuk nafakası, çocuğun kalacağı yer ve evlilikle ilişkili mallarla sınırlı olan boşanma pazarlığında, genellikle bir sınıf bir diğerini denkleştirmek için kullanılırdı. Aile arabuluculuğu diğer bazı aile sorunlarını çözmek amacıyla da giderek daha çok kullanılmaya başlanmıştır:

- Ayrılma
- Ebeveynle irtibat
- Ebeveyn ve çocuk arasındaki uyuşmazlıklar
- Yaşlı veya ciddi hastalık sahibi akrabalara bakma konusundaki anlaşmazlıklar
- Büyükanne ve büyükbabaların torunlarıyla irtibat kurması
- Aile tartışmalarından kaynaklanan evsiz kalma durumu

Bazı hizmet sağlayıcılar, Çocukları Kapsayan Arabuluculuk sunarlar. Bu hizmet söz konusu ilişkiye dahil olan çocuklara, çocuklarla çalışan eğitimli arabulucular tarafından sunulur ve amacı çocuk(lar) için endişelerini açık biçimde tartışmalarını sağlayacak bir fırsat sağlamaktır.

Bu 'karşılıklı pazarlık' yaklaşımı, 'Harvard modeli' arabuluculukta görülür ve bu modelde "pazarlık sermayesi" kavramı hem yaygındır hem de her biri faaliyete karşılıklı bağlılığa dayanan pek çok tamamlayıcı işlemsel veya sosyal ilişkide (karı/koca, ev sahibi/kiracı, alıcı/tedarikçi) görülebilir.

²² Mnookin & Kornhauser (1979)

Bu tür karşılaşmalar mahkeme yapısı ve sürecin içinde yer alır - gecikme, giderler, sonucun belirsizliği, delillerin yeterliliği gibi önceden kestirilemeyen unsurlar, Mahkeme'nin takdir yetkisini kullanması, avukatların hazırlanması, müzakere becerileri, son başvuru tarihlerine ve acil durumlara karşılık verebilme kabiliyeti ve giderlerden kurtulma veya giderleri üstlenme kabiliyeti-. Profesör Marc Galanter²³ bunları dikkate almış ve taraflar arasındaki bu pazarlığın kanunun gölgesinde gerçekleştirilen bir tür "özel ısmarlama" olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkemelerin yayılan etkilerinin müzakereler içinde düzenlemelere yol açtığını ileri sürmüştür - mahkemeler okullar, sendikalar, dernekler, kulüpler ve diğer ev sahibi kurumlar gibi mahkemelerin pahalılığı ve ulaşılmazlığı yerine uyuşmazlık çözümünde düzenleyici kurumlar kullanan pek çok türde oluşum için modeller sunarlar (normlar, prosedürler, yapılar, rasyonelleştirmeler).

Mahkemelerin daha ulaşılmaz, daha profesyonel ve İngiltere ve Galler'de 1999'dan sonra ve özellikle şimdilerde neredeyse yanına yaklaşılmaz derecede pahalı hale gelmesiyle birlikte, bireylerin uyuşmazlıklarını ortaya koydukları ve çözümledikleri yerler olmaktan çıkıp daha çok profesyonellerin yetki alanına dönüşmüş ve hükümetin ilgilendiği alanın eskiden devlet tarafından düzenlenmeyen çevre, sağlık, güvenlik, refah gibi alanlara doğru genişlemesi için bir yer ve devlete bağımlı müvekkillerle ilgilenen kurumlar haline gelmiştir.

1970'li yılların sonlarında, adaletin sunulmasına ilişkin maliyet, karmaşıklık, gecikme ve kanunun normal vatandaşlardan ayrılması konularında eksiklikler ortaya çıkmış veya en azından algılanmıştır. O andan itibaren, çok fazla kanunun olduğu fakat yeterince adaletin olmadığına dair önyargılı bir görüş temel kazanmıştır. İngiltere ve Galler'de bu görüşe, diğerlerinin yanı sıra, Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı olan Lord Denning'in yaklaşımıyla itimat edilmiştir. Bu düşünce günlük hayatın pek çok alanında devlet düzenlemelerinin muazzam şekilde artışıyla desteklenmiş ve desteklenmeye devam etmektedir. Fakat bu, yalnızca Galanter (2006)²⁴ ve Menkel-Meadow (2005)²⁵ tarafından gerçekleştirilen çalışmaların Abel (1982)²⁶ tarafından ortaya konulan uyuşmazlıklarda anlaşmanın doğrudan belirleyici çözümleme yerine daha çok arabuluculuk, pazarlık-karşılaşmaları düzenleme ve kalıplar belirleme yoluyla gerçekleştirilmesi trendinin devam ettiğini göstermesi nedeniyle popüler bir görüştür.

²³ (1981)

²⁴ Galanter, Marc. The Privatisation of Justice and the Vanishing Trial paper [Adaletin Özelleştirilmesi ve Duruşmaların Ortadan Kaldırılması makalesi], IALS W G Hart Legal Workshop 2006: The Retreat of the State: Challenges to Law and Lawyers [IALS W. G. Hart Hukuk Çalıştayı 2006: Devletin Geri Çekilmesi: Kanun ve Avukatlar için Zorluklar].

²⁵ Menkel-Meadow, Carrie Is the Adversary System Really Dead? Dilemmas of Legal Ethics as Legal Institutions and Roles Involve [Düşmanca Sistem Gerçekten Çöktü mü? Hukuki Kurumlar ve Rollerin İçerdiği Hukuki Etik Kuralları İkilemleri] (2004) 57 CLP 85.

1999 tarihli Hukuk Usul Kuralları tarafından ortaya konulan politika kaymasından bağımsız olarak, nüfusun daha küçük bir kısmı çekişmeli yargılamalara doğrudan katılırlar.

Bu durum duruşmaların ortadan kaldırılmasına ilişkin istatistiksel delillerle de örneklendirilir. Bu deliller Batı'daki teamül hukuku ülkelerinde duruşma sayılarının 20. yüzyılın son kısmı boyunca azaldığını gösterir ve hukukun diğer alanlarının ciddi anlamda büyüme gösterdiği bir zamanda meydana gelmiştir - yeni kanunlar, mevzuatlar, yönetmelikler ve şerhlerin sayısı; avukatların sayısı; kanunlar ve hukuk sektörü için harcanan GSYİH oranı gibi rakamların hepsinin duruşmalar ve hukukun en üst düzeyde Yüksek Mahkemeler tarafından nihai tefhimi dışında muazzam bir artış gösterdiği görülmektedir. Bu kitabın yazıldığı sırada Majestelerinin Adliye ve Divanlar Servisi (HMCTS) İngiltere ve Galler genelindeki yargı yetkisi alanlarında yer alan 61 mahkeme ve 31 destek binasının kapatılması ve mahkemelere ait gayrimenkulün neredeyse %20 oranında azaltılması konusunda istişarede bulunmaktadır. Hükümetin adalet sistemini kendi kendini finanse eden bir hale getirme amacı doğrultusunda dava harçlarında yaptığı ciddi artırımlar adeta dava taraflarını mahkemelerden uzaklaştırmaktadır.

Duruşmaların giderek azalması durumu medya tarafından işlenen dava meraklısı toplum efsanesi ile gizlenmektedir: "Suçlama/tazminat kültürü" son 150 yılda yargıya gelen uyuşmazlık sayısında görülen azalmanın kamu bilinci tarafından görülememesine neden olmaktadır. Özellikle son 20 yılda kayda değer bir düşüş olmuştur ve bu Birleşik Krallık'ta HUK'un mutlak biçimde ortaya konulmasından önce ciddi biçimde ortaya çıkmış ve uzun vadede önceden gözle görülür hale gelmiştir. Siyaset-yargı felsefesinde meydana gelen büyük çaplı bir kayma nedeniyle "mahkemede hesaplaşma" süreci yerini pazarlık ve tecrit etme noktalarına - mahkemenin yeni temel rolüne ('temel hedef')- bırakmıştır. Anlaşmanın iyi yargılamanın kötü olduğu yönündeki bu felsefe, yoğun dava yönetimi tarafından yönetilir ve devlet finansmanının geri çekilmesi, dava harçlarındaki aşırı artışlar, AUÇ'nin benimsenmesi ve uyuşmazlık çözümü işlerinin dışarıdan başka kurumlara verilmesi de dahil olmak üzere kurumsal uygulamalardaki değişiklikler tarafından desteklenir.

²⁶ Abel, Richard 'The Contradictions of Informal Justice' [Gayriresmi Adaletteki Çelişkiler], The Politics of Informal Justice [Gayriresmi Adalet Politikaları] içinde, 1982 Academic Press, New York, ed. Abel ft.

Fakat Galanter (2006) tarafından da ifade edildiği üzere²⁷ ve de bir arabuluculuk kültürünün gelişmesinin aleyhine olarak, duruşma popüler kültürde çok önemli bir yere sahiptir; öte yandan, arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin halkta veya hukuk yazarları arasında pek farkındalık yoktur. Bizim amaçlarımız açısından bunun anlamı, bir çatışmanın başlangıcında, daha asıl uyuşmazlık prosedürü belirlenmeden önce, uyuşmazlık tarafının kiralık bir silahşör veya adına dövülecek bir savaşçı olarak avukatından destek ve avuntu arayacak olmasıdır. Popüler kültür henüz arabuluculuğun duruşmaya benzer bir hukuki süreç olmadığını veya olmak zorunda olmadığını anlayacak kadar sofistike hale gelememiştir. Arabuluculuk sektörü de kamu farkındalığını artırmak adına çok az çaba göstermiştir ve kendi gizemli havasını yaratmak için bir ayırım ortaya koymuştur. Arabuluculuk sektörü kendini bu gizemli havadan kurtarmadıkça ve süreçlerini normalleştirmedikçe bu pazarda ciddi anlamda bir genişleme meydana gelmeyecektir.

Avukatın Değişen Rolü

Arabuluculuk temelde, avukatın - veya özellikle dava avukatının veya uyuşmazlık çözümü uzmanının - uyuşmazlığın bekçisi olarak davrandığı bir müdahale türüdür.

Arabuluculuk ideolojileri insanların başkalarının çatışmalarına üçüncü kişi olarak çeşitli şekillerde müdahale etme biçimlerinin sınıflandırılmasını yansıtır, fakat bu müdahalenin mahiyeti değil derecesi açısından.

Black ve Baumgartner (1983)²⁸ on iki tür üçüncü kişiden oluşan bir tipoloji belirlemişlerdir. Bu kişiler bilgi verici, danışman, taraf vekili ve müttefikten vekile kadar taraflı destek rolleri sunarken, uyuşmazlık çözümü sürecinde kolaylaştırıcı olarak yer alan veya tahkim işlevi olan tarafsız roller ise dostane uzlaştırıcı, arabulucu, hakem ve hakimden baskıcı uzlaştırıcıya kadar değişiklik gösterir. İyileştirici müdahalede müzakereci ve iyileştiricinin rolleri hem taraflı hem de tarafsız olabilir.

Burada olağanüstü olan durum, arabuluculuk taraf vekilinin vekalet sözleşmesinin çeşitli aşamalarında, sözleşmenin oluşturulmasından arabuluculuğun başarılı bir sonuca varmasına kadar müvekkili ile olan ilişkisinde muhtemelen bu tipolojide tanımlanan on iki rolden her birini oynayacak olmasıdır.

²⁷ Galanter, Marc. The Privatisation of Justice and the Vanishing Trial paper [Adaletin Özelleştirilmesi ve Duruşmaların Ortadan Kaldırılması yazısı], IALS Hart Workshop 2006

²⁸ Black D. and Baumgartner M.P. 'Toward a Theory of the Third Party' [Bir Üçüncü Kişi Kuramına Doğru], Empirical Theories about Courts [Mahkemelere İlişin Ampirik Kuramlar] içinde, 1983 Longman New York ed. Boyum K. and Mather L.

Hukukçu Taraf Vekili mi Hukukçu Olmayan Taraf Vekili mi?

Günümüzde tüm dava avukatları, birer danışman rolü üstlenebilmek için arabuluculuğu ilgilendiren ilkeler ve kanunlara ilişkin temel bilgi sahibi olmalıdırlar. Üstlendikleri sorumluluk sadece hukuki işlemler öncesinde ve sırasında arabuluculuğa uygun davaları belirlemekle sınırlı değildir, aynı zamanda arabuluculuk sürecini müvekkillere ve diğer hukuk mesleği mensuplarına da açıklamaları gerekir. Süreç içinde bazı belirli görevleri vardır:

1. Sürece katılmaya karar vermek ve diğer kişileri de katılmaya ikna etmek
2. Arabuluculuk için en uygun zamanı belirlemek
3. Arabulucuyu seçmek
4. Arabuluculuk-öncesi unsurları kontrol etmek
5. Arabuluculuk sırasında ekip yönetimi
6. Müvekkilin memnun olduğu bir anlaşmayı uygulamaya koyan işleyen bir anlaşmayı güvence altına almak

Taraf vekilleri olarak, arabuluculuğun dava yönetimi dahilinde yer alan tüm yanlarıyla ilgilenebilme kabiliyetine sahip olmalıdırlar ki bu muhtemelen hukukçu olmayan arabuluculuk taraf vekillerinin görev alanının veya kabiliyetlerinin dışında kalan bir şeydir. Buna bir örnek akdi arabuluculuk maddelerinin uygulanabilirliği ile ilgilidir. Pek çok mahkeme planı dolaylı olarak yapılandırılmış bir sürece sahip, oldukça resmi bir kolaylaştırıcı model tanır ve bunu müteakip hukukçu taraf vekilleri her durumda bu modeli kullanırlar.

Fakat mahkemeler arabuluculuğu her zaman yeni bir prosedür türü olarak görmezler. Balfour Beatty Construction Northern Ltd ve Modus Corovest (Blackpool) Ltd Davasında²⁹ Modus'un yargı kararını yerine getirmemesi nedeniyle birtakım uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. İlk olarak, Modus uygulamanın arabuluculuğa bırakılması gerektiğini söylemiştir. Sözleşmede yer alan Madde 39.1 şu şekildedir:

²⁹ [2008] EWHC 3029 TCC

“Taraflar arabuluculukla çözümlenebileceğini düşündükleri herhangi bir uyuşmazlık veya farklılığı diğer tarafa ifade etmelidirler ve bu talep gerçekleştirildikten sonra diğer taraf 7 gün içinde arabuluculuğa katılmaya rıza gösterip göstermediğine ilişkin bilgi vermelidir... Madde 39 kapsamında arabuluculuğun amacı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bağlayıcı bir mutabakata ulaşmaktır...”

Sayın Yargıç Coulson bir durdurma emri vermeye hazır değildir. Arabuluculuk anlaşmasının sadece mutabakat anlaşması olduğunu söylemiştir. Dolayısıyla da mahkeme tarafından uygulanmak için yeterince kesin değildir. Ayrıca, Hakim arabuluculuğa katılma konusunda bağlayıcı bir anlaşma olsa bile yalnızca davacı tarafın duruşmasız bir yargılamaya hakkı olmadığı durumda arabuluculuk talebini durduracağını ifade etmiştir. Eğer taraflardan biri duruşmasız yargılamaya başvurursa, bunun nedeni bu talebe ilişkin bir savunma bulunmamasıdır. Eğer bu doğru olsaydı, bu tür bir uyuşmazlığı arabuluculuğa sevk etmek yanlış olurdu.

Bu daha önce Sayın Yargıç Colman'ın Cable & Wireless Plc ve IBM United Kingdom Ltd Davasında³⁰ belirttiği görüşün aksinedir. Çünkü bu davada hukuki işlemleri başlatmadan önce tarafları arabuluculuğa başvurmaya zorlayan ticari bir sözleşmede yer alan arabuluculuk maddesinin uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir. Fakat, o davada sözleşme uyulacak arabuluculuk kurallarını (CEDR Model Kuralları) açık biçimde ifade etmiştir ve bu faktör hakim bu maddenin bir mutabakat anlaşması olarak anlaşılmaması gerektiği yönündeki kararı üzerinde önemli bir etki yaratmıştır. Akdi anlaşmada belirgin arabuluculuk kurallarının bulunmamasının bir arabuluculuk maddesini uygulanamaz hale getirdiği görülmüştür: Bkz. Sayın Yargıç Ramsey, Holloway ve Chancery Mead Davası.³¹

Bu husus Sulmerica CIA Nacional de Seguros SA ve Ensa Engenharia SA davasında³² Temyiz Mahkemesi'nin huzuruna gelmiştir. Bu davada mahkeme sözleşmede yer alan ve tahkimin öncüsü olarak arabuluculuğu gerektiren kademeli uyuşmazlık çözümü maddesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bu tür maddelerin çeşitli türlerdeki ticari sözleşmelerde kullanılmasından dolayı bu hüküm kayda değer bir öneme sahiptir. Şu şekilde ifade edilmiştir:-

³⁰ [2002] EWHC 2059 (Comm)

³¹ [2007] EWHC 2495 (TCC); [2008] 1 All ER (Comm) 653

³² [2012] EWCA Civ 638

“11. Arabuluculuk

Eğer varlığı, geçerliliği veya sonlandırılmasına ilişkin sorular da dahil olmak üzere bu Politika'dan kaynaklanarak veya bu Politika ile ilişkili olarak herhangi bir mahiyette bir uyuşmazlık veya farklılık ortaya çıkarsa (bundan sonra Uyuşmazlık olarak anılacaktır) taraflar tahkime başvurmadan önce Uyuşmazlık'ı barışçıl biçimde arabuluculuk yoluyla çözmeyi deneyeceklerini taahhüt ederler.

Tarafların Uyuşmazlık'a ilişkin tüm hakları saklıdır ve saklı kalacaktır ve tüm arabuluculuk süreci, üretilen veya atıfta bulunan belgeler, tartışmalar ve sözlü sunumlar da dahil olmak üzere tamamen taraflara mahsustur ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakereler, imtiyazlı ve kabul edilemez olma, başka hiçbir hukuki işlemde ifşaya tabi olmama temeline dayanılarak yürütülür ve taraflar arasındaki veya taraflardan biriyle üçüncü bir kişi arasındaki bir imtiyazdan feragat meydana getirmez.

Taraflardan birinin görevlendirilen arabulucuya ve diğer tarafa bu hususta yazılı talebini bildirmesi durumunda arabuluculuk sonlandırılabilir. Sonlandırma bildirimi arabuluculuğun ilk toplantısı veya tartışması gerçekleştirildikten sonra herhangi bir zamanda gerçekleştirilebilir.

Eğer arabuluculuğu başlatan bildirimin yapılmasından sonra 90 gün içinde Uyuşmazlık taraflardan birinin memnuniyetiyle sonuçlanacak şekilde çözümlenmemişse, veya taraflardan biri arabuluculuğa katılmazsa veya katılmayı reddederse, veya taraflardan biri bu madde kapsamında arabuluculuğu sonlandırmak için yazılı bildirimde bulunursa, bu durumda taraflardan biri Uyuşmazlık'ı tahkime götürebilir.

Taraflar aksi yönde bir anlaşmaya varmadığı sürece, arabulucu ücretleri ve giderleri ve arabuluculuğa ilişkin diğer tüm giderler taraflar tarafından eşit olarak üstlenilir ve arabuluculuğun sonucuna bakılmaksızın tarafların her biri kendilerine düşen giderleri karşılar.”

Mahkeme maddenin arabuluculuğa başvurma konusunda, hükümlerine uymanın tahkim için olmazsa olmaz bir ön şart olduğu uygulanabilir bir yükümlülük ortaya koyup koymadığını değerlendirmiştir.

Analize göre, sözleşme tanımlanmış bir arabuluculuk süreci içermemektedir, aynı şekilde bir arabuluculuk hizmeti sağlayıcıdan da bahsetmemektedir ve mahkeme Cable & Wireless Plc ve IBM Davasını ve Holloway ve Chancery Mead Davasını birbirinden ayırmıştır. Sayın Yüksek Yargıç Moore-Bick şöyle demiştir:

“İlk paragraf yalnızca uyuşmazlığı barışçıl biçimde arabuluculuk yoluyla çözmeyi deneme konusunda bir taahhüt içermektedir. Bunun gerçekleştirileceği sürece ilişkin hiçbir hüküm yoktur ve devamında gelen paragrafların da hiçbirisi bu soruya değinmemektedir. Dolayısıyla hakime katılıyorum, 11. şartın arabuluculuk sürecini başlatma veya bu sürece katılma konusunda bir yükümlülük yaratma eğiliminde değildir. Söylenebilecek en fazla şey, bu maddenin bir uyuşmazlığı tahkime götürme niyetinde olan bir tarafa önceden belirlenmemiş bir arabuluculuk sürecinde diğer tarafa katılma daveti dayatmasıdır, fakat bu kadar kısıtlı bir yükümlülüğün bile içeriği o kadar belirsizdir ki tanımlanmış bir arabuluculuk sürecinin olmadığı bu durumda uygulanması imkansız hale gelmektedir. Dolayısıyla bana kalırsa hakim 11. şartın herhangi bir biçimde bağlayıcı bir yükümlülük ortaya koymaktan aciz olduğu konusunda haklıdır.”

Bu durum bir arabuluculuk maddesini bağlayıcı kılan unsurun tam olarak ne olduğunun hala bir ölçüde belirsiz olduğunu ortaya koymaktadır. En azından bir şekilde bazı usule ilişkin kurallara atıfta bulunulması yoksa da belirlenmiş ve tanınmış kuralları kullanılabilir bir hizmet sağlayıcı olması gerekiyor gibi görünmektedir.

Mevcut bağlamda, bu belirsizlik, arabuluculuk taraf vekilliği alanında çalışabilmek için bazı danışma ve usule ilişkin unsurların bulunduğu ve bunların özellikle davanın mahkemede başladığı ve daha sonra hukuki işlemler başladıktan sonra veya gerçekleştirilecek işlemlerin tasarlandığı sırada arabuluculuğa taşındığı durumlarda avukatlara ayrılan yerin korunacağı görüşünü vurgulamaktadır.

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 2

ARABULUCULUĞA GİTME KARARI

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 2

ARABULUCULUĞA GİTME KARARI

Bazen arabuluculuğa gitme kararı tam size uygun olabilir. Zorlayıcı bir sözleşme hükmüyle ve bu doğrultuda bir dava yönetimi yönüyle karşılaşsınız veya dava sizin önünüze gelmeden önce uyuşmazlık tarafları bir mutabakata varmış olurlar. Daha sıklıkla, kararı sizin vermeniz gerekir ve bu ya hukuk mesleğinden olmayan müvekkilinizin merakından ya da davanın diğer tarafının veya mahkemenin talebinden veya kendi inisiyatifinizden kaynaklanır. Bu soruyla karşılaşmak için beklemeyin. Dava veya tahkim sürecinin resmi düşmanca bağlamının ister içinde ister dışında olsun, uyuşmazlık bağlamında stratejik ve taktik olarak bu kadar önemli olan bir konuda sizin önyak olmanız gerekir. İstatistiksel olarak da uyuşmazlıkların çoğu duruşmadan önce çözülür - arabuluculuk yoluyla varılan bir anlaşma muhtemelen daha az veya daha çok tercih edilebilir olmayacaktır, fakat kayda değer bir düzeyde daha özgün olabilir - fakat anlaşma çok daha önce ve dolayısıyla beraberinde zaman ve maliyet kazançları getirerek sağlanmalıdır.

Arbuluculuk taraf vekili için en temel kararlardan birisi ne zaman arabuluculuğa başvurulacağıdır. Önceden ortaya çıkan ve normal davacılar ve iş adamları için gerçekten önemli olan hukuki giderler ve mahkeme harçlarından ve azami maliyet kazancının tam olarak ne zaman sağlandığına ilişkin belirsizlikten oluşan bir arka plan karşısında bu zorlayıcı bir karar olabilir.

Başlangıçta, ilk soru arabuluculuğa başvurup başvurulmayacağıdır.

Herhangi bir dava veya uyuşmazlığı arabuluculuğa taşıyıp taşıyama konusunda verilecek kararda aşağıdaki unsurlar gereklidir:

- Sürecin anlaşılması: Arabuluculuğun aslında neler gerektirdiği ve farklı türleri;
- Müzakere edilmiş bir anlaşma olmadan uyuşmazlığın mümkün ve hatta muhtemel sonuçlarının takdir edilmesi;
- Yasal davanın veya müvekkilinizi o sıradaki pozisyonunun gücüne ilişkin yeterli bilgi;

- Davanın şu açılardan müvekkil için gerçek değerinin anlaşılması:
 - (a) Maliyet-etkinlik;
 - (b) Zaman-etkinlik;
 - (c) Müvekkilin elinde olsa neyi gerçekten kazanmak istediği;
 - (d) Mahkemenin sağladığı hukuki çözümün (kazanılabilir olsa bile) gerçekte ihtiyaç duyulan şeyi sağlayıp sağlamayacağı;
- Şu konularda yeterli bilgi:
 - (a) Müvekkilin kendisi;
 - (b) Müvekkilin geniş kapsamda iş ilişkileri;
 - (c) Ticari, sosyal veya kişisel olarak taraflar arasında devam eden veya devam etmesi istenen ilişkiler.

Bu bilgiler olmaksızın müvekkile arabuluculuğa başvurma konusunda izin verme kararınızın doğru olup olmadığını değerlendiremezsiniz. İtalik yazılan kelimelere vurgu yapıyorum. Siz taraf vekilisiniz. Talebin veya savunmanın yönetilmesinde taktik kararları verme sorumluluğu size yüklendi. Bu noktada bu yalnızca arabuluculuk kuramının uygulanmasına veya AUÇ sektörü tarafından cezbedilmeye, hatta dava sürecindeki maddi yaptırımlara ilişkin gereğinden fazla endişelenmeye ilişkin bir soru değildir, fakat bu daha sonra önemli bir endişe konusu haline gelmelidir.

Sizin iki temel soruyu cevaplamanız gerekir:

1. Bu dava arabuluculuğa uygun mu?
2. Bu dava arabuluculuk için yeterli olgunluğa ulaşmış mı?

2.1 Dava Arabuluculuğa Uygun mu?

Belki öyle olabilir, fakat müvekkilinizi, gönderen avukatınızı veya asli avukatınızı veya diğer tarafı durumun böyle olduğuna dair ikna etme konusunda altta yatan zorluklar bulunabilir. Örneğin, bazı koşullar altında sağlanan fayda maliyete kıyasla çok az olabilir.

Mahkemenin teşvikine karşın, arabuluculuk süreci bir alternatif değil de ek bir prosedür olarak algılanabilir ve beraberinde ek maliyet getirebilir.

Arabuluculuğa gidilmesine ilişkin ilk teklif, hala bazı çevrelerde, ve hemen hemen her zaman için yanlış olarak, mahkemeye taşınan davadaki zayıflığın bir göstergesi olarak görülmektedir. Bu yafta, teklifi alan tarafın sürece veya kendisine sunulan fırsata ilişkin bilgisizliğinden kaynaklanır ve bu tür bir bilgisizliğin tamamen ortadan kaldırılması zaman alır. Fakat bu bir sonraki sorunun ortaya çıkmasını sağlar ve bu ikinci soru da en azından aynı düzeyde önemlidir.

2.2 Dava Arabuluculuk İçin Yeterli Olgunluğa Ulaşmış mı?

Arabuluculuk, daima denemeye değer bir yoldur (eğer gerekli taraflar ikna edilebilirse), peki ne zaman? AUÇ resmi işlemler başlamadan önce veya dava veya tahkim süreci sırasında kullanılabilir. AUÇ'ye ne zaman başvurulacağını tam olarak belirlemek için dikkate almanız gereken bir dizi soru bulunmaktadır:

- Talep, savunma, varsa karşı talep veya üçüncü kişi karışıklığı hakkında yeterli bilginiz var mı?
- Taraflar birbirlerinin ortaya koyduğu hususları biliyorlar ve anlıyorlar mı?
- Taraflar en azından olgulara ilişkin kendi açılarından bilgi sahibiler mi?
- Bilgilerin tam ifşasını istiyor musunuz mu yoksa ilerlemek için yeterince bilginiz var mı?
- Kendi müvekkilinizin ihtiyaçlarını doğru biçimde anlıyor musunuz?
- Tarafların dışında sürece katılacak başka dışarıdan kişiler var mı?
- Müvekkilinizin pozisyonu için azami koruma sağlamak ve diğer tarafa azami düzeyde zarar vermek amacıyla HUK hukuki giderler rejimini kullanarak diğer tarafa baskı uygulamak için zamanlama taktik olarak akıllıca mı?

- Diğer taraftan, potansiyel maliyet tasarrufu arabuluculuğun mümkün olduğunca erken bir zamanda - hatta hukuki işlemler başlatılmadan önce kullanılmasını gerektirecek düzeyde mi?
- Uyuşmazlık, bilirkişi tanıklığı ya da başka şekilde teknik kanıta başvurulması gereken türden bir uyuşmazlık mı?
- Erken bilirkişi tanıklığı elde edilerek veya ortak bir bilirkişi görevlendirilerek AUÇ zamanının daha öne alınması mümkün müdür?

Özellikle müvekkilinizin durumu ile ilgili olup olmadıklarını görmek açısından bu soruların her birinin cevabını bilmeniz gerçekten gereklidir.

Yukarıdaki temel soruların her ikisi de uyuşmazlığın çözümü için müvekkilin üstün menfaatlerini karşılama bağlamında değerlendirilmelidir. Bazı seçkin yorumcuların¹ ve kullanıcı kuruluşların² günümüzde 'AUÇ'yi 'alternatif uyuşmazlık çözümü' yerine 'uygun uyuşmazlık çözümü' olarak ifade etmelerinin nedeni de budur. Uluslararası Ticaret Odası Paris AUÇ Kuralları'nda da bu kısaltma 'barışçıl uyuşmazlık çözümü' olarak ifade edilmektedir. Ayrıca bu kısaltmayı 'hızlandırılmış uyuşmazlık çözümü' olarak açıklayan Sayın Yargıç Grahame Aldous'a da minnettarım.

AUÇ süreçleri daha sofistike hale geldikçe, arabuluculuğun sorunların anlaşmaya bağlanması veya belirlenmesi konusunda, süreç öncesi tarafsız değerlendirme, uzman tespiti, idari mini-yargılama veya uzlaşmacı tahkim veya geleneksel tahkim prosedürüne kıyasla daha uygun bir araç mı olduğunu değerlendirmeniz gerekir. Bunu yapabilmek için de arabuluculuk süreçlerindeki bu çeşitlemelerin farklı güçlü ve zayıf yanları hakkında fikir sahibi olmanız gerekir. Mahkemenin davayı arabuluculuğa sevk etmesinin arabuluculuğun sonuna kadar tek seçenek olduğu anlamına gelmediğinin de farkında olmanız gerekir.

2.3 Müvekkilin Arabuluculuğa Katılmasını Sağlamak

İlk temel adım müvekkilinize arabuluculuğu tanıtmak ve bu süreç hakkında fikir sahibi olmasını sağlamaktır. Müvekkillerin çoğu mahkeme ortamında aşırı derecede gergin olurlar, fakat yargılama sürecine karşı içten gelen bir saygı ve hatta bazen bir hayranlık vardır.

¹ Örneğin Profesör Jane Gordon, University of Oregon.

² Kanada Ulusal Enerji Kurulu; Oregon Eyaleti Adalet Bakanlığı; Amerika Birleşik Devletleri Eğitim Bakanlığı, Özel Eğitim Programları Bürosu Ulusal Uyuşmazlık Çözümü Merkezi.

Ortalama bir müvekkil arabuluculuk sürecine ilişkin daha da az bilgi sahibi olacaktır ve aceleyle garip bir prosedüre sokulma konusunda endişe duyabilir. Tahkime dayalı olmayan bir sürecin ihtiyaçlarını karşılayacağı konusunda ikna edilmeye ihtiyaç duyabilir çünkü büyük ihtimalle arabulucuyu bir hakim gibi görecektir ki elbette durum böyle değildir. Müvekkiliniz bu süreç sırasında kesinlikle hukuki temsilcilerinin durum hakkında bilgi sahibi oldukları ve taktik olarak kurnazca davranabilecekleri konusunda kendilerine güvence vermenizi isteyeceklerdir.

Arabulucular uyuşmazlıkların çözümüyle elde edilebilecek ortak kazanç potansiyelini araştırmak üzere eğitim görmüştür. Arabulucuların anlaşma potansiyelini ortaya çıkarma konusunda sahip olduğu en önemli araçlardan biri budur. Araştırmanın taraf vekili için kendi müvekkilini, avukatını veya diğer tarafı arabuluculuğa katılma konusunda ikna etmekle başlayıp günü geldiğinde yapıcı anlaşma olanaklarını analiz etme ve sunmaya kadar sürecin her aşamasında eşit düzeyde geçerli olduğunu unutmayın.

Sürecin en başından itibaren, arabuluculuğun istediği sonuçları kendisine sağlayacağını müvekkilinize gösterebilmeniz için bir yol olarak hem 'kendi müvekkilinizin kazançlarını' hem de 'ortak kazançları' dikkate almanız gerekecektir. En bariz örnekler maliyet ve zaman tasarrufu, sonucun kesinliği ve süreç üzerinde kontroldür. Kendi müvekkilinizi veya her iki tarafı da arabuluculuğa ikna edebilmek için, davanın esaslarına ilişkin tartışmalardan kaçınmanın ne gibi bir değer sağlayacağını düşünmeniz ve belirlemeniz gerekecektir. Mahkemenin sağlayabileceği hazır hukuki çarelerin ötesine bakın:

- Müvekkiliniz güçlü bir davaya sahip olabilir - gerçek veya algısal olarak - fakat şunların farkında olmayabilir: Harcadığı zamanın değeri; geri alamayacağı giderler; tanıklar, çalışanlar veya iş arkadaşlarının dava için hazırlanma ve mahkemeye katılma için ayıracakları zaman; kaybedilen bu zamanın ister yönetim ister üretimde olsun, işletme veya iş üzerindeki etkisi; kamuya açık olmanın getireceği etki; dava sürecinin yürütülmesi ile taraflar arasındaki ilişkilerin tahrip olması; bir emir kapsamındaki bir karar veya geri ödemenin uygulanması için gereken maliyet, etkinlik ve zaman.
- Müvekkiliniz güçsüz bir davaya sahip olabilir: Bu durumda iddiasını mahkemede denemek istemeyebilir veya olumsuz bir emsal oluşturulmasını önlemek amacıyla iddianın esastan denenmemesi konusunda ona tavsiyede bulunabilirsiniz.

- Mevcut dava nedeninin katı çerçevesinin dışında birbirini tamamlayan veya birbirine paralel olan uyuşmazlıklar olabilir - bunlar Henderson ve Henderson³ davasındaki kuralın ve HUK Kısım 3.4.3'ün tamamen dışında kalan ve tarafların aralarındaki tüm hususları aynı dava içinde ortaya koymalarını gerektiren diğer uyuşmazlıklar olabilir.
- Taraflar arasında uyuşmazlıkla ilgili olmayan veya tarafların değiştiremediği başka veya devam eden bir ilişki olabilir. Bu ticari, sosyal veya ekonomik bir ilişki olabilir. Aile ilişkilerini, birbirlerine yakın yaşayan komşu ilişkilerini veya iş arkadaşlarını veya işyerini veya dinlence alanları veya sosyal ortamları paylaşan ve sosyal bir bağlantısı olan kişileri kapsayabilir.

Arabuluculuğun pratik bir çözüm olarak sunulması müvekkilinizin bir şekilde anlaşmayı düşünmekte olmasını ön şart olarak gerektirir. Eğer müvekkiliniz ne pahasına olursa olsun mahkemede hesaplaşma konusunda kararlıysa, bu pozisyon, günümüzde gerçek dava giderleri birikmeye ve can acıtmaya başlayınca değişebilir. Hukuk Usul Kuralları kapsamındaki ilkeler ucuza gelmez ve dava yönetimi eninde sonunda müvekkilinizi isteyerek veya istemeyerek arabuluculuğa itebilir.

2.4 Müvekkilin Sorularıyla İlgilenmek

Müvekkilinizin davasına özel durumlar ışığında arabuluculuğun doğru seçim olduğu yönünde tavsiyede bulunmaya hazır olmanız gerekir. Kendisine avantajları ve dezavantajları gösterebilirsiniz. Vereceği tepkiyle, özellikle de soracağı sorularla ilgilenmeye hazırlıklı olun, çünkü bu süreçle ilgili bilgi sahibi olmayan dava taraflarının sergilediği oldukça alışlagelmiş bir tepki olacaktır.

Sorular genellikle dört kategoriye ayrılır: İlk olarak müvekkiliniz mahkemede hesaplaşma ve hakimin kendisinin haklı olduğunu her iki tarafa ve de dünyaya duyurması hakkının elinden alındığını düşünecektir. Bu durumun dava açmanın getirdiği riskler ve maliyet/fayda analizi açısından ele alınması gerekir. Buna ek olarak, müvekkilinize kendi görüş açısını bireysel olarak açıklayabileceğini ve bulunduğu pozisyonun aklanması için uğraşabileceğini ve de diğer kayda değer alternatif "kendi müvekkilinizin kazançları" olabileceğini açıklayabilirsiniz.

³ (1843) 67 ER 313; [1843-1860] AM ER Rep. 378.

Müvekkiliniz kendisine halka açık duruşmada kendisini bireysel olarak aklayabileceği kadar güçlü bir davaya sahip olabilir. Fakat, uygulamada 'haklı olmak' yeterli midir? Bu problemine karşılık girdiği risk ve maliyete değecek bir uygulamalı çözüm sunar mı?

İkincisi, müvekkiliniz arabuluculuğa başvurma yaklaşımını diğer tarafın bir zayıflık olarak değerlendirmesini istemiyor olabilir. Bu durum, Dava Öncesi Protokollerin ve bu dava öncesi faaliyetlere ilişkin uygulama talimatının, faal dava yönetimine ilişkin mahkeme kurallarının, arabuluculuğa ilişkin uygulama talimatının gereklerine (HUK kural 1.3, 1.4(2)(e), 3.1(4)) ve ceza giderleri düzeninin gereklerine (HUK kural 44.5 (3)) başvurularak ve de ilk teklifin sizin, şirketinizin veya avukatınızın yerine arabuluculuk hizmeti sağlayıcı veya mahkeme tarafından yapılacağı belirtilerek ele alınabilir. Diğer taraftan gelen bir arabuluculuk teklifini göz ardı etme imkanınızı ciddi anlamda zayıflatan PGF II SA ve OMFS ve Bank of Scotland⁴ davasının etkilerini vurgulayın.

Üçüncü olarak, müvekkiliniz arabuluculuk sürecinin ne kadar mal olacağını sorabilir. Endişesi anlaşmaya varılamaması durumunda bu sürecin bir para kaybı olacağına yöneliktir. Bu durumda istatistiksel başarı oranlarını açıklayabilirsiniz ve arabuluculuk sürecinin o sırada bir mutabakata varılamasa bile anlaşmaya yönelik bir ivme oluşturduğunu söyleyebilirsiniz. Dava süreci içinde gerçekleştirilen arabuluculuğun sorunları azaltarak veya netleştirerek ve de duruşmada diğer tarafın muhtemel olarak nasıl hazırlanacağını hem sizin hem de müvekkilinizin iyi biçimde görmesini sağlayarak ortaya çıkarabileceği tamamlayıcı faydaları da dikkate almasını isteyebilirsiniz.

Son olarak da, müvekkiliniz doğru arabulucunun kim olacağını bilmek isteyecektir. Eğer bu aşamaya gelmişse, zaten sürece giriyor demektir. Erken bir aşamada ya aklınızda bir arabuluculuk hizmeti sağlayıcı olur ya da özellikle bu alanda deneyimliyseniz veya daha önce başarılı arabuluculuk süreçlerinde tarafları temsil etmişseniz, kullandığınız veya sizin çevreleriniz veya firmanız tarafından kullanılan uygun arabuluculardan oluşan bir liste sunarsınız.

⁴ [2013] EWCA Civ 1288

2.5 Açıklanması Gereken Kilit Noktalar

Müvekkilin bilgi sahibi olarak bir karar verebilmesi gerekir. Vereceğiniz herhangi bir bilgi muhtemelen aşağıdaki noktalara ilişkin olacaktır:

- (i) Müvekkilinizin arabulucunun sahip olduğu role ilişkin fikri muhtemelen yanlış olacaktır. Bu süreç üçüncü bir kişi tarafından bir kararın dayatılması değildir. Aksine mevcut problemin ve mümkün olduğu yerlerde taraflar arasında mevcut olan veya öngörülebilir diğer tamamlayıcı veya daha geniş çaplı sorunların çözülmesi için karşılıklı mutabakata dayalı bir girişimdir. Müvekkiliniz mevcut uyuşmazlık çerçevesi dışında yer alan bazı amaçlara ulaşmak istiyor olabilir. Öyleyse, taraflar arasında bir müzakere yapılmasından ziyade bir arabulucuya neden ihtiyaç duyulduğunu rasyonelleştirebilmeniz gerekir. Arabulucu konuşulanları gizli tutacağına güvenilebilir bir dinleyici ve mekik diplomat olacaktır; tarafların birbirleriyle olan iletişimini filtreleyecek, varsa duygusal husumetleri sindirecek ve tarafları pozisyonlarında kasılmak veya hak iddia etmek yerine altta yatan hedeflere odaklanma konusunda zorlayacaktır; ortaklaşa problem çözümünü teşvik edecek, uygun tavizler önerecek, muhtemelen (teklif edilen bir anlaşmanın) esasına ilişkin bağlayıcı olmayan görüşler sunacak (eğer bu doğrultuda zorlanırsa) ve ayrıca çözümlenmesi zor soruları soracak ve bunları tarafların davalarının güçlü ve zayıf yanlarına yansıtacaktır.⁵
- (ii) Hukuki çerçeve müvekkilinizin pozisyonunu korumak için vardır; özellikle bir güvenlik ağı olarak işlev görür. İşlemlerin "tüm haklar saklı kalma" mahiyetini, gizli olduklarını ve arabuluculuk sürecinde karşılıklı paylaşılan ve alınan bilgilerin normalde daha sonradan mahkeme de dahil olmak üzere başka yerlerde kullanılamayacağını vurgulamanız gerekecektir.
- (iii) Sürecin ne ölçüde karşılıklı mutabakata dayandığı: Müvekkiliniz arabuluculuğu istediği zaman bırakabilir (uyuşmazlıkta çekişmeli bir dava süreciyle karara varılması durumunda bu davranışının HUK Kısım 44 kapsamında muhtemel olarak aleyhinde kullanılmasına tabi olarak).

⁵ Mackie, Karl. The Effective Mediator CEDR seminar paper [Etkili Arabulucu, CEDR-Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi seminer bildirisi] Şubat 2002.

⁶ Venture Investment Placement Ltd ve Hall Davası [2005] EWE C 1227 (Ch); Reed Executive Plc ve Reed Business Information Davası [2004] EWCA Civ 887; [2004] 1 WLR 3026 applying Rush & Tompkins Ltd ve GLC Davası [1989] AC 1290 HL; Cumbria Waste Management ve Baines Wilson Davası [2008] EWHC 786; Farm Assist Ltd ve DEFRA Davası (No.2) [2009] EWHC 1102 TTC. Bkz. Kısım 6.

- (iv) Eğer dava belirli bir yargı yetkisi alanı dahilindeyse arabuluculuğun teklif edilmesi mahkeme gözetiminde bir programın alanına girebilir. Eğer durum böyleyse, özellikle bu program kapsamındaki gönüllü girişimler azsa bir zorunluluk unsuru mevcut olabilir.
- (v) Bir anlaşmaya varıldığı zaman, bu sözleşme kapsamında uygulanabilir hale gelir ve yapılabilir olduğu sürece mahkemeler bunu uygulayacaklardır.⁷

Ticari müvekkiller için, Birleşik Krallık'taki arabuluculuk sektörünün son on beş yıl boyunca çok sayıda son derece nitelikli, kolay erişilebilir ve uygun fiyatlar sunan arabulucular ve de uzman uygulayıcılar yetiştirdiği vurgulanmalıdır. Arabulucuların çoğu müvekkillere sundukları armağanı tamamen değerinden daha az bir fiyata sunarlar. Her ne kadar işlevleri farklı olsa da, hakimin aksine arabulucuyu seçme şansı olduğunu belirterek önemli bir noktaya temas edebilirsiniz.

Büyük kurumsal müvekkiller bu aşamada ve bazen de sürecin ilerleyen kısımlarında genellikle bir sorun çıkarırlar. Çok katmanlı veya kurumsal bir konuda, ister özel ister kamu sektörü olsun, arabuluculuğa başvurma sorusu kendi danışmanları tarafından uygun karar vericiye sunulmalıdır. Suçlama kültürünün hakim olduğu örgütlerde, kişilerin bir karar verip hata yapmak yerine hiç karar vermemeyi tercih etmeleri gibi bir risk olabilir. Bu tür bir kültürün üstesinden gelmeniz ve arabuluculuğun denenmesini ve bunun uyuşmazlık yönetiminin hangi aşamasında olması gerektiği konusunda tavsiye verme konusunda tavizde bulunmamanız gerekebilir.

Müvekkiliniz tereddütlüyse ona karşı anlayışlı davranın. Pek çok davada, müvekkil için inandığı bir dava için savaşmamaya karar vermek zordur ve kişi makul biçimde 'gözlerini ilk kırpan kaybeder' mantığı veya ek bir maliyet katmanı olarak algıladığı bu durum hakkında endişeli olabilir. Bu algılar arabuluculuk sürecine girmenin nispeten risksiz olduğu gösterilerek giderilebilir: Yargılayıcı veya bağlayıcı olmayan bir süreçte HUK'un sınırlamalarının dışında hareket etme ve müvekkilinizin üstün menfaati için arabuluculuk sürecinin dinamiklerini kullanma esnekliğiniz olur. Mahkeme süreç başarılı olmasa bile bu sürece girdiğiniz için sizi ödüllendirecektir. Eğer süreç başarısız olursa, para israf edilmiş olsa bile, bizzat arabuluculuk anlaşmasının kapsamı dışında kalan giderler genellikle hukuki giderler haline gelecektir.⁸

⁷ Foskett QC, David The Law and Practice of Compromise [Ödün Vererek Anlaşma Hukuku ve Uygulamaları] 8th edn 2015 Thomson Sweet & Maxwell Bölüm 10, 11 ve 43.

Dava avukatlığının sınırlarının aksine, müvekkilinizin pozisyonunu kanıtlamak için deliller ve argümanlar sunmak yerine soruna yönelik çözümler geliştirme ve diğer taraftan kendiniz adına puan kapmak yerine onların neler dediğini de değerlendirme imkanınız olur.

2.6 Diğer Avukatların veya Müvekkilinizin Arabuluculuğu Kabul Etmesini Sağlamak

Şimdiye kadar ifade ettiklerimden arabuluculuğun gerekli beceriye sahip olmayan veya naif olan kişiler için uygun bir alan olmadığı anlaşılmalıdır. Fakat bu süreç girmenin önündeki engel hukuk mesleğinden olmayan müvekkilden kaynaklanmayabilir. Aksine siz danışmansanız; danışmanlığını yaptığınız firmanın veya hukuk bürosunun avukatlarının direnciyle karşılaşabilirsiniz. Aynı şekilde bu bizzat danışmandan da gelebilir. Her türlü, tartışılabilir iyi bir gerekçe olmadığı durumda yapılan itiraz artık HUK'a, çoğu yargı düşüncesine ve kesinlikle dava yönetimine ve sağduyuya aykırıdır.

İtiraz, hukuk mesleğinden müvekkilin ilk tepkisi ile bağdaşan aynı algı problemlerinden kaynaklanabilir. Her ne kadar büyük firmaların çoğu artık tüm uyuşmazlık çözümü türlerini dava departmanlarının bir parçası olarak kabullenseler de, hala kıdemli avukatlar arasında oldukça yaygın ve gerçek bir bilgi eksikliği ve bu sürecin bir şekilde "hukukçu tarzından daha uzaklaşmış" olduğu yönünde bir önyargı ve çekışmeli işlerindeki gelirlerinin azalması endişesi vardır. Pek çoğu için 'AUÇ'nin anlamı 'Gelirlerdeki Korkutucu Düşüş'tür ("Alarming Drop in Revenue"). Nihayetinde gerçekten tatmin olmuş bir müvekkilin sunacağı pazarlama gücünü fark edecek öngörüye sahip değildirler.

Arabuluculuğun müvekkilinizin özel ihtiyaçlarına tamamen uyduğu ve mahkemenin faal dava yönetimi uygularken mevcut dava için arabuluculuğu uygun gördüğü durumlarda, gönderen avukatınızın veya asli avukatınızın bunu müvekkilinize tanıtmada konusunda durumu kendilerine mal etmeleri gerekir. Eğer arabuluculuk başarılıysa, her ne kadar mevcut davanın yargıya götürülmesi halinde elde edilecek gelirden bir azalma olsa bile, firma müvekkil tatmini sağlayacaktır ve bu da güçlendirilmiş bir ilişki sunacaktır.

⁸ Bkz. Bölüm 7.3

Zaten dava sürecinde de anlaşmaya varılabilir - çıkarılan mahkeme celplerinin %90'ından oldukça fazlası hiçbir zaman duruşma aşamasına gelmez. Ve eğer arabuluculukta başarısız olunursa, ücret geliri hala mevcuttur.

Anlaşmaya yönelik müzakerelerde bir kördüğüm olup olmadığına veya gelecekte ortaya çıkıp çıkmayacağına bakın. Bu taraflar arasında ciddi bir güç veya ekonomik açıdan dengesizlik olması gibi talebe ilişkin anlaşmanın zor olacağını ileri süren faktörlerin varlığı olabilir veya bu uyuşmazlık ile diğer uyuşmazlıklar (veya mevcut dava süreci) arasında bir bağlantı olabilir. Gönderen avukatınıza veya asli avukatınıza hiçbir yere varmadan aylarca sürebilen sonuç vermeyecek müzakereler peşinde koşmak yerine arabuluculuğu önererek mahkemenin gözünde itibar kazanabileceği yönünde tavsiyede bulunabilirsiniz.

Uyuşmazlığın erken aşamalarında arabuluculuğa ilişkin sözleşmede bir zemin veya mahkeme prosedürü talimatı olup olmadığını görebileceksiniz - bu yerel veya yargı yetkisi alanı bazlı mahkeme gözetiminde veya sevkinde bir program veya özel amaçlı sektör bazlı bir süreç olabilir.

2.7 Diğer Tarafın Arabuluculuğa Katılmasını Sağlamak

Sağladığı pek çok avantaja rağmen, arabuluculuk her derde deva değildir ve arabuluculuğun uygun olmadığı davalar da vardır; ve vurgulandığı üzere, zamanlama da aynı oranda hatta daha da önemlidir. Dolayısıyla bir öncül olarak aşağıdaki koşulların sağlandığından emin olmadığınız sürece arabuluculuğu diğer tarafa teklif etmemeniz gerektiğini ne kadar vurgulasam azdır:

- Uyuşmazlık için uygun olması;
- Müvekkilinizin sürecin ne olduğunu ve neden kabul etmesi gerektiğini anlaması;
- Doğru taktik olması; ve
- Zamanlamanın doğru olması.⁹

Dikkate almanız gereken bir diğer engel ise karşı tarafın davasının gücüne ve yargılamanın muhtemelen sonucuna ilişkin beklentisidir. Kendi müvekkilinizin pozisyonunun gücü veya zayıflığına ilişkin görüşünüz ne olursa olsun, tarafların muhtemel sonuca ilişkin tahminleri arasında ciddi ve iyi niyete dayalı farklılıklar olabileceğinin farkında olmanız gerekir.

⁹ Bkz. Dodson, Charles Preparing for Mediation [Arabuluculuğa Hazırlanmak] (1997; 17 Kararları, CEDR (Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi)).

Bu kapatılması zor olan bir uyuşmazlık boşluğu yaratılmasına neden olur.

Üçüncü olarak, uygun olduğu yerlerde, çok taraflı ve çok konulu bir uyuşmazlıkta görevlendirildiğiniz durumlarda durumun karmaşıklığını da düşünmeniz gerekir. Çoğu davada, bu durum arabuluculuğu teşvik etmelidir. Fakat nadiren bu durum bir engel olabilir ve muhtemelen çok taraflı davalar için arabuluculuk tekniklerine aşına olmayan bir taraf da bunu bu şekilde algılayacaktır.

1. Eğer uyuşmazlığın dava konusu bir sözleşmeye dayanıyorsa, ilk olarak bir arabuluculuk/AUÇ maddesi olup olmadığına ve varsa bunun zorunlu ve uygulanabilir olup olmadığına bakın.¹⁰ Zorunlu olsun veya olmasın, böyle bir maddenin varlığı ilk fırsatta diğer tarafın dikkatine sunulmalıdır. Bu maddenin neden uygulanmaması gerektiğinin mahkemeye açıklama yükümlülüğünü diğer tarafa bırakın.
2. Diğer tarafın avukatlarının veya profesyonel danışmanlarının CEDR (Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi), ADR Group (AUÇ Grubu), SCMA (Arabuluculuk Taraf Vekilleri Daimi Konferansı), CMC (Hukuk Arabuluculuk Konseyi) veya diğer yaygın olarak tanınan arabuluculuk hizmeti sağlayıcılara üye olup olmadıklarına bakın. Davanızda arabuluculuğa karşı çıkmalarının arabuluculuğu destekleyen kuruluşlara üye olmalarına ters düştüğünü ileri sürün.
3. Hukuk Usul Kuralları'nın her türlü AUÇ'nin düşünülmesini gerektirdiğini belirtin. Mahkemeler HUK kural 26.4, 1.3, 1.4(2)(e), 3.1(4) maddelerinin ve kural 44.5 (3) kapsamındaki hukuki giderler rejiminin kullanılması konusunu ciddiye alırlar. Onları uygun olduğu yerde hukuk mahkemesinin uzman yargı yetkisi alanları için öngördüğü uygulama talimatını dikkate almaya davet edin: Bkz, örneğin, Ticari Mahkeme Rehberi Kısım G.
4. Eğer diğer taraf arabuluculuk alanında deneyim sahibi değilse ve sürecin bağımsız olarak açıklanmasına ihtiyaç duyuyorsa, onlara birtakım eğitici materyaller sunun.
5. İlgili iş ilişkilerinin/sosyal ilişkilerin korunabileceğini/sürdürülebileceğini gösterin.

¹⁰ Bkz örn. R G Carter Ltd ve Edmund Nuttall Ltd Davası (2002) BLR 59; O'Callaghan ve Coral Racing Ltd Davası [1998] EWCA Civ 1801; N ve N Davası [1999] Fam. Div LTL Lawtel AC7800507.

6. Sürecin bağlayıcı olmadığını ve dolayısıyla çok küçük bir riski veya olumsuz tarafının olduğunu vurgulayın.
7. Uygun olduğu yerde şunu söyleyin: Dava Öncesi Protokoller kapsamında açıklanan bilgiler, taraflar için en arzu edilen durum olan yaratıcı ticari çözümün mahkeme tarafından sağlanamayacağını açıkça gösteriyor.
8. Mutlak rakamlar bakımından arabuluculuğun artık ucuz bir yöntem olmadığını fakat yargıya götürülen bir dava sürecine kıyasla hala daha ucuz olduğunu tekrarlayın. Yüksek dava harçları bile tek başına (diğer harcamaların hariç tutulduğu giderler) mahkeme celbinin çıkarılmasından duruşmanın gerçekleşmesine kadar her £100.000 değerinde bir dava için £18.000'in oldukça üzerindedir. Şaşırtıcı biçimde orta çağa aitmiş gibi görünebilir fakat hala mahkeme salonunun ve hakimin kullanımı için günlük bir ücret tarifi olan uygulamalar vardır. (Belki gelecekte sizi işinizi orada görmemiz için ikna etmek amacıyla mahkemeler indirimler sunabilir!)
9. Halsey²⁸ davasının ve bu davayı izleyen daha yakın zamanda gerçekleşen davaların¹¹ ayrıntılı analizi hakimlerin artık genelde hakim tavsiye etse de etmese de arabuluculuğu makul olmayan biçimde reddeden taraflara maddi yaptırımlar uygulamayı düşündüklerini ortaya koymaktadır.
10. Arabuluculuğun avantajlarını gerçekten bilmediklerini iddia eden diğer taraf için avantajlar şunlardır:
 - Uyuşmazlık sonucunun size dayatılmasından ve muhtemelen her iki tarafı da memnun etmemesinden ziyade bu sonuç üzerinde kontrol sahibi olabilmeniz arzu edilebilir bir durumdur. Davaları 'kazananların' çoğu aslında harcadıkları zamanı, geri alamayacakları giderleri ve durumun ağırlaşmasını dikkate aldıklarında, aslında hiçbir şeyi kazanmadıklarının farkına varırlar.
 - Her iki taraf da liyakat sahibi olduğu zaman bu mahkemenin sunabileceğinden daha adil bir sonuca ulaşılmasını sağlayabilir.
 - Her iki tarafın da aslında istemediği bir duruşmanın yapılmamış olması kendine has avantajlara sahiptir: Giderlerin azaltılması, tam duruşmaya hazırlanma, dava sürecinin bu o kadar uzatılmış olmaması, ve daha sonra taraflardan birinin kullanabileceği olgusal delillerin olmaması.

¹¹ Örn. Rolf ve De Guerin Davası [2011] EWCA Civ 78; Phillip Garritt-Critchley & Ors ve Andrew Ronan ve Solarpower PV Ltd Davası [2014] EWHC 1774 Ch; Laporte ve Commissioner of Police for the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası [2015] EWHC 371 (QB)

- Genellikle oldukça hızlı biçimde çözüme varılır.
- Taraflardan biri veya her ikisi için de gerçekten önemli olan menfaatler dava süreci çerçevesinde avukatlar tarafından ileri sürülen teknik veya hukuki hususlar tarafından örtbas edilmeyecektir.
- Belirleyici hukuki hususların halihazırda belirlenmiş olduğu bir durumda hukuki bir ilkeye karşı savaşmanın aslında hiçbir anlamı olmayabilir.
- Olumsuz bir emsal oluşturmaktan kaçınma ihtiyacı olabilir ve bu endişe her iki tarafla da bağlantılı hale gelebilir.
- Taraflardan birisinin veya her ikisinin de kamuya reklam olmamak için geçerli sebepleri olabilir ki dava ister yerel ister ulusal düzeyde olsun, bu en azından muhtemel olarak her zaman mahkemeler tarafından göz ardı edilir.
- Taraflardan birisi veya her ikisi de, ticari veya başka bir nedenle, uyuşmazlığın bilinmemesini isteyebilir.
- Taraflardan birisi veya her ikisi de normalde dava sürecinde sunmaları gerekecek bazı bilgileri ne kadar açıklayacaklarını sınırlamak isteyebilir.
- Uyuşmazlık bağlamında veya genel anlamda taraflardan birinin açıklaması gereken bazı bilgiler utanç verici olabilir.
- Taraflardan biri açıklamamayı tercih ettiği ticaret veya işletme sırlarına sahip olabilir fakat bunlar davanın yargıya taşınması durumunda kamuya açık hale gelebilir.
- Davada yargılamadan önce anlaşmaya varılabilir ve eğer böyle olursa bu durum ne kadar erken durdurulmaya çalışılırsa o kadar iyidir. Davada anlaşmaya varılmaması için iyi bir sebep olmayabilir fakat bunun için bir amaç ve dışarıdan gelen görüşün sağlayacağı bir itici güç gerekir.

- Ticari veya sosyal nedenler olmasına karşın belki aslında taraflardan hiçbirisi dava sürecine girmek istemiyor olabilir.
- Bir arabulucu normalde bir anlaşmayı engelleyebilecek bir duygusallığı veya husumeti gidermeye yardımcı olacaktır.
- Dava sürecinin sonucunun belirsiz olması genellikle arabuluculuğa başvurmak için iyi bir nedendir.

Eğer diğer tarafı arabuluculuğu düşünme konusunda ikna edemezseniz, veya bir şekilde bunu yapma konusunda kendinizi rahatsız hissederseniz, arabuluculuk hizmeti sağlayıcıların işlevlerinden biri de erken bir zamanda diğer tarafa ulaşmak ve arabuluculuğu isteyip istemediklerini araştırmaktır. Arabuluculuğa karşı gösterilen direnci kırmak için deneyim sahibi tarafsız bir üçüncü kişi veya arabuluculuk hizmeti sağlayıcı kullanın. Bu kişiler, diğer tarafın bu davaya uygun olmadığı gerekçesiyle bu süreçten kaçınmak için ileri sürebilecekleri çok çeşitli gerekçelerle başa çıkma konusunda sizden daha deneyimli olacaklardır. Bu uzmanlar, arabuluculuğun 'davanın çok karmaşık olması, esasa ilişkin farklı hukuki görüşler olması, uzmanların mutabakata varamaması veya tehlikeye atılan hususun çok önemli veya çok önemsiz olması' gerekçeleriyle ileri sürülen tipik savlara cevap verebileceklerdir.

Günümüzde Halsey kararından sonra, yani Burchall ve Bullard,¹² Rolf ve De Guerin¹³, Gaith ve Indesit Company UK Ltd,¹⁴ Faidd ve Elliott Corporation,¹⁵ ve PGF¹⁶ davalarında Temyiz Mahkemesi'nin mevcut yargısal görüşü, gerçekten arabuluculuğa uygun olmayan çok az tipte dava olduğu yönündedir - bunlar bir kamu hukuku emsali oluşturma isteği, duruşmasız bir yargılama için somut bir dava ve hızlı ihtiyati bir hukuki çözüm gereken durumlar olabilir, fakat hem PGF hem de Swain Mason vd. ve Mills & Reeve¹⁷ davalarında Mahkeme zorunlu veya mahkeme emrine dayanan bir arabuluculuk uygulaması düşünmediğini vurgulamıştır. İhtiyati bir hukuki çözüm gereken davalarda bile, dava ara hüküm verildikten sonra kesinlikle arabuluculuğa götürülebilir; aynı durum duruşmasız bir yargılama girişiminde bulunduktan sonra da geçerlidir.

¹² [2005] BLR 330

¹³ [2011] EWCA Civ 78

¹⁴ [2012] EWCA Civ 642

¹⁵ [2012] EWCA Civ 287

¹⁶ A.g.e.

¹⁷ [2012] EWCA Civ 498

HUK ve mahkeme gözetimli programlar artık dava taraflarının ve avukatlarının 'gözlerini ilk kırpan kaybeder' mantığının üstesinden gelmelidirler ve tarafların sürece girmeden önce sundukları ön şartlar üzerinde direktmeleri durumlarını da gidermelidirler. Mahkeme tarafından gizlilik konusunda verilen güçlü destek,¹⁸ arabuluculuk içeriğini "tüm haklar saklı kalma kaydı"na tabi müzakereler ile aynı statüde değerlendirmeleri, taraflara güven vermek amacıyla tasarlanmış unsurlardır.

2.8 Arabuluculuğa Karşı Çıkmak

Bir taraf vekili olarak, arabuluculuğun müvekkilinizin ihtiyaçlarını karşılamayacağı bir durumda arabuluculuğa zorlanması halinde de bu duruma nasıl karşı çıkacağınızı bilmelisiniz. Her ne kadar Halsey¹⁹, Dunnett ve Railtrack²⁰ ve Hurst ve Leeming²¹ davalarının ve yukarıda bölüm 2.7'de bahsedilen davaların bir araya gelerek oluşturduğu ve dava süreçlerinde yer alan tüm hukuk mesleği mensuplarının artık rutin olarak müvekkilleri ile söz konusu uyuşmazlığın AUÇ'ye uygun olup olmadığını değerlendirmeleri gerektiği, davaların çoğunun arabuluculuğa uygun olduğu şeklinde değerlendirilmesi gerektiği, ve (zorlamanın dışında) hakimin AUÇ'ye başvurma konusunda tarafları güçlü biçimde teşvik edebileceği ve ilk bakışta arabuluculuğa katılma konusundaki isteksizliği kabul etmeyebileceği yönündeki etkiye rağmen, eğer olgulara dayanarak arabuluculuğun müvekkiliniz için yanlış olduğuna gerçekten inanıyorsanız bu baskıya karşı koyabilmeniz gerekir.

Yukarıda mahkemenin arabuluculuğa ilişkin tutumunun önüne geçecek faktörlerden bahsettik. Bunlar şu durumlarda geçerlidir:

- (a) Tarafların en azından birinin bir emsal istiyor olması.²²
- (b) Fiilen (veya hukuken) iyi niyetli bir uyuşmazlık yoktur - taraflardan birinin pozisyonu esastan yoksundur.
- (c) Müvekkiliniz arabuluculuğun sağlayamayacağı bir hukuki çareye, yani bir mahkeme kararı veya başka bir zorunlu veya yasaklayıcı emre ihtiyaç duymaktadır.

¹⁸ Venture Investment Placement Ltd ve Hall Davası [2005] EWHC 1227 (Ch) ve Reed Executive Plc ve Reed Business Information Davası [2004] EWCA Civ 387; ayrıca bkz. Bölüm 6.

¹⁹ A.g.e.

²⁰ [2002] 1 WLR 2434

²¹ [2003] 1 Lloyds Rep 379

²² McCook ve Lobo Davası [2002] EWCA Civ 1760

Arabuluculuğa doğru yönlendirilmeye karşı koymak için başka argümanlar da mevcuttur veya dava sürecinin bu aşamasında müvekkilinizin neden arabuluculuk sürecine girmemesi gerektiğine ilişkin taktik gerekçeler de vardır. Örneğin:

- (a) Gecikmenin sağladığı avantaj büyük ölçüde tek bir tarafın lehine olabilir.
- (b) Özellikle uzman avukatlar veya konuya ilişkin uzmanların dahil olduğu bir durumda davada yardımsız müzakereler yoluyla yakın bir zamanda anlaşmaya varılabilir.
- (c) Aksine, bir anlaşmaya varma konusunda hiçbir motivasyon olmayabilir.
- (d) Taraflardan biri tamamen aleni duruşmada bireysel olarak aklanmak istiyor olabilir ve de muhtemelen mahkemenin kabul edeceği bir pozisyonda olabilir.
- (e) Dava bir suç faaliyetine veya aile ilişkilerine ilişkin olabilir veya mahkemenin yargı yetkisinin üstünlüğünü gerektirebilir.
- (f) Hayati öneme sahip kurumsal menfaatler söz konusu olabilir.
- (g) Uyuşmazlığa konu olan husus ya aşırı derecede büyük ya da arabuluculuk giderlerini gerekli kılamayacak kadar küçük olabilir.
- (h) Önceki faktörlerden herhangi biri ile birlikte değerlendirildiğinde, her iki tarafın da pozisyonlarını ve anlaşma ihtimallerini doğru biçimde değerlendirebilmek için daha fazla zamana ihtiyaç olabilir.²³
- (i) Daha önce bahsedilen husus bağlamında, arabuluculuğa gitme kararı alınmadan önce bilirkişi tanıklığına ihtiyaç olabilir.
- (j) Yeterince bilgi açıklanmamış olabilir.
- (k) Davanın özel koşulları altında, öncelikle karşılıklı olarak tanık ifadelerinin paylaşılması gerekebilir.
- (l) Bir görüşe göre, maliyet/fayda analizi, arabuluculuk giderlerinin davanın değerine kıyasla orantısız olacağını gösterebilir.

Arabuluculuğa karşı ortaya koyduğunuz argümana dikkatle ve titizlikle yaklaşın. Kazanmanıza rağmen dava yargıya giderse, mahkeme arabuluculuğun kaybeden tarafın isteği üzerine giderleri ele almak için herhangi bir duruşma sırasında makul olmayan biçimde reddedilip reddedilmediğini değerlendirmek isteyebilir,

²³ SITA v Wyatt [20021 EWHC 2401 Ch; Corenso ve Burnden Davası 120031 EWHC 1805 (QB)].

ve uyuşmazlığın mahiyeti, davanın esası, diğer anlaşma yöntemlerinin denenip denenmediği, AUÇ giderlerinin orantısız biçimde yüksek olup olmadığı, bir arabuluculuk türünü uygulama konusundaki gecikmenin duruşmayı ciddi anlamda geciktirip geciktirmeyeceği ve arabuluculuğun makul bir başarı olasılığına sahip olup olmadığı da dahil olmak üzere tüm ilgili koşullara bakacaktır. Sizin veya müvekkilinizin davanın sağlamlığına ilişkin inancınız kendi başına arabuluculuğu reddetmeniz için bir gerekçe değildir,²⁴ ve eğer hakim arabuluculuğun uygun olacağına ve muhtemelen sonuç vereceğine ve en azından denenmiş olması gerektiğine karar verirse bu durumda kazanan tarafı giderlerinin ödenmesinden mahrum edebilir.

²⁴ Lightman J, Hurst ve Leeming Davası [2003] 1 Lloyds Rep 379

Bölüm 3

ARABULUCU SEÇİMİ

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 3 ARABULUCU SEÇİMİ

Bir taraf vekili için, mahkeme heyetinin kimlerden oluşacağını seçmek alışılmadık ve aydınlatıcı bir deneyimdir. Her ne kadar bir arabulucunun hakem yetkilerine sahip olmadığı ve bir karar verici olmayacağı sürekli vurgulansa da, şüphesiz ki taraflar işlemleri yöneten veya düzenleyen kişi olarak arabulucuyu bir otorite figürü olarak görerek saygı gösterecek ve ağırbaşlılığı ve deneyimine güveneceklerdir. Gerçekten de arabulucu özellikle yol göstererek ve tarafların kabul etmesi beklenen olumlu önerilerde bulunarak usule ilişkin hususlarda yargılamada yardım sunacaktır. Her durumda hukuk mesleğinden olmayan müvekkiliniz öyle olmadığını açık biçimde belirtmiş olmanız gerekse bile arabulucuya muhtemelen bir tür hakimmiş gibi davranacaktır.

Çoğunlukla, bir taraf vekili olarak, size arabulucu görevlendirildikten sonra talimat verilebilir. Ancak, imkanınız olduğu zaman, uygun arabulucuyu seçme fırsatı asla kaçırılmamalıdır. Diğer duruşma öncesi danışmanlık işleri ne kadar bir taraf vekilinin işleviyse bu seçime ilişkin rehberlik sunmak da aynı şekildedir ve dikkatli biçimde ele alınmalıdır. Eğer uyuşmazlığın erken bir aşamasında danışmanlık sunmanız istenirse, arabulucuyu seçme konusunda dikkate almanız gereken iki önemli uygulama sorusu vardır. Birincisi, bir arabuluculuk hizmeti sağlayıcı görevlendirilmeli midir? İkincisi, arabulucu bir avukat olmalı mıdır; uyuşmazlık konusu alanında uzman birine mi ihtiyacınız var, yoksa deneyimli hukuk mesleği mensubu olmayan birine mi ihtiyacınız var (yani hukukçu olmayan birine).

Birtakım niteliklere sahip bir arabulucu bulmanız gerekir. Tanınmış bir arabuluculuk eğitim kurumu veya hizmet sağlayıcıdan uygun yeterlilik sahibi ve eğitim almaya devam eden veya halihazırda akreditasyon almış biri olmasının yanı sıra, uyuşmazlık alanında belli bir bilgiye sahip olan, hatta uzman olan makul düzeyde deneyim sahibi birine ihtiyacınız vardır. İyi bir tutuma ve insanlarla iletişim becerisine sahip olması gerekir - aynı zamanda sabra ve tarafların yılgınlığını, kızgınlığını veya endişesini azaltma kabiliyetine sahip olması gerektiği için, insanlara destek olmak da arabulucunun becerilerinin olmazsa olmaz bir parçasıdır. İletişim becerileri yüksek olan ve kendini beğenmiş görünmeden bir otorite hissi verebilen ve yenilikçi fikirleri veya problem çözme becerileri olan bir adaya ihtiyaç duyacaksınız.

Tarafların ortaya koyduklarını pozisyonları inceleme ve test etme konusunda yeterli olması ve bunların sonuçlarını kolayca ele alabilmesi açısından bizzat arabulucunun bir avukat olması gerekecektir. Enerjisi ve mizah anlayışı olan birisi de faydalı bir kazanç olabilir çünkü bunlar da önemli özelliklerdir.

3.1 Doğru Arabulucunun Seçilmesi

Arabuluculuk hizmeti sağlayıcı tercih etseniz de etmeseniz de, yine de müvekkiliniz için doğru arabulucunun kim olduğuna karar veya rıza vermeniz gerekir. Arabulucuları eğiten bu kurumların onlara akreditasyon ve devamlı eğitim vererek bir kalite eşiği belirlediği ve kendi arabulucularını eğitirken kullandıkları prosedürler, yöntemler ve uygulamaların büyük ölçüde aynı olduğu varsayıldığında, cevaplamanız gereken soru sizin uyuşmazlığınız açısından en uygun ve arzu edilen arabulucunun kim olduğunu nasıl belirleyeceğinizdir.

İlk olarak, taraf vekili olduğunuz için, uygulamada olmasa bile mesleki birikim olarak da avukat olan bir arabulucu isteyip istemediğinizi düşünün. Bunun avantajları kolayca ve bariz olarak görülebilir: Deneyimli dava avukatları ve danışmanlar eleştirel analiz, problem çözme ve iletişim konularında iyi bilenmiş uygulama becerileri geliştirirler. Temel sorunları belirleme ve belirli bir pozisyonun fiili ve hukuki esaslarına odaklanma konusunda keskin olabilirler. Söz konusu hukuk alanına aşina olan bir arabulucu, istenirse, hukuki bir tartışmaya girebilir, kilit davaları bilebilir ve tarafların ilgili pozisyonlarının hukuki esaslarını tanıyabilir. Bir avukat aynı zamanda arabuluculuğa konu olan türdeki uyuşmazlıkların dava süreçlerine ilişkin uygulamalı deneyim sahibi de olabilir.

Uzman hukukçular bir arabulucu uyuşmazlığın içinde bulunduğu hukuki ve ticari bağlamı kolayca anlayacaklardır; her iki taraf vekilinin de hukuk mesleğinden olmayan müvekkillerinin de saygısını daha hızlı kazanacaktır; zahmetli açıklamalarla zaman kaybedilmesine gerek olmayacaktır; hukuk mesleğinden olmayan tarafların şüphesi, ihtiyatlılığı veya yılgınlığı da dolayısıyla asgariye indirilebilecektir. Usule ilişkin zaman çizelgesinin, dava yönetiminin ve giderlerin dava sürecindeki etkisinin farkında olacaklardır.

Bununla beraber, siz ve diğer taraf hukuki parametreler ve uyuşmazlığın esasları hakkında bilinçli olsanız da, hukukçu olmayan bir arabulucu tarafların anlaşma hedeflerine ilişkin tamamen farklı bir genel bakışa sahip olabilir.

Muhtemelen hukuki uygulanabilirlik veya inceliklerle çok daha az uğraşacak ve başka bir vesileyle davanızı mahkemede kanıtlayıp kanıtlamayacağınızla da daha az ilgilenecektir. Bu anlamda, hukuki açıdan bariz biçimde daha güçsüz bir davaya sahip bir taraf için hukukçu olmayan bir arabulucu daha cazip olabilir.

Hukukçu olmayan bir arabulucunun uyumsuzluğun hukuki yanlarıyla ilgili argümanlarla bağlı kalmaktan hoşlanmayacağını farkında olmalısınız. Size süreçte taraflar arasındaki pazarlık aşamasına geçme konusunda lüzumsuz bir acele varmış gibi hissettirebilir. Bir hukukçu arabulucuya kıyasla, sizi müvekkilinizin hukuki menfaatlerinin bekçisi olarak değerlendireceği için müvekkilinizden ayırma konusunda daha hevesli olabilir - müvekkilinizin hukuki menfaatlerini çok aşırı dert etmeyecektir - çünkü bu arabulucunun hedefi sizin dava süreciyle bağdaştırdığınız hukuki kısıtlamalar ve usullerin oldukça dışında kalan yollar kullanarak uyumsuzluğa bir çözüm bulmaktır. Eğer bu tür bir arabulucu sizi rahatsız hissettirirse lütfen onun bir hakim olmadığını ve kendisine verilen görevin veya bizzat sürecin amacının müvekkilinize bir anlaşma dayatmak olmadığını unutmayın.

Hem taraf vekillerinin hem de hukukçu arabulucuların uyumsuzluğun tamamen hukuki açıdan analiz edilmesine karşı önlem almaları gerekir. Bu tüm avukatlar için zor olabilir. Bir uyumsuzluğu en geniş kapsamda analiz etme ve sadece hukuki mahiyetine sınırlamamanın önemi arabuluculuk eğitim kurumları tarafından kolaylaştırıcı ve değerlendirci arabuluculuk arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı yeni arabuluculara öğretilirken vurgulanır. Değerlendirci arabuluculuk esasında fikir oluşturmayı sağlar ve hukukçu arabulucular tarafların pozisyonları hakkında değer yargıları oluşturmaktan kendilerini almakta gerçekten zorlanırlar. En azından açıkça sorulmadıkça fikirlerini beyan etmekten kendilerini almayı öğrenebilirler.

Artık çok sayıda arabulucu bulunmasından dolayı, sizin potansiyel adayınızın uzmanlığı ve deneyimi büyük önem kazanmaktadır. "Duruşmanız" için kendi uzmanlık alanında tanınmış bir otorite olan bir arabulucu seçebilirsiniz ki bu alan tıp, teknik, finans veya hukuk olabilir. Bu alandaki sıkça karşılaşılan sorunlara karşı en yaygın çözümleri belirleyebilecek ve umulur ki bunları tarafların özel koşullarına uyarlayabilecektir.

Bazı durumlarda, özellikle de size veya müvekkilinize tavsiye edilmişse, hukukçu olmayan ve uzman olmayan bir arabulucunun sizin için en uygun kişi olduğuna karar verebilirsiniz. Hem sizin hem de müvekkilinizin şu konularda kendinizi güvende hissetmeniz gerekir: Arabulucunun gizliliğe uyacağı; tüm işlemler üzerinde kontrol sahibi olacağı ve özellikle de zamanı kontrol edebileceği; tüm tarafları nelerin olup bittiğine ilişkin devamlı bilgilendireceği; tarafsız olarak görüleceği; yeterli ağırbaşlılık ve otorite sahibi olacağı - ki bu önceden hakim olan birinin kullanılmasının özellikle getirdiği bir avantajdır; kendine göre planlarının olmayacağı, zorba olmayacağı, adil, sabırlı olacağı ve ister değerlendirici ister kolaylaştırıcı olsun, yenilikçi bir problem çözücü olacağı.¹

Eş-arabulucuların gerekli olup olmadığına ilişkin tavsiyede bulunmanız gerekebilir. Eğer çok sayıda taraf veya sorun varsa tek bir arabulucu yeterli yaratıcılık ve aslında zaman sahibi olamayabilir: Arabulucu ekipleri taraflarla birlikte çalışarak güven oluşturma ve kültürel veya yargı yetkisi alanına ilişkin farklılıkları ele alma konusunda faydalıdırlar. Bir arabulucu ekibi avukatlar ve uzmanlar arasında bir karışımından meydana gelebilir, veya farklı kültürlerde veya yargı yetkisi alanlarında deneyimli arabuluculardan oluşabilir. Bir arabulucu ekibinin görevlendirilmesi arabuluculuk sürecinde aynı anda birden fazla faaliyetin gerçekleştirilebileceği anlamına gelir. Bir arabulucu ekibi kullanıldığında zaman zaman benimsenen bir çözüm de, daha önceki gizli tartışmalara katılmamış olan bir ekip üyesinin ortaya koyduğu bulguları da içerecek şekilde bir tahkim duruşması şeklinde yeniden yapılanma gerçekleştirilmesidir. Arabulucu ekibi bu tür bir çözümü benimsese de benimsemese de, ekip üyelerinin birbirini tamamlayan becerilere sahip olması ve birlikte iyi çalışabilmeleri hayati önem taşımaktadır.

Kaliforniya'da yaşayan ünlü bir arabulucu olan Lee Jay Berman, Arabuluculuk Stratejileri² dizisinde yer alan 'Dikkatli Seçin: Tüm Arabulucular Eşit Yaratılmamıştır' adı makalesinde, eğer bir arabuluculuk süreci başarı şansına sahip olacaksa, belki de en önemli kararın masanın başındaki tarafsız koltukta kimin oturacağına karar verilmesi olacağı yönünde tavsiyede bulunmaktadır. Bu karar davadan davaya değişiklik gösterecektir. Taraf vekilleri müvekkillerine karşı her dava için araştırma yapmak, stratejiler oluşturmak ve doğru arabulucuyu seçmek için zaman ayırmakla yükümlüdürler. Berman ayrıca zaman içinde emekli hakimler, dava avukatları, hukuk danışmanları ve profesyonel arabulucular ortaya çıktığında ve de daha çok arabulucu belirli uygulama alanlarında uzmanlaştığında, doğru arabulucuyu seçebilmenin en iyi yolunun bir strateji gerektireceğini ileri sürmektedir.

1 Arabulucular için Avrupa Etik Kuralları tarafsızlık ve gizlilik konusunda özel hükümlere sahiptir. Bkz. Ek VII

2 Bkz. www.mediate.com arşiv materyalleri ve SCMA (Arabuluculuk Taraf Vekilleri Daimi Konferansı) İnternet sitesi haber bülteni arşivi: www.mediationadvocates.org.uk

Diğer şeylerin yanı sıra, aşağıdaki hususları da önermektedir:

- Arabulucuların en az itiraz edilen veya en küçük ortak payda yaklaşımından ziyade fikir birliğine dayanılarak seçilmesi gerekir. Eğer tüm taraflar arabulucunun namına, kişiliğine ve niteliklerine inanırlarsa arabuluculukta davanın anlaşmaya varma şansı çok daha yüksek olur.
- Sadece diğer taraf daha önce birlikte çalıştıkları bir arabulucuyu önerdi diye bu arabulucunun reddedilmesi gerekmez. Arabulucu istemediğiniz hiçbir şeyi kabul etmenizi sağlayamaz, ya da sizi veya müvekkilinizi mecbur tutamaz ve üzerinizde baskı kuramaz. Eğer diğer taraf vekili size bir arabulucuyu tavsiye ediyorsa bunu yapma nedeni muhtemelen en azından bu arabulucunun güvenilir olduğunu ve müşterileriyle iyi ilişkisi olduğunu veya davada anlaşma sağlama becerisine sahip olduğunu düşünmesidir ki bu da anlaşma için karşılıklı olarak kabul edilebilir koşulların bulunması anlamına gelmektedir.
- Arabulucunuzun sahip olduğu gerçek arabuluculuk eğitimi düzeyini dikkate alın. Ne de olsa, bir davada anlaşma sağlamak kolay bir şey olsaydı bunun için size ve diğer tarafa yardım edecek üçüncü bir kişiye ihtiyaç duymazdınız.
- Arabulucunun daha önceki davalarda davayı çözüme ulaştırma konusundaki kararlılığını dikkate alın. Bir arabulucu sadece farklı şeyler denemeye devam etme konusunda beceri sahibiyse ve bazılarının “duruşu sağlam” olarak ifade ettiği şeye sahipse ve davayı çözüme kavuşturana kadar oturmaya ve çalışmaya istekliyse bu yolda devam edebilir. Davada anlaşma sağlama konusundaki bu kararlılık veya azim bir arabulucuyu değerlendirilirken ve bu arabulucu ile daha önce çalışmış olan diğer danışmanla görüşülürken dikkate alınması gereken en önemli özelliklerden biridir.
- Diğer tarafa en uygun görecekleleri arabulucu türünün hangisi olduğunu sorun. Bazı davalar (ve bazen de diğer taraf) on yıllarca deneyim sahibi emekli bir hakim veya dava avukatının otoriter sesine ihtiyaç duyabilir.

Başkaları ise insanlarla iyi iletişim kurabilen ve büyük resmi görebilen, daha ikna edici, cana yakın arabulucuları daha uygun görebilirler. Bazı davalar maço bir otorite figürü gerektirirken, diğerlerinde daha hassas bir dokunuş daha iyi olabilir. Her davada bu tür değişkenlerin dikkate alınması önemlidir. Hiçbir dava bir diğeriyle aynı olmayacaktır çünkü masadaki kişilikler farklı olacaktır ve farklı türlerdeki arabulucuları uygun görecektir. Aynı zamanda diğer tarafla olan ilişkinizi ve arabulucunun daha çok bir kolaylaştırıcı müzakere mi yoksa değerlendirici bir yaklaşım mı sunmasını istediğinizi de düşünmeniz gerekecektir.

- Müvekkilinizin ruh halini dikkate alın. Eğer dava hakkında çok duygusal iseler, duygusal taraflarla başa çıkabilen ve onları bir karar verebilecekleri bir noktaya getirme konusunda yardım eden ve davayı yavaşça sorunsuz bir anlaşmaya doğru yönlendiren bir arabulucudan fayda görecektir (aynı şekilde siz de). Eğer inatçı ve uzlaşmaz kişilerse, mantıklı ve ısrarcı biçimde ikna edilmeleri gerekebilir. Eğer karar verme konusunda zayıflarsa veya kendi davalarının gerçek değerinden emin değillerse, emekli olmuş bir hakim veya deneyimli bir dava avukatının sunacağı otoriteye ihtiyaç duyabilirler.
- Kendi güçlü ve zayıf yanlarınızı dikkate alın. Bu kısım en zor kısım olabilir, fakat kendinizi açık biçimde tanımanız çok önemlidir. Örneğin, güçlü ve otoriter bir yapınız varsa, sizi tamamlaması adına daha hassas bir yaklaşıma sahip bir arabulucu sizin için daha faydalı olabilir. Eğer daha çok beyninin sol tarafını kullanan (veya daha mantıksal) veya doğrusal düşünen bir kişi olma eğilimindeyseniz, daha çok beyninin sağ tarafını kullanan, daha çok duygusal olarak uyum sağlayan ve belki de daha yaratıcı bir arabulucuya ihtiyaç duyabilirsiniz. Eğer müvekkilinizi kontrol etme konusunda sorun yaşıyorsanız, tarzı daha sıkı ve yönlendirici olan bir arabulucu isteyebilirsiniz.
- Davanın zamanlamasını dikkate alın. Eğer davanızın arabuluculuğa yönlendirildiği zamanın davanın çok erken bir aşamasında olduğunu düşünüyorsanız ve hakimi bu konuda ikna edemiyorsanız, davayı dava süreci boyunca takip etme konusunda kendini adanmış, ısrarcı bir arabulucu seçmek isteyeceksiniz. Deneyimli arabulucular bazen erken arabuluculuk randevusunun sadece arabuluculuk sürecinin başlangıcı olduğunu ve nihai anlaşmaya varılmadan önce ek olarak temel bazı bilgilerin gerekebileceğini bilirler.

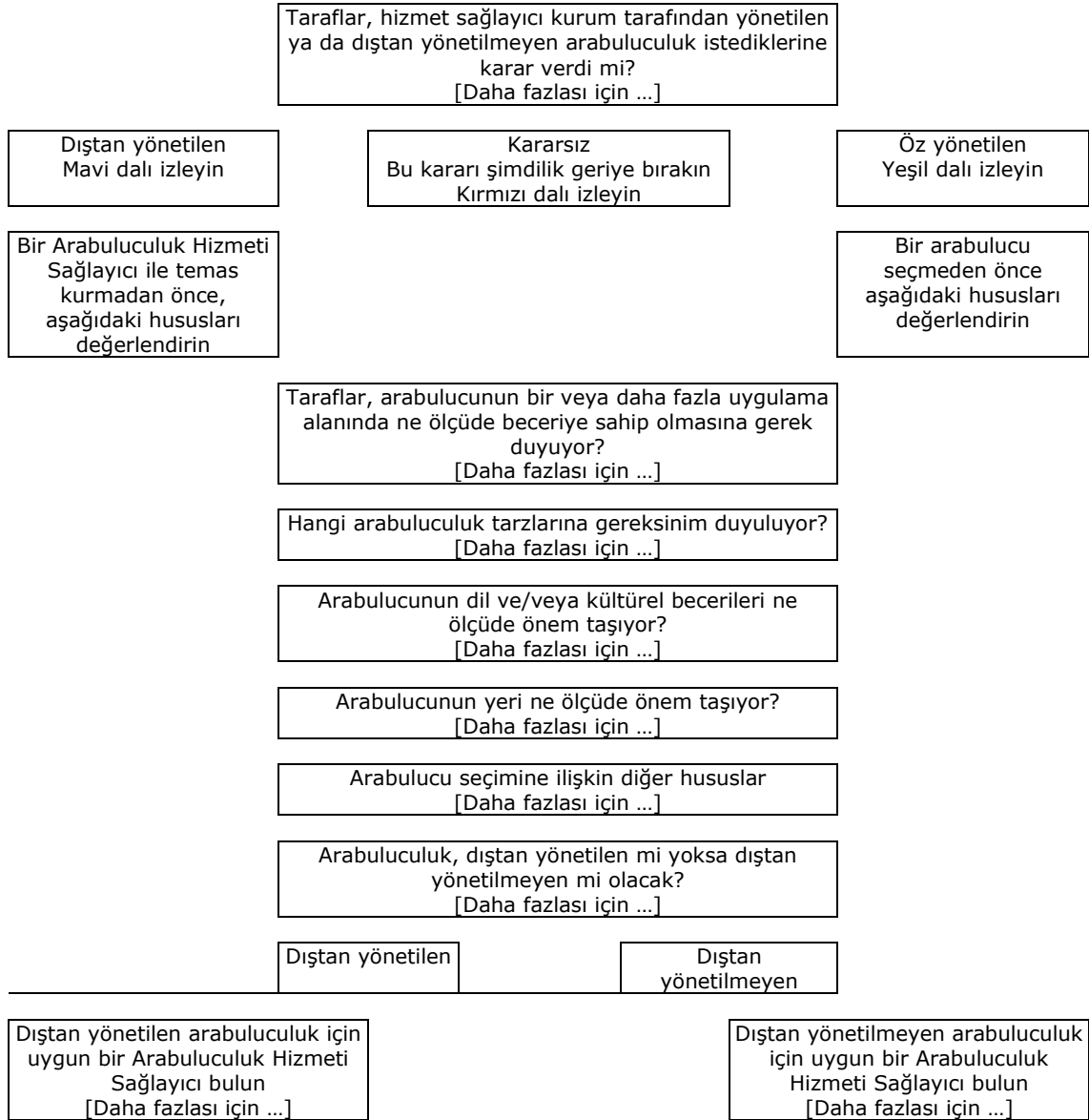
Gerçek anlamda barışçı çözümlere ve dava sürecinin gereksiz yere kontrolden çıkmasına izin vermemeye inanan bir arabulucu isteyeceksiniz. Bu kişi mantıklı eski bir hukuk başmüavirinden işletme ve ekonomi alanlarında fikri olan ama hukukçu olmayan bir arabulucuya kadar geniş bir yelpazede değişiklik gösterebilir.

- Uyuşmazlığa konu olan hususu dikkate alın. Zorunlu olmamakla birlikte, uyuşmazlığın mahiyetini anlayan bir arabulucuya sahip olmak size yardım sağlayacaktır. Eğer uyuşmazlık bir aile işletmesinin dağılması ise, ortaklıkları, işletmeleri ve sözleşme hukukunu anlayan bir arabulucuya sahip olmak faydalı olabilir. Aynı zamanda ailenin faaliyet gösterdiği sektörde işlerin nasıl yürüdüğüne aşina olan bir arabulucu da fayda sağlayabilir. Hatta aile işletmelerinin kendine özgü dinamiklerinde uzmanlaşmış veya bu dinamikleri anlayan bir arabulucuya sahip olmak daha da faydalı olabilir. Arabulucu seçiminde dikkate alınması gereken önemli nokta bu kişinin konuları tartışmak ve bir çözüme ulaştırmak için gereken bilgilere aşina olmasıdır. Arabulucunun sadece hukuki konuları anlaması yeterli değildir; aynı zamanda karşılıklı olarak mutabakata varılabilir bir çözüme ulaşılabilmesi için taraflarla ve onların hukuk ekipleriyle nasıl ilişki kuracağını anlaması gerekir.
- Davanın zorluk düzeyini dikkate alın. Küçük davaların çoğu daha az karmaşık olabilir, örneğin basit alacak tahsili veya fiziksel yaralanma gibi davalarda arabulucuların çoğu çözüm sağlayabilirler. Diğer davalar ise yalnızca çok az sayıda arabulucunun anlaşma sağlayabileceği türde davalardır. Örneğin bir ihmal sonucu ölüme sebebiyet verme davası hukuki konular, sigorta kapsamı konuları, tıbbi konular, derin duygusal kayıp konuları ve yapılandırılmış anlaşma konuları içerebilir ve çok sayıda araç ve beceri sahibi olan deneyimli bir arabulucu gerektirir. Arabulucunun beceri düzeyiyle davanın zorluk düzeyini eşleştirmeye çalışmanız size fayda sağlayacaktır. Bazı taraf vekilleri çok zor bir dava gördüklerinde arabuluculuğun başarısız olacağını varsayabilirler ve bu nedenle arabulucunun seçimine çok önem vermezler. Bunun yerine becerikli bir arabulucu seçmeyi ve davanın anlaşmaya ulaştırılmasına bir şans vermeyi deneyin.

- Yukarıda belirtilen noktalara ilişkin meslektaşlarınızdan faydalı bilgiler isteyin. Meslektaşlarınıza yalnızca arabulucuyu beğenip beğenmediklerini veya arabulucunun yetkin olup olmadığını sormak yerine, bu noktaların her birine ilişkin özel sorular sorun. Uyuşmazlıkta anlaşmaya varılıp varılmadığını sormak size daha da az bilgi sunar, çünkü bir davada anlaşmaya varılıp varılmadığını etkileyen çok sayıda değişken vardır ve dolayısıyla bu bir arabulucunun becerileri ve etkinliğinin en kötü göstergesi olabilir.

3.2 Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI) Karar Ağacı

Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü arabuluculuk dava vekillerine, davalarını yürütürken yardımcı olması için bir dizi araç yayınlar ve bunlardan biri de doğru arabulucuyu bulmak için kullanılan karar ağacıdır. Bu karar ağacı Ek IV'te verilmiştir ve tüm ciddi AUÇ uygulayıcıları için önemli bir dava yönetimi aracı olan IMI'nin 'Ole!' Dava Analiz ve Değerlendirme Aracı³'nin de bir parçasıdır. Karar ağacı sizi ne tür bir arabulucuya ihtiyaç duyacağınıza karar vermeniz konusunda yardım sağlayacak bir dizi soru sormaya davet eder. Bkz. Şekil 4.

Doğru Arabulucuyu Bulmak [Başlamadan önce ...]

Şekil 4

İkiden fazla tarafın uyuşmazlığa dahil olduğu durumlarda, arabulucu adaylarından oluşan son listede yer alan arabuluculara çok sayıda tarafın bulunduğu durumlarda arabuluculuk yapma deneyimleri olup olmadığını ve bir hizmet sağlayıcı kurumun bu tür davalarda yer alıp almadığını sorun. Çok sayıda tarafın dahil olduğu arabuluculuk faaliyetlerinde idari ve dava yönetimine ilişkin hususlar daha zorlayıcı olabilir.

Her ne kadar arabulucular çok çalışsalar da, müzakere üzerindeki kontrol hala ciddi anlamda tarafların elindedir ve ulaşılacak sonuç da arabulucuya değil taraflara aittir. Herhangi bir arabuluculuk sürecinde, en uygun arabulucunun seçilmesi hayati önem taşır. Aynı zamanda arabulucu seçimi metodolojisini dikkate almanız da gerekebilir:

- Her taraf potansiyel arabuluculardan oluşan bir liste teklif etmeli midir?
- Arabulucu(lar) ortak bir listeden mi seçilmelidir?
- Arabulucu(lar) bir kurum veya mahkeme gözetiminde bir panel tarafından mı seçilmelidir?
- Diğer tarafta verilen listeden kendi istedikleri tarafsız bir kişiyi seçmelerini teklif etmeli misiniz?
- Diğer taraf ele alınması gereken hangi endişelere sahip olabilir?

Arabulucu tavsiyelerinin doğrudan daha önce o arabulucu ile çalışmaya dayanan deneyimlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dikkat edin. Diğer tarafa bunun böyle olup olmadığını sorun ve eğer öyleyse, arabulucunun onlarla veya firmalarıyla mesela son iki yılda ne sıklıkla çalıştığını sorun. Bu durumun bir avantaj mı (mevcut bir ilişki anlaşma tekliflerinin daha hızlı ve daha uygun olmasını sağlayabilir) yoksa dezavantaj mı (sizin müvekkilinize nasıl görünebileceği ile ilgili olarak) olduğuna dikkat edin. Gerçekte ortada hiçbir sorun olmasa bile, müvekkilinizin sürece ilişkin kendini rahat hissetmesi gerekir ve sizin de diğer tarafın tüm teklifleri ile ilgili olarak bu soruyu sormanız gerekir. Eğer gerçekler bizzat arabuluculuk süreci sırasında ortaya çıkarsa bu çok daha kötü olacaktır, müvekkiliniz muhtemelen arabulucuya, bu arabulucuyu teklif ettikleri için diğer tarafa ve de bu durumu daha önce fark etmediğiniz ve bu yönde bir tavsiyede bulunmadığınız için size güvenini kaybedecektir.

3.3 Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcılar

Arabuluculuk hizmeti sağlayıcı kullanmanın sağladığı en büyük avantaj idari destek sunulmasıdır ve iki tarafın da sabit bir ücret ödediği paket genellikle şunlardan meydana gelecektir:

- Onaylanmış bir liste veya akredite edilmiş bir panelde yer alan tavsiye edilen bir arabulucunun sağlanması,
- Bu arabulucunun hazırlanması ve katılımı,
- Faaliyetin gerçekleştirileceği yerin gerektiği şekilde belirlenmesi ve kiralanması,
- Arabuluculuğa başvurma konusunda mutabakata varmaktan sonuca kadar tüm sürecin yönetilmesi.

Sürecin yönetilmesi normalde şunları kapsar:

- (i) Bizzat sürece ilişkin açıklayıcı materyaller sunmak;
- (ii) Bu tür uyuşmazlıklarda deneyim sahibi onaylanmış veya akredite edilmiş arabulucu adaylarından oluşan son liste belirlemek ve beraberinde her birinin CV'lerini veya özgeçmişlerini sunmak;
- (iii) Tarafların ve arabulucunun katılacağı güncel standart biçimli bir arabuluculuk anlaşması sağlamak;
- (iv) Arabulucunun talimatı ve ücretine ilişkin anlaşmaya ve anlaşmaya varmak;
- (v) Faaliyetlerin gerçekleştirileceği yeri tutmak ve sahipleri ile ilişkiyi yürütmek;
- (vi) Taraflar veya arabulucu tarafından ortaya konulan sorular veya sorunlara karşılık verilmesi;
- (vii) Düzenlemelerin tarafların avukatları ile koordine edilmesi;
- (viii) Arabuluculuk sonrası prosedürlerin yerine getirilmesi.

Günümüzde artık düzinelerce arabuluculuk hizmeti sağlayıcı vardır ve bunlar eğitim kuruluşları, akademik veya mesleki kurumlar ve meslek kuruluşlarından özel ticari firmalara kadar değişiklik göstermektedir. Bu tür bir hizmetin kullanılmadığı bir durumda, deneyimli arabulucuların çoğu ile doğrudan temasa geçilebilmektedir.

Zengin bir arabulucu paneline sahip olan ve tavsiyelerine güvenebileceğiniz bir hizmet sağlayıcı seçmelisiniz. Uyuşmazlık konusunun ne olduğuna bakmaksızın sadece kendi eğitmenleri veya öğretim üyeleri olan az sayıda fakat ciddi anlamda deneyimli arabulucular değil de sizin uyuşmazlığınız için en uygun arabulucuyu belirleyecek bir kuruluşa ihtiyacınız vardır. Kuruluşun paneli geniş uzmanlık alanları içermelidir ve tam teşekküllü dıştan yönetilen bir hizmet sunmalıdır. Bu küçük fakat önemli olan ayrıntılara ilişkin doğrudan arabulucuyla temasa geçmekten kaçınılmasını sağlayacaktır ki bu muhtemel olarak maliyetleri artıran bir durumdur.

Tam teşekküllü dıştan yönetilen bir hizmet şunları sağlayacaktır:

- Taraflara uygun çözüm sürecini kullanma konusunda anlaşmaya varmalarında yardımcı olmak;
- İsteksiz tarafları sürece girme konusunda teşvik etmek;
- Arabulucu veya tarafsız kişiye veya gerekli ve uygun olduğu yerlerde tarafsız kişilerden oluşan ekibe ilişkin tavsiyede bulunmak;
- Bir menfaat çatışması kontrolü yapmak ve tarafsız kişiden de istemek;
- Gerekli olduğu şekilde tarafsız kişinin bağımsızlığına ilişkin beyanda bulunmak;
- Tarafsız kişinin ücretine ilişkin taraflar adına müzakerede bulunmak ve bu kişinin ücreti ile ilgilenmek;
- Dokümanlar destesinin içeriğine ilişkin tavsiyede bulunmak;
- Dava özetlerinin içeriğine ilişkin tavsiyede bulunmak;
- Arabuluculuğa katılan taraflar arasında bir denge sağlamaya çalışmak;
- Her tarafın arabuluculuğun şartlarını kabul etmelerini sağlamak veya kabul edilmek üzere veya ilgili uyuşmazlığa uyması için üzerinde tartışma ve değişiklikler gerçekleştirmek için temel oluşturması adına standart biçimli bir anlaşma sunmak;
- Faaliyetlerin gerçekleştirileceği yeri kesinleştirmek ve düzenlemek, ortaya çıkabilecek sorunları ele almak;

- Randevu gününde taraflar tarafından imzalanmak üzere arabulucuya arabuluculuk anlaşmasının düzgün biçimde yazılmış nüshalarını sunmak;
- Uygun belgeleri arabulucuya teslim etmek;
- Genel olarak sürecin sorunsuz ilerlemesini sağlamak.

Bir hizmet sağlayıcı seçerken ücretin tam olarak neleri kapsayacağını ve hizmetin daha önceki bahsedilen hususların tamamını sağlayıp sağlamadığını kontrol etmelisiniz.⁴

⁴ Ücretler pazarlığa tabi olabilir.

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 4

ARABULUCULUK ÖNCESİ SÜREÇ

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 4 ARABULUCULUK ÖNCESİ SÜREÇ

4.1 Yer Seçimi

Yargı yetkisi alanına göre belirlenmiş mahkeme salonlarında yürütülen dava sürecinin aksine, arabuluculuk randevusu için en uygun yeri seçme şansınız olacaktır ve bunu coğrafi, fiziksel, stratejik yönden ve taktik açısından değerlendirebilirsiniz.

İlk olarak yerin giderinin genel ücretlerden birine dahil olup olmadığına bakın. Bir arabuluculuk hizmeti sağlayıcı kullanıldığı durumlarda bu şekilde olmalıdır, aksi halde ayrıca bir kira söz konusu olabilir. Eğer ek bir gider ortaya çıkıyorsa, arabuluculuk faaliyetlerini herhangi bir maliyete neden olmaksızın taraflardan birinin veya hukuk ekiplerinin ofislerinde veya odalarında gerçekleştirmenin daha tercih edilebilir bir durum olup olmadığını düşünün. Müvekkillerinizin, onların adına katılacak diğer kişilerin, diğer tarafın ve arabulucunun nerede olduklarını belirleyin ve imkanların bulunduğu en merkezi yeri teklif edin. Arabulucular arabuluculuk oturumunun yeri ve formatına ilişkin mutabakata varılmasının anlaşmaya varma yolunda önemli bir psikolojik adım olduğunu düşünürler; böylece görüşmeden önce en azından taraflar anlaşmazlıktan biraz uzaklaşarak anlaşma noktasına doğru ilerlerler.

İki taraflı bir arabuluculukta genelde en az üç oda gerekir. Bunlardan biri tüm katılımcıları alacak kadar büyük olmalı diğerleri de özel oturumlar için kullanılmalıdır. Yalnızca iki toplantı odasının bulunduğu durumlarda, taraflardan birinin ortak oturum odasında özel oturumlarını gerçekleştirmesi gerekecektir. Katılan kişi sayısına göre yeterli sayıda oda yoksa, taraflar koridorlarla yetinmek zorunda kalabilir ki bu da tatmin edici bir durum değildir. Eğer çok sayıda oda mevcutsa arabulucu fırsattan istifade ederek başka yerlerde anlaşma yolları ararken örneğin uzmanlar veya avukatlar arasında küçük paralel veya eş zamanlı toplantılar gerçekleştirebilir. Arabuluculuk oturumunun ev sahibi kim veya hangi kuruluş olursa olsun, gün içerisinde yiyecek içeceklerin sağlanması ve oturumun akşama dek sürmesi durumunda da bunun sürdürülmesi gerekecektir.

Odalar erişilebilir, rahat, doğal ışık alan ve ısıtılmış ortamlar olmalıdır çünkü tarafların bu odaları uzun bir süre boyunca kullanması gerekebilir.

Tarafların odalarının dış telefon hatları olması gerekir ve ev sahibi kablosuz veya geniş bantlı İnternet, faks ve fotokopi imkanları sağlamalıdır. Bunlardan ilk üçü ek bilgi veya belge toplanması için iken sonuncusu tüm anlaşmaların çoğaltılarak binayı terk etmeden önce taraflar ve arabulucuya daha sonra da arabuluculuk hizmeti sağlayıcıya ulaştırılmasını sağlamaktır. Eğer mümkünse binada gece geç saate kadar çalışanlar bulundurulmalı ve taraflara taksiler, son tren saatleri, iş saatlerinden sonra park yerinin kullanıp kullanılmadığı da dahil olmak üzere yerel ulaşım ve yerel restoranlar ve eve sipariş hizmetlerine ilişkin bilgiler verilmelidir.

Stratejik ve taktik değerlendirmeler genelde arabuluculuk bizim yerimizde, yoksa diğer tarafın yerinde veya tarafsız bir yerde mi yapılsın sorusu etrafında döner. Bazen uyuşmazlık tarafları, özellikle de davalının avukatı veya sigortacısı, yere ilişkin kontrol sahibi olmanın taktik açısından avantaj sağladığına inanırlar ve davacının kendi yerlerine gelmesini isterler. Eğer bu bir tür göz dağı verme şekli olarak görülüyorsa, bir anlaşmaya olanak sağlaması çok zordur. Eğer arabuluculuk faaliyetlerinin taraflardan birinin yerinde gerçekleştirilmesi gerçek anlamda bir maliyet tasarrufu sağlıyorsa veya o şekilde görünüyorsa, bu daha kabul edilebilir bir durumdur. Her durumda, arabulucu tarafların tarafsız bir yerde buluşmalarını tercih edecektir. Sizin için en önemli şey müvekkilinizin rahat hissetmesi ve bu yerin, diğer her şeyde de olduğu gibi, sürecin adilliğinin bir göstergesi olduğuna inanmasıdır. İstemediği bir durumu kabul etmek için baskı altında tutulmamalıdır ve aynı şekilde diğer taraf veya arabulucu tarafından zora sokulduğunu da hissetmemelidir.

4.2 Arabuluculuk Anlaşması

Arabuluculuk hizmeti sağlayıcılar veya aslında bağımsız arabulucuların da taraflara hazırladıkları güncel standart biçimli arabuluculuk anlaşmasını sunacak olmalarına rağmen, bir avukat bu anlaşmayı incelemeli ve gerekliyse arabuluculuk dokümanlarını müvekkilin eklemeleri doğrultusunda gözden geçirmelidir. Anlaşmayı sizden çok daha fazla arabuluculuk deneyimine sahip birisi oluşturmuş olabilir, fakat arabuluculuğa katılanlar müvekkillerinin dokümanı tamamen gözden geçirmesini sağlamalı ve şartlarının uyuşmazlık açısından kapsamlı olduğundan ve tam anlamıyla anlaşıldığından emin olmalıdırlar.

Bu dokümanlar arabuluculuk uygulamalarının çoğalması ile ve de son on yılda mahkemelerin arabuluculuk süreçlerine verdiği karşılıklarla birlikte kendiliğinden gelişmiştir.

Her arabuluculuk anlaşmasında bulunması gereken bazı kilit noktalar vardır:

- (i) Tüm işlemler gizlidir ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabidir.
- (ii) Taraflardan hiçbiri sürecin ilerleyen aşamalarında arabulucuyu arayarak/çağırarak arabuluculuk süreci sırasında öğrendiklerine ilişkin deliller sunamaz.¹ Bu yasaklama işlemlerin giderlerini de kapsar.
- (iii) Süreç gönüllülüğe dayalıdır: taraflardan biri herhangi bir yaptırım olmaksızın sürecin sonlandırılmasını isteyebilir.
- (iv) Arabulucunun rolü herhangi bir hüküm vermek veya bulgular elde etmek değil, anlaşmayı kolaylaştırmaktır.
- (v) Varılan herhangi bir anlaşmanın şartları yazılı hale getirilmelidir.

Bu temel hükümlere ek olarak, bazı kabul edilen protokollerin anlaşmaya eklenmesi şeklinde arabuluculuğun formatı veya içeriğine karar verilmesi de mümkündür. Bu tür alışılmış ifadeler bazı örnekler şunlardır:

- Taraflar o günde anlaşmaya varma yetkisine sahip olacaklardır.
- Taraflar arabulucunun yönlendirmelerini izleyeceklerdir.
- Tarafların her biri en azından bir özel oturuma katılacak kadar arabuluculuk sürecinde bulunacaklardır.
- Arabuluculuk belirlenmiş bir durumun meydana gelmesi halinde sonlandırılabilir.

¹ Arabulucunun mecbur tutulabilirliği, Farm Assist Ltd ve DEFRA (No.2) [2009] EWHC 1102 TCC davasındaki en temel özelliklerden biriydi ve bu davada mahkeme arabulucuya ayrıca bir 'arabuluculuk gizliliği' tanındığına, fakat bunun bazı durumlarda iptal edilebileceğine karar vermiştir. Daha fazla açıklama için Bölüm 6'ya bakınız. Sonuç olarak, Arabuluculuk Anlaşması'nın yazımında arabulucunun ayrıcalığı, daha önceden var olan uyuşmazlığın ötesine geçerek arabuluculuk sürecinin tamamını, yine arabulucu tarafından gerçekleştirilecek arabuluculuk randevusu sonrasında çalışmalarını veya anlaşma tutanaklarını da kapsamalıdır.

- Taraflar arabuluculuk oturumlarını sesli veya görüntülü olarak kaydetmeyeceklerdir.

Artık bazı standart biçimli arabuluculuk anlaşmaları açıklayıcı notlar ve arabulucunun davranışlarına ilişkin rehber ile birlikte oldukça büyük dokümanlar haline gelmektedir. Bunlara ilişkin iki iyi örnek Ek VIII ve Ek IX'da bulunmaktadır.

4.3 Belgelerin Hazırlanması

Bu oldukça geniş çaplı bir genelleme olabilir fakat dokümanlar arabuluculukta nadiren önemli bir rol oynarlar ve bir duruşmada gerekene yakın düzeyde bir belge yığınının oluşturulması pek çok durumda tamamen gereksizdir. Bunun nedeni de, her ne kadar arabulucunun ve diğer tarafın sizin kendi pozisyonunuzun gücüne ilişkin inancınızın farkında olmasını sağlamak sizin müzakeredeki duruşunuz açısından hayati öneme sahip olabilse de ve de bunu muhtemelen nesnel doküman kanıtlarıyla desteklemek isterseniz ve bunu da yapabilecek durumda olsanız da, sizin amacınızın davanızı kanıtlamak olmamasıdır. Yasal davanın gücü her zaman bir referans çerçevesi sunar (bkz. Şekil. 1: 'Kutu'). Ancak belge yığınları asgari düzeyde olmalıdır, bu belki sadece temel dokümanlardan oluşan üzerinde ortak mutabakata varılmış temel belgeler yığını olabilir ve uyuşmazlıkta dava sürecine girildiği durumlarda dikkat çekici mahkeme evrakını da içerebilir.

Arbulucunun tarafları muhtemelen aylardır ve hatta yıllardır süren bir uyuşmazlıkta birkaç saat içinde anlaşmaya yönlendirmesi istenmesinden dolayı 'hevesle işe başlaması' için yeterli olacak materyallere ihtiyaç duyacağını unutmayın. Arabulucu müzakereleri başlatmadan önce temel bilgileri ve argümanları benimsemesi, arka plan araştırması gerçekleştirmesi ve olası stratejiler belirlemesi için gerektiğini düşündüğünüz kadar zamana ihtiyaç duyacaktır.

Bununla beraber, arabuluculara verilen normal ücret, daha önceden ek bir okuma süresi özellikle belirlenmemişse, arabulucunun ancak nispeten kısa bir sürede hazırlanmasına imkan tanıyacaktır. Arabulucunun rolünün ne olacağını aklınızda tutun. Arabulucunun kullanmayacağı bir belge yığını oluşturmak için faturanın şişirilmesinin hiçbir anlamı yoktur. Uyuşmazlığın değeri açısından gerçekten daha fazlası gerekli olmadığı sürece en fazla 100 sayfayı hedefleyin.

Taraf vekili için asgari temel dokümanların belirlenmesi görevi çok önemli hale gelmektedir.

Arka planın oluşturulması için hayati önem taşıyan belgelere (dava beyanlarını veya diğer dava yönetimi materyallerini sadece konuların anlaşılması için gerekli olanlarla sınırlamaya) ve kendi davanızı ortaya koymak veya diğer tarafinkini çürütmek için gereken belgelere odaklanmanız gerekecektir. Tüm önemli olmayan dokümanlar reddedilmelidir. Bu da taraflar arasındaki yazışmaların yalnızca çok önemli olduğunu düşündüğünüz zaman dahil edilmesi anlamına gelir.²

Dokümanların esas amacı davanızı kanıtlamak değil, diğer tarafa sunduğunuz konuların açıklanmasında destek sağlamaktır. Nelerin ekleneceğini düşünürken, konuların diğer tarafa açık biçimde görünüp görünmediğine bakın: Taraflar bazen sürecin çok geç bir aşamasında müvekkilinizin pozisyonuna ilişkin çok bariz bir yanlış anlamaya sahip olduklarını göstererek sizi şaşırtabilirler. Bu özellikle tazminatın hesaplanması veya tartışılması açısından geçerlidir. Davanızı desteklemek için büyük ölçüde dayanmak istediğiniz dokümanlar arabuluculuk görüşmelerinden çok önce diğer tarafa sunulmalıdır. Başka şeyler de getirilebilir fakat muhtemelen gerekli olmayacaktır.

Asgari dokümanlar kuralına ilişkin önemli bir nokta arabuluculukta bilirkişi raporlarının oluşturulması ve kullanılmasıdır. Bilimsel veya teknik konularda arabulucunun söz konusu probleme ve tarafları ayıran hususlara ilişkin bilgi edinmesi gerekebilir ve bu tür raporlar olmaksızın bunu yapması mümkün olmayabilir. Bu tür raporların çevresel hususlarla ilgili olup olmadığına ve gerçekten taraflar arasındaki uyuşmazlığın temeline inmediğine; veya aksi halde yargıda kanıtlanması veya çürütülmesi gerekecek bilirkişi tanıklığına ilişkin sorunların arabulucu veya taraflar tarafından dikkate alınmadan veya çözülmeden anlaşılmaya varmak için yeterli yolların olup olmadığına bakmanız gerekir. Eğer arabulucunun, bilirkişilerin ele aldığı konularla uğraşması hayati önem taşıyorsa, yargılama için hazırlanmış bir raporun çok uzun veya karmaşık olup olmadığına ve bir özetin yeterli olup olmayacağına karar verin. Eğer bu yolu seçerseniz, ek olarak güvenmek istediğiniz bilirkişi görüşünü desteklemek için gereken başka dokümanlara da ihtiyaç duyabileceğinizi unutmayın.

² Eğer çok sayıda doküman varsa bir okuma listesinin arabulucuya yardımcı olup olmayacağını değerlendirin.

Arabulucudan tanıkların ifadelerini okumasını isteyip istemeyeceğinize karar vermeniz gerekecek bazı durumlar olacaktır. Görüşmelerde her tanığın neyi ele almasının beklendiğine ilişkin kısa özetler hazırlamanız daha iyi olabilir. Arabulucuların duruşma için hazırlanan tanık ifadelerini okumayı gerekli görmesi pek olası değildir. Ancak siz, taraf vekili olarak, eğer bunun yeterince önemli olduğunu düşünüyorsanız bu konuda baskı yapmalısınız fakat bu sırada da arabulucuya müvekkilinizin bulunduğu güç pozisyonundan anlaşma konusunda müzakereye girme konusunda hazırlıklı olduğu dışında hiçbir şeyi kanıtlamak zorunda olmadığınızı her zaman aklınızda tutmalısınız. Nihayetinde, arabulucunun nelere sahip olmasına karar verecek veya rıza gösterecek olan kişi sizsiniz. Çok az şeye de ihtiyaç duyabilir, fakat siz arabulucunun uyuşmazlığı anlaması için gerçekten nelere ihtiyacı olacağını düşündüğünüzü ortaya koyma konusunda kendinizden emin davranmalısınız, ki bunlar dava beyanları, ibraz edilen temel belgeler, temel dokümanlar, tanık delillerinin bir özeti veya bilirkişi raporlarının tamamı olabilir.

Arabulucunun görmesini fakat diğer tarafın görmemesini istediğiniz bazı gizli dokümanlar olabilir. Bunlar randevudan önce arabulucuya ayrıca gönderilebileceği gibi özel oturumda da kendisine gösterilebilir.

Mümkün olduğunda diğer tarafla asgari doküman sayısına ilişkin anlaşmaya varmaya çalışmak müvekkilinizin lehine olacaktır. Duruşma belgesi yığınlarının içeriği, zaman çizelgesi ve dava özetlerinin formatı ve uzunluğuna ilişkin anlaşmaya varabilirseniz, bu tarafların arabuluculuğa doğru düşünce yapısıyla katılmasını sağlayacak bir ivme ve genel mutabakat ruhu yaratacaktır.

4.4 Yazılı Pozisyon / Katılım / Menfaat Beyanı

Tarafların temsilcilerinin diğer taraflarla ve de arabulucuyla randevu için uygun bir vakitte müvekkillerinin davasına ilişkin makul düzeyde az ve öz bir beyan ve de ibraz etmek istedikleri belgeleri paylaşmaları genel anlamda arabuluculuk ön hazırlığının temel bir hazırlığı olarak görülmeye başlanmıştır. İronik bir şekilde, bu doküman yaygın olarak bir pozisyon beyanı olarak anılsa da, arabuluculuk sürecinin bütün amacı tarafların pozisyonlara değil ilkelere bağlı pazarlığa geçmelerini sağlamaktır. Bu amaçla bazı uygulayıcılar artık bu belgeyi tarafların katılım veya menfaat beyanı olarak ifade etmektedirler.

Bu dokümanın amacı üçe ayrılmaktadır: Birincisi, arabulucuyu ve karşı tarafı uyuşmazlıktaki güncel konular ve de müvekkilinizin pozisyonu hakkında bilgilendirmek; ikincisi, müvekkilinizin duruşunun esaslarını açıklamak ve gerekçelendirmek; ve üçüncüsü de, anlaşmaya doğru giden bir araç olarak, uygun şekilde ödün verme ve anlaşma seçenekleri ortaya koyma konusunda isteklilik göstermektir.³

Belgenin kısa olması gerekliliğine rağmen, yazılı pozisyon veya menfaat beyanında arabulucuyu ve diğer tarafı davanıza ilişkin gördüğünüz güçlü yanlar konusunda ikna etmek için yeterli düzeyde temel noktalardan bahsetme fırsatından faydalanmak isteyebilirsiniz. Diğer taraf ve muhtemelen müvekkili bu belgeyi arabuluculuktan önce okuyacaktır ve etkili biçimde yazılan her avukatlık belgesi gibi, bu belgenin de amacı karşı tarafı bunaltmak ve beklentilerini azaltmak olmalıdır. Dolayısıyla müvekkilinizin davasını destekleyen temel delilin ne olduğunu ortaya koymalısınız, bunun neden etkili olduğunu açıklamalısınız ve yargıda neden muhtemelen sizin müvekkilinizin esastan davayı kazanacağını ifade etmelisiniz. Müvekkilinizin anlaşmaya ilişkin yaklaşımını ortaya koymalı, riskleri tekrar gözden geçirmeli ve hatta bir teklifte bulunabilir veya muhtemel olarak ödün verebileceğiniz konulardan bahsedebilirsiniz.

Dolayısıyla, bu dokümanın hazırlanması için belli düzeyde bir becerinin gerektiği açıktır. Yazılı açılış beyanı hazırlamadığınız gibi, bu bir dava beyanı veya dilekçe ya da resmi bir yapıya sahip bir doküman değildir, öte yandan belli başlı temel içeriklere de sahip olmalıdır. Taktik olarak (ki bizzat arabuluculuk sırasında açılış beyanını ele alma kısmında göreceğiz) bunu hukuk mesleğinden olmayan diğer tarafa doğrudan göndermek daha akıllıca olacaktır, çünkü bu belki de bu bilgilerin avukatların incelemesi olmaksızın alınacağı ilk zaman olabilir.

Pozisyon beyanınızın şunları içermesini öneririm:

1. Tarafları ve Katılımcıları Tanıtmak

Arabulucu herkesin kim olduğunu veya statülerinin ne olduğunu bilmeyebilir. Bilmesi gereken temel kişilere ve uyuşmazlık konusuna ne şekilde dahil olduklarını belirten bir liste sunun.

³ Bu dokümanda üst bilgi veya alt bilgi olarak şu ifade yer almalıdır: "Tüm haklar saklı kalma kaydı - Yalnızca Arabuluculuk Amaçlı Kullanılabilir."

Daha kolay başvuru için arabulucu bu listenin alfabetik sırada olmasını tercih edebilir. Bu liste yalnızca dava sürecinin tarafları ve hatta uyuşmazlığın tarafları ile sınırlı olmamalıdır. Sonuç üzerinde herhangi bir şekilde etkisi olan herkesi kapsamalıdır ki bu da kişilerin eşlerini ve akrabalarını, kurumsal veya tüzel taraflar için de müdürleri ve yöneticileri kapsayabilir. Sigortacıları da kurumlarına göre açıklayabilirsiniz.

2. İlgili Tarihçe

Uyuşmazlığın ortaya çıkışına ilişkin yakın tarihçeyi kısa ve öz biçimde ortaya koyun. Kısa ve öz ifadesi burada gerçek anlamda kullanılmıştır - arabulucuya sadece neyi bilmesi gerekiyorsa onu söyleyin. Bu mahkeme müdahalelerini, bulguları veya herhangi bir çekişmeli hususun kısmı olarak ortadan kaldırılmasını içermelidir.

3. Uyuşmazlığın Ana Hatları

Burası dokümanın temel kısımlarından biridir. Tüm uyuşmazlığı meydana getiren veya bağlamsal olarak ilgili olan konuları belirleyin. Anlaşmaya varılan, varılamayan konuları ve tüm tarafların görüşlerini ortaya koyun.

4. Müvekkilinizin Davası

Davanızı hem fiili ve hukuki olarak ifade edin hem de taleplerin mahiyeti ve kapsamını miktar bakımından ortaya koyun. (Eğer bu bir fiziksel yaralanma davasıyla güncellenmiş bir kayıp listesi eklemelisiniz.) Taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin fiili ve hukuki hususları gerekli olduğu şekilde belirtin. Uygun olduğu yerde müvekkilinizin diğer tarafın davranışları hakkında nasıl hissettiğini açıklayın. Konunun yargıya taşınması halinde çekişmeli konulara ilişkin olarak, neden muhtemelen sizin müvekkilinizin davasının mahkeme tarafından kabul göreceğini gösterin.

5. Anlaşmaya Giden Yol

Çözülebileceğine inandığınız hususları veya talepleri belirleyin. Müvekkilinizin neden arabuluculuğu kabul ettiğini açıklayın. Önceki anlaşma geçmişi ve eski veya güncel teklifleri ele alın. Müvekkilinizin arabuluculuk yoluyla neye ulaşmayı umduğunu, hukuki, ticari ve kişisel hedeflerinin neler olduğunu ortaya koyun.

Bu aşamada herhangi bir sınırlama veya ön koşul koyarak anlaşmanın önündeki kapıları kapatmayın. Yapıcı olun ve tarafların temsilcileri arasında önceden meydana gelebilecek gerginlikleri ortadan kaldırmaya çalışın.

6. Kronoloji

Eğer arabulucunun bu yönde bir talebi olursa veya siz bunun arabulucuya yardımcı olacağına inanıyorsanız, bir kronoloji hazırlayın. Bu tür bir doküman tarafsız olmalıdır ve pozisyonlara ilişkin beyanlar içermemelidir ve mümkünse üzerinde mutabakat sağlanmalıdır. Temel tarihleri ve gerekli olan yerlerde önemli olaylara ilişkin özet açıklamalar sunacak şekilde kısa ve öz olmalıdır. Bu taraflar arasındaki olgusal uyumsuzlukların sayısının azaltılmasına yardımcı olabilir.

4.5 Arabuluculuk Öncesi Aşamada Arabulucu ile “Çalışmak”

Taraf vekilleri artık randevudan önce arabulucu tarafından arandıklarında rahatsız olmayacak kadar dava yönetimi konusunda deneyim sahibi olmalıdırlar. Dava süreciyle kıyaslandığında olağandışı olan husus arabulucunun, hakimin aksine, istediği şekilde her iki tarafla da daha önceden ayrı ayrı görüşebilir ve sık sık görüşecek olmasıdır. Eğitimlerde arabulucular bu şekilde davranmaları yönünde teşvik edilirler.

Arabuluculuk süreci arabuluculuğun başladığı gün başlamaz. Önemli davaların çoğu arabulucu ve avukatların dahil olduğu bir ön görüşmeden veya en azından karşılıklı telefon görüşmelerinden fayda görecektir. Arabulucunun tercih etmesi durumunda taraflarla önceden ayrı ayrı görüşmesi tamamen mümkündür. Bu özellikle arabulucunun sürece dahil olan kişileri erkenden görmek, özellikle avukatlarla bir yakınlık kurmaya başlamak veya zorlu konular veya zor kişileri bir an önce tanımak istediği durumlarda geçerlidir. Çoğunlukla bir telefon konuşması yeterli olacaktır. Bunun amacı, arabulucunun sürecin ve katılımcıların sorumluluklarının ana hatlarını çizeceği, avukatların arabuluculuk deneyimlerini kontrol edeceği, kimlerin katılacağını teyit edeceği, anlaşma yetkisinin var olduğunu teyit edeceği, gerekli olduğunda ek bilgiler talep edeceği, davada nasıl anlaşmaya varılabileceğini soracağı, mevcut teklifleri araştıracağı ve anlaşmanın önündeki olası güçlükler veya engellere ilişkin daha geniş bir tartışma ortaya koyacağı, yapıcı, işbirlikçi bir sürecin başlangıcı olmasıdır. Bu bilgiler veya bazı hususlardaki nüanslar, dokümanlardan elde edilemeyebilir.

Arabulucu sadece sürece dahil olan avukatlarla görüşebilecek şekilde kısıtlanmış değildir. Empatiye dayalı bir ilişki başlatmak veya süreci açıklamak amacıyla anlaşma yetkisine sahip kişilerle doğrudan konuşmak isteyebilir. Bu içine girdiğiniz sürecin esnekliğini ortaya koymaktadır. Bu ayrıca, bir arabuluculuk taraf vekili olarak düşünce yapınızın dava sürecinde bir hakimle ilişkide bulunan bir avukattan farklı olması gerektiğini göstermektedir. Bu erken aşamada müvekkilinize karşı yapılan doğrudan bir yaklaşım müvekkiliniz ve dava üzerindeki kontrolünüzü kaybetme ihtimalinize ilişkin bir uyarı olarak görülmelidir ki bu kontrol özellikle bir vekil için dava sürecinde avukat/müvekkil ilişkisinin temel bir özelliğidir.

Arabulucu görevlendirildikten sonra kendisiyle erkenden temasa geçmeniz işbirlikçi yaklaşımınızı göstermeniz için bir fırsattır. Arabulucuyla beraber örneğin temel dokümanlara ilişkin anlaşmaya varmak için bir zaman çizelgesi, sorunların bir listesi, dava özetlerinin diğer tarafla karşılıklı olarak paylaşılması gibi usule ilişkin hususlarla ilgilenmeniz gerekecektir. Arabulucuya önceden göndermeniz gereken bir şey olup olmadığını sorun. İhtiyacı olan her şeye sahip olduğundan emin olun. Bu itimada ve güven ortamı oluşturmaya dayalı bir süreç olarak başlar çünkü sizin de arabulucuya tüm taraflara eşit davranacağı konusunda güvenmeniz gerekecektir.

Arabulucunun arabuluculuk sürecinden önce sorabileceği bir dizi yaygın soru vardır ve bu soruların cevaplarını bilmeniz beklenecektir. Örneğin:

- Uyuşmazlıkta neden bu zamana kadar anlaşmaya varılamadı?
- Diğer tarafla müzakereye girme konusunda sizin veya müvekkilinizin sahip olduğu endişeler nelerdir - yani doğrudan müzakerede bulunmak yerine neden arabuluculuğu seçtiniz?
- Arabuluculuk müzakerelerinde ortaya çıkması muhtemel sorunlar nelerdir?
- Arabuluculukta tatmin edici bir anlaşmaya varılabilmesi için diğer tarafın neler yapması gerekir?
- Müvekkiliniz için başarının sonuçları nelerdir?

- Ve müvekkiliniz için başarısızlığın sonuçları nelerdir?

Bunların hepsi arabulucuya önceden bir plan yapmasında yardım sağlayacak ve tarafları bir nebze kendi pozisyonları üzerinde düşünmeye zorlayacak hususlardır.

Arabulucuyla doğrudan temasa geçebilmek faydalı bir stratejik araçtır. Bu arabulucuya talimat doğrultusunda gizli dokümanlar⁴ ve bilgiler sunmanıza; konuları müvekkilinizin gördüğü şekilde açıklamanıza; davada nasıl anlaşmaya varılabileceğine ilişkin düşüncelerinizi paylaşmanıza; veya hukuk mesleğinden olmayan müvekkilinizin veya onun sigortacılarının tutumunu göstermenize imkan sağlayacaktır. Aynı zamanda arabulucuya daha önceki müzakereleri ve teklifleri de anlatabilirsiniz.

4.6 Stratejiye İlişkin Kararlar

(1) Kimler Katılmalı

Sürecin erken bir aşamasında müvekkilinizin arabuluculukta gerçekten hukuki temsile ihtiyaç duyup duymadığını değerlendirmeniz gerekecektir. Müvekkilinizin temsile ihtiyaç duymadığına karar verdiğiniz durumlar nadiren olabilir fakat mümkündür, örneğin müvekkiliniz deneyimli bir profesyonel olabilir veya şirket kendi şirket sekreterini veya hukuk veya finans yöneticisini kullanmak isteyebilir. Stratejiye ve giderlere ilişkin nedenlerle kendi ticari menfaatlerini koruyacak kadar güçlü ve yetkin olduğunu düşünmeniz durumunda müvekkilinizin kendi başına katılmasına izin verilmesi gerektiğine karar verebilirsiniz, ancak onu prosedüre, müzakerelerin muhtemel olarak nasıl ilerleyeceğine ve arabulucu tarafından benimsenmesi muhtemel argümanlar ve ikna yöntemlerine ilişkin yönlendirmeniz gerekir.

Eğer temsil gerekliyse, hukuk ekibinin kimlerinden oluşması gerektiğine karar vermelisiniz. Çok büyük bir hukuk ekibi sürecin ekonomisine zarar verebilir ve diğer taraf bunu göz korkutucu bulabilir. Ortak oturum ve özel oturum odalarında aşırı kalabalıktan dolayı sıkıntı yaşanabilir. Hatta yanlış bir mesaj bile verebilirsiniz: Müvekkilinize bizzat uyumsuzluğun veya anlaşmaya varma ihtiyacının önemini yanlışlıkla abartabilirsiniz.

⁴ Eğer arabulucuya gizli bir bilgilendirme notu gönderiyorsanız bu belgede üst veya alt bilgi kısmında belgenin gizli olduğu ve sadece arabulucu tarafından kullanılabileceğini yazmanız gerekir.

Elbette ki daha fazla gözlemci ve destek personeli olabilir. Özellikle şehirlerdeki hukuk firmaları toplu halde gezerler ve en azından asistanlardan oluşan küçük bir orduları olmaksızın neredeyse hiçbir yere gitmezler. Her ne kadar arabuluculuk süreci stajyerler ve öğrenciler için dava avukatlarının gözlemlemesi açısından faydalı bir alıştırma olsa da, ideal olarak bu kişilerin katılımını asgari düzeyde tutmaktır. Her zaman önceden stajyerlerin veya öğrencilerin sürece katılıp katılamayacağını sorma nezaketi gösterin. Bu kişilerin varlığı en azından lojistik açıdan bir etki yaratabilir. Büyük bir ekiple gelmeniz talimatı verildiğinde bunu önceden arabulucu ile görüşerek bu konuda anlaşmanız gerekir.

Eğer dava sürecinden önce uyuşmazlıkla geniş kapsamlı bir bağlantısı bulunduysa veya arabuluculuğun başarısız olması halinde muhtemelen yargılamayı yürütecek olan kişiye avukat da sürece dahil edilmelidir. Bu durum avukata, davaya ilişkin belgelerde bulamayacağı nüanslar hakkında bilgi edinmesine, muhtemel tanıklara ilişkin bir fikir edinmesine ve hukuk mesleğinden olmayan diğer tarafın müvekkili ve onun hukuk ekibi hakkında içgörü kazanmasına imkan sağlayacaktır. Hukuk danışmanı aynı zamanda uyuşmazlık konusunun girdiği hukuki alana ilişkin uzmanlık bilgisine, arabuluculuk taraf vekili olarak deneyime veya sürece dahil olan müvekkillerden herhangi biriyle özellikle bir ilişkiye (örn. sigortacılar) sahipse de sürece katılmalıdır. Süreç, hukuk danışmanının ayrıca bir avukat katılımı olmaksızın talimat verilebileceği şekilde esnektir. Küçük davaların çoğunda avukatın katılımı maliyet-etkin olmayacaktır.

Bazı nadir durumlarda bizzat uyuşmazlık tarafının katılımı da gerekmeyebilir. Bunun bir örneği aynı konu üzerine fakat farklı davacılarla gerçekleştirilen bir dizi arabuluculuk faaliyetlerinin ilerleyen aşamalarında bulunan bir grup davası, davalı ile ilgili olabilir ve artık bu aşamaya gelindiğinde davalının müzakere pozisyonu ve aralığı halihazırda biliniyor olabilir. Ancak genellikle müvekkil bireysel olarak kendisi veya ilgili bilgi ve anlaşma sağlama yetkisi sahip bir insanlardan oluşan ve uyuşmazlığa dahil olan temel kişilerin ve diğer taraf için de eşit öneme sahip olan yöneticiler veya görevlileri de içeren bir ekiple birlikte katılacaktır.

Arabulucu hem üzerinde çalışılan konuda hem de diğer paralel veya daha kapsamlı konularda anlaşma sağlanması üzerinde etki yaratabilecek herkesin katılımını gerektirecektir. Avukat, müvekkili için kimlerin katılımı gerektiğini dikkatle değerlendirmelidir. Sizin kimlerin katılımı gerektiğine ilişkin güçlü tavsiyenize rağmen, tüm taraflar anlaşma konusunda tam yetki sahibi olan temsilciler gönderemeyebilirler: Örneğin, bizzat uyuşmazlığı değil daha geniş bir anlaşma alanını ele alan yenilikçi bir çözüm yöneticinin yetkisini veya bir kurul kararını gerektirebilir.

Şirketin finans yöneticisi süreçte bulunmayabilir ve arabuluculuk süreci başlatıldığı sırada onun da bulunması ihtiyacı öngörülmemiş olabilir. Yerel bir yetkili kurum anlaşmanın uygun olduğu yönündeki tavsiyeye ilişkin kendi finans veya hazine komitesinin onayına ihtiyaç duyabilir. Sıkça yaşanan bir durum da sigortacıların arabuluculuk sürecine dahil olduğu ve katıldığı fakat sigortalı tarafların sigortacılarının katılımı veya sigortanın kapsama düzeyinin gizli kalmasını istemeleridir. Sıklıkla, eğer teklif edilen anlaşma karmaşıksa, bankalar ve garantörler arasında kabul edilmiş altta yatan finansal düzenlemeler gerektirebilir. Taraf vekilinin bu ihtimallerin çok önceden farkında olması gerekir. Deneyimli bir arabulucu için arabuluculuğun bir aşamasında anlaşma yetkisinin sınırsız olmadığını öğrenmek şaşırtıcı olmayacaktır. Ancak makul biçimde öngörülen anlaşma için gereken yetkinin bulunmasını sağlamak için adımlar atılmalıdır.

Arabuluculuk görüşmelerine uyuşmazlığın bir parçası oldukları için (çözümün bir parçası olmadan) katılan bireyler tanık değillerdir fakat genelde bu kişilere karşı bu şekilde davranma eğilimi vardır. Avukatlar hala arabuluculuğu yönetilen bir anlaşma müzakeresinden ziyade duruşma benzeri bir süreç olarak görürler ve arabuluculuğun başarısız olması halinde yargılamada tanıklık edecek kişileri de görüşmelere davet etme ihtiyacını hissederler. Normalde, esas taraflar olmadıkları sürece bu kişilerin konuya dahil edilmesi gerekli değildir - aslında arabuluculuk sürecine katılmazlarsa çözüme ulaşmak daha kolay olabilir. Çok fazla kişinin katılmaması daha iyidir. İdeal olarak katılanlar bizzat taraflar ve gerekli olduğunda şirketin veya kurumun anlaşma yetkisine sahip olan üst düzey bir temsilcisi ve/veya sigortacı olmalıdır. Arabulucu kimlerin katılacağı ve statülerinin ne olduğuna ilişkin bilgilendirilmelidir.

Dikkate alınması gereken başka faktörler de vardır. Farkında olduğunuz kişilik çatışmalarını da dikkatle ele almalısınız. Dikkate alınması gereken, yönetimle ilgili veya aynı taraf içinde ortaya çıkan başka çatışmalar da olabilir. Sıkça görülen bir örnek şikayet edilen kararı veren kişinin karar verme sürecinin analizinin kişi üzerinde yaratacağı etkidir. Eğer kusurlu bulunduğu anda agresifleşme veya utanma eğilimindeyse - bu arabuluculuk üzerinde, özellikle de kişiyi anlaşmaya varma veya şirketinin anlaşmaya varması üzerinde bir etki yaratacak mıdır? Taraf vekili aynı taraf içinde bir çatışma meydana gelmeden önce bu çatışmanın olası gizli etkilerini ortadan kaldırmının yollarını bulmalıdır.

Görüşmelerde, bilirkişilerin kullanılması üzerinde dikkatle düşünmeyi gerektiren bir husustur. Temel, teknik, değerlemeye ilişkin, vergiye veya muhasebeye ilişkin sorunlar olabilir ki bunlardan son üçü yaygındır. Bilirkişi kullanımında, hem sizin hem de arabulucunun bilirkişi tanıklığı kullanımı sonucunda ortaya çıkabilecek bir dengesizlik nedeniyle tarafların dezavantajlı pozisyona gelmesine sebep olmayacak şekilde eşitlik sağlamayı istemeniz gerekir. Kullanılacak tüm bilirkişi tanıklığı, tamamlanmamış veya taslak halinde olsalar bile, arabuluculuk tarihinden önce karşılıklı olarak paylaşılmalıdır. Sürprizler anlaşılmaya vesile olmazlar - ancak diğer tarafın süreci terk etmesine neden olurlar. Dolayısıyla her iki tarafın da bilirkişilerin sürece katılacağından haberdar olması ve bu kişilerin uzmanlık alanlarını, neden geldiklerini ve neler söyleyeceklerini bilmesi gerekir. Bilirkişilerin ve danışmanların katılmasının gerekip gerekmediğine veya gerekli oldukları zaman ulaşılmak üzere hazırda beklemelerine veya telefon veya video konferans yoluyla katılımlarına ilişkin mutabakata varmak gerekebilir.

(2) Kimler Ulaşılabilir Olmalı?

Müvekkile ait olan yerde veya avukatın ofisinde bir destek ekibinin bulundurulması oldukça faydalıdır. Sıklıkla gün içerisinde, yeni bilgiler veya dokümanlar gerekli olabilir ve bunlar arabuluculuğun ilerleyen aşamalarında aniden hayati önem kazanabilir. Bunlar yükümlülükle veya miktarla ilgili konular olabilir veya yaratıcı çözümlerin uygulanabilirliği veya etkisi ile de ilgili olabilir. Ayrıca ilgili üçüncü kişilerin, örneğin sigortacının, bizzat süreçte bulunması yerine telefonla talimat vermek için hazır bulunması da tercih edilebilir. Arabuluculuk faaliyetlerinin çalışma saatlerinden çok daha geçe kadar sürebileceğini unutmayın ve eğer çalışma saatlerinden sonra bir destek ekibi veya üçüncü kişiyle temasa geçmeniz gerekecekse buna göre düzenlemeler yapılmalıdır.

Yaygın sorunlar yalnızca anlaşma aşamasında ortaya çıkabilir. Mülkiyet hakkının ipotek altında olup olmadığının araştırılması gerekebilir. Vergi sonuçlarının tarafların ilgili muhasebecileri tarafından değerlendirilmesi gerekebilir. Gerekli profesyonellerin çalışma saatlerinden sonra bile hazır bulundurulması bir ertelemenin önüne geçebilir. Bu açılardan öngörü sahibi olmak faydalı bir şeydir.

(3) Katılımcıların Rolü

Arabuluculuk sürecine katılmadan önce avukatların yalnızca kendi rollerini değil sürece katılan diğer herkesin rollerini de iyi anlamaları ve müvekkillerinin de aynı farkındalığa sahip olmasını sağlamaları gerekir. Müvekkilinizin davası ne kadar güçlü görünse de, müvekkilinizin menfaatlerini ne kadar çok korumak isterseniz de (yasal hakları bağlamında kötü bir anlaşma olarak gördüğünüz bir durumdan onu koruma kapsamında) sizin sorumluluğunuz arabuluculuğun felsefesi ve ilkelerini tanımak ve desteklemektir. Bir kere müvekkilinizin avukatı olarak görevlendirildikten sonra içine girdiğiniz sürece ilişkin kişisel sinizme yer yoktur. Aynı şekilde arabuluculuk sürecini bir yargılama sürecine benzetmeniz de size yardım sağlamayacaktır. Eğer neleri takip etmeniz gerektiği konusunda hazırlıklı değilseniz, hem sizin hem de müvekkilinizin beklentilerine ciddi anlamda meydan okunacak ve belki de beklentileriniz çürütülecektir.

Arabuluculukta taraf vekili olarak, müvekkilinizin süreçteki merkezi katılımcı rolünü anlamalısınız ve şu konularda hazırlıklı olmalısınız:

- Ortak ve özel oturumlarda müvekkilin konuşmasına ve söylediklerinin dinlenmesine izin vermek. Her ne kadar müvekkil ve muhtemelen de durum üzerindeki kontrolünüzü kaybetme riskiniz olsa da, bu arabuluculuğun dinamiği açısından temel öneme sahiptir.
- Sadece bir sözcü değil, destekleyici olmak. Özellikle müvekkilinizin beklentileri veya iyimserliğinin azaldığı noktalarda ciddi anlamda bir destek sağlamanız gerekecektir.
- Yasal hakların aksine menfaatlere odaklanmak. Anlaşma seçenekleri için daha geniş resme bakın - dava yalnızca bir referans çerçevesi olarak kalmalıdır, fakat müvekkilin gerçek menfaatlerine daha geniş bir kapsama yayılıyorsa veya ihtiyaçları başka şekilde karşılanabiliyorsa anlaşmanın yasal davayı takip etmesi gerekmez.
- Bir 'gerçeklik temsilcisi' olarak hareket ederek müvekkilin beklentilerini yönetmek.⁵
- Olumlu çözümleri destekleyen, yapıcı bir müzakereci olarak hareket etmek.

⁵ Nesic, Miryana. Mediation Advocacy: How to keep it on track for results [Arabuluculukta Taraf Vekilliği: Sonuçlar için sürecin nasıl yoldan çıkmaması sağlanır] Çalışma ilk olarak 20 Kasım 2003 tarihli Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (CEDR) Birinci Arabulucular Kongresi'nde sunulmuştur.

- Zorlayıcı duygular ve güvensizlik, güçlü hisler, kindarlık ve güvenilirlik konuları karşısında açık iletişim kanalları sunmak.
- Duygularına esir olduğunda, müvekkil adına sorumluluk almak.
- Arabulucunun diğer tarafla ilgilenmesinden dolayı, sizin tarafınızın özel oturumda olmadığı dönemlerde ivmenin korunmasını sağlamak.

Müvekkilinizin rolü de arabuluculuğun gerçekleştirileceği mekana gelmeden önce aynı düzeyde iyi şekilde belirlenmiş olmalıdır. Arabuluculuğa başlamadan önce kimin ne yapacağını belirlemeniz ve müvekkilinizin normalde bir yargılamada olacağı gibi süreç boyunca sadece oturup dinlemek yerine aktif olarak katılım göstermesinin oluşturacağı etkiyi de ortaya koymanız gerekir. Açılış konuşmasını kimin yapacağına karar verin ve otomatik olarak bunu taraf vekili olduğunuz için sizin yapacağınızı varsaymayın. Taktik olarak, duygusal bir müvekkili diğer tarafı utandırmak için kullanabilirsiniz veya yargılama olması durumunda hakimin sizin delilleriniz karşısında nasıl anlayışlı davranacağını ifade ederek diğer tarafta etki yaratabilirsiniz. Bu iyi bir tanık göstermek veya lehinizdeki gerçekleri vurgulamak için etkili bir yol olabilir. Özellikle bir fiziksel yaralanma davasında ortaya çıkan engelliliğin mahiyetinin gösterilmesi gerekebilir ve bunun açıkça iyi bir tanık olabilecek biri tarafından gösterilmesi halinde kayda değer bir etki yaratılabilir.

Her durumda, müvekkilinizin aktif katılımı bu sürecin ona mahkemede hesaplaşma hakkını sunduğunu ve bunun konuya ilişkin neler hissettiğini kontrollü fakat kısıtlanmamış biçimde açığa vurması için bir fırsat olduğunu gösterecektir.

Açılış konuşmaları taraf vekili ve müvekkil arasında ve hatta taraf vekili, müvekkil ve bilirkişi arasında paylaştırılabilir. Karar ve olursa olsun, aktif rollerin dağıtımı çok önceden planlanmalı ve içerikler iyi biçimde hazırlanmalıdır.

Sürece katılması istenen bilirkişilerin rolleri açısından, büyük ihtimalle arabulucu bu kişilerin nasıl kullanılacağına ilişkin kendi kafasında bir fikir oluşturmuştur. Muhtemelen ortak oturumda yaptıkları herhangi bir katkıdan sonra bilirkişilerle özel olarak ve ayrıca görüşmek ve anlaşma stratejilerine destek sağlamak amacıyla, tüm haklar saklı kalma kaydı ile kullanılacak ortak mutabakata varılmış bazı parametreler geliştirmek isteyecektir.

Bazı müvekkillerin sadece oturup dinlemek isteyeceğini ve arabulucu tarafından aktif biçimde teşvik edilmedikçe aktif bir rol almak istemeyeceklerini unutmayın. Bu durumda bile bazen onların davasını temsil etmeniz için size para ödediklerini varsayabilirler. Deneyimli bir arabulucu tarafları aktif katılıma nasıl çekeceğini bilecektir ve hatta bazen bu sizin kendinizi gereksiz hissetmenize sebep olacak düzeyde bile olabilir fakat eğer uyuşmazlığın çözümüne doğru bariz bir gelişme sağlanıyorsa bu hissi baskılamak için elinizden geleni yapmalısınız.

(4) Katılımcıları Hazırlamak

Bu önerilerden hukuk mesleğinden olmayan müvekkiliniz için arabuluculuk sürecine nelerin dahil olduğunu anlaması için bir arabuluculuk öncesi görüşme düzenlemenizin çok önemli olduğu sonucu çıkmaktadır. Müvekkil yalnızca uyuşmazlığın değil aynı zamanda da korunması veya geliştirilmesi gereken ticari veya daha geniş kapsamlı menfaatlerin de temsilcileri tarafından anlaşılması için gereken bütün bilgileri bir araya getirmelidir. Bu görüşmede müvekkil ve onun hukuk ekibi nasıl müzakerede bulunmak istediğini değerlendirmeye başlayabilirler. Bu amaçla, bu hazırlığın en erken aşamalarında en azından bir karar verici bulunmalıdır. 'İhtiyaçlar' ve 'istekler' arasındaki farkın ortaya konulması da önemlidir. Burada aynı zamanda fırsattan yararlanılarak müvekkilin Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif ('BATNA') ve Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En Kötü Alternatif ('WATNA') arasındaki farkı da belirleyebilirsiniz. Ayrıntılı bir risk analizi her iki müzakere için de hazırlanmak ve özellikle uyuşmazlığa bireysel olarak dahil olan diğer kişilere kıyasla daha yüksek yönetsel veya kurumsal düzeyde bulunan kişilerin beklentileri azaltmak ve daha önceden sahip olunan agresif veya diğer güçlü duyguların ortadan kaldırılması için iyi bir yoldur. Avukat olarak sizin dava riskini teklif edilen herhangi bir ticari çözümle karşılaştırırken çok titiz bir mantıkla hareket etmeniz gerekir. Eğer dava süreci için gider bütçeleri hala hazırlanmamışsa herkesin uyuşmazlığın yargıya taşınması halinde her iki tarafın da üstleneceği muhtemel giderleri bilmesi gerekir.

Taraf vekili aynı zamanda arabulucunun taraflara, avukatlarına ve uzmanlarına karşı kullanabileceği taktikleri de açıklamaya zaman ayırmalıdır. Tam olarak nasıl bir teknik veya hukuki desteğin gerekli olacağını ortaya çıkarması gerekir.

Tüm katılımcıların normal bir arabuluculuk faaliyetinin oldukça uzun bir gün olabileceğinin farkında olmalarını sağlayın. Anlaşma yolundaki adımlar başlangıçta oldukça yavaştır ve bu adımların atılmaya başlanması da uzun bir zaman alabilir. Günün bitimiyle beraber ivme kazanma eğilimi gösterir fakat karara varılan anlaşmanın sonuna doğru basit konulara ilişkin büyük engeller ortaya çıkabilir ve bunlar akşama kadar sürebilir. Ayrıca, varılan herhangi bir anlaşma yazılı hale getirilmeli ve tarafların gitmeden önce bu belgeyi imzalamaları sağlanmalıdır. Herkes bu aşamanın gece yarısına kadar sürmesinin oldukça yaygın olduğunu ve bunun eve giden son tren veya otobüs saatinden sonraya kadar sürebileceğini bilmelidir.

Bu nedenle, hukuki temsilciler Emirates havayollarından bilet aldıklarını ve saat 5'te ayrılacaklarını belirterek bu süreci baltalamamalıdır. Bu profesyonel olmayan bir davranıştır ve muhtemelen mesleklerine de kötü bir şöhret getirmelerine neden olacaktır (- Bunu yalnızca Arsenal'i referans alarak söylemiyorum.) Deneyimli taraf vekilleri arabuluculuk randevuları için genelde zaman sınırlaması olmadığını farkında olmalı ve arabuluculuk oturumundan sonra başka mesleki veya sosyal planlar yapmamalıdır. Eğer müvekkilinizin tercihi bu yöndeysen onun ki öyle olsun, fakat bu tercih sizin olmamalıdır.

Dava sürecinin aksine, arabuluculuk sürecinde nelerin olduğuna ilişkin resmi bir provaya veya eğitime katılması konusunda kısıtlamalar yoktur. Müvekkiliniz için faydalı olacak bir alıştırma, uyuşmazlığa dahil olan herkesin bir araya getirilmesi ve iki gruba ayrılarak bir grup müvekkilinizi diğer grup da diğer tarafı savunacak şekilde bütün müzakere stratejisinin provasının yapılmasıdır. Diğer tarafın pazarlık pozisyonu hakkında meraklı olun. Onların davalarının güçlü ve zayıf yanlarına ilişkin görüşlerini veya altta yatan menfaatlerini bildiğinizi varsaymayın. Kişiliklerine dair hiçbir şey bilmemeniz muhtemeldir. Ancak kendinizi onların yerine koyarak müvekkillerinin ihtiyaçları ve menfaatlerini ortaya çıkarmayı deneyebilirsiniz.

Müvekkil sürece ve muhtemel sonucuna ilişkin açık fikirli olma ve dolayısıyla beklentileri hakkında esnek olma konusunda teşvik edilmelidir. Bu beklentiler mutlak olmamalıdır; sabitlenmiş bir pozisyona değil bir müzakere aralığına sahip olmalıdır. Aynı şey sizin tarafınızdaki katılımcıların tamamı için, özellikle de sigortacılar için söylenebilir. Katılımcıları doğru düşünce yapısına getirmek arabuluculuk taraf vekilinin görevinin bir parçasıdır. Arabuluculuğun yapılacağı yere gelmek için seyahat edilmesi gerekiyorsa, bir gece önce otelde rahat bir akşam yemeği yemeyi teklif edin.

(5) Etik Kurallar ve Diğer Hususlar

Uyuşmazlığa özgü konuların haricinde, kendi başınıza veya arabuluculuk öncesi konferansta müvekkiliniz ile birlikte değerlendirmeniz gereken bir dizi başka husus vardır. Bu konular karşınızdaki avukatla veya temsil edilmiyorsa doğrudan karşı tarafla ve de arabulucuyla kurduğunuz profesyonel ilişkinin özellikleriyle ilgilidir, yani arabuluculuk sırasında rolünüzü nasıl yerine getirmeyi planladığınızla ilgilidir. Yargılamada avukatın yaklaşımı ve davranışları Hukuk Usul Kuralları,⁶ özel dava yönetimi yönlendirmeleri, kanıt hukuku ve Mahkeme'ye karşı⁷ ve kendi mesleğinin idare veya düzenleme kurumlarına karşı yükümlülükleri tarafından yönetilir. Bir avukat veya dava avukatı için uygunsuz davranışlara karşı verilen disiplin yaptırımlarına tabi olarak, bir taraf vekilinin arabuluculuktaki davranışlarını yöneten kurallar yalnızca arabuluculuk anlaşmasında ifade edilen veya başka biçimde taraflar ve arabulucu arasında bir usul olarak kabul edilen kurallardır. Delillere ilişkin bir kural yoktur. Avukat münasip, profesyonel ve uygun gördüğü her yolu kullanarak uyuşmazlıkta anlaşma sağlarken müvekkilinin menfaatlerini korumak veya geliştirmek için uğraşır. Bu özgürlük talimat doğrultusunda avukatın veya müvekkilinin davanın veya müvekkilin müzakere duruşunun sunulması sırasında arabulucuyla veya diğer tarafla tamamen samimi olma düzeyi ile çatışabilir. Taraf vekilleri açısından bu etik ikilem hala bir tür gri alandır ve sürmekte olan bazı tartışmalara konu olmaktadır, ancak sonuç olarak arabuluculuk sırasında gösterilen ve mesleğe kötü bir şöhret getiren davranışların disiplin yaptırımına neden olması muhtemeldir.

Uygulama amaçları için, görüşme sırasında diğer tarafla veya arabulucuyla yakında gerçekleştirilecek müzakerede benimsenecek taktik yaklaşım tartışılırken, aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması iyi olacaktır:

- (i) Arabulucunun başarılı olmasının nedeni bir güven ilişkisine dayanarak hareket etmesidir.

⁶ Özellikle de Kısım 1'deki Üstün Amaç.

⁷ Vernon ve Basely (No 2) Davası [1999] QB 18 CA.

Tarafların hepsi arabulucuyla güvenirler ve o da kendisine söylenen şeylerin, özellikle de gizlilik altında söylenen şeylerin veya diğer tarafa iletmesi için söylenen şeylerin doğru olduğunu varsaymalıdır. Arabulucuya olan güvenin sarsılması büyük ihtimalle arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olacaktır. Aranızdaki inancı bozmanız halinde sizin pozisyonunuzu diğer tarafa karşı temsil etmeye devam etmekte zorlanacaktır.

- (ii) Eğer karşı taraf sizin müzakere tarzınız veya pozisyonunuz hakkında mutsuz veya rahatsızsa veya mağdursa, herhangi bir anda süreçten ayrılabilir. Bu özellikle diğer tarafın sizin iki yüzlü olduğunuzu düşündüğü durumlarda çok olasıdır.
- (iii) Arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmalar mahkemeler tarafından yalan beyana dayanarak yaratıldığı⁸ gerekçesiyle başka bir sözleşmede de olabileceği gibi⁹ bu tür bir neticeden ister istemez doğacak tüm sonuçlarıyla birlikte iptal edilebilir.

4.7 Müvekkil Neye Ulaşmak İster?

Hukuk mesleğinden olmayan müvekkil ile gerçekleştirilecek arabuluculuk öncesi görüşme yalnızca dava veya savunmanın hukuki nedenini değil, ayrıca ne gibi bir sonuca ihtiyaç duyulduğunu tam olarak ortaya koymalıdır, fakat mevcut olduğu yerlerde daha geniş kapsamda ticari, ilişkisel, kişisel ve duygusal menfaatler içeren tüm yelpazeyi dikkate almalıdır. Bunu yapmanın etkili yollarından birisi müvekkilin ulaşmak istediği her şeyin bir listesini hazırlamak ve bunları kategorilere ayırarak önceliklendirmektir. Kategorilerin 'ihtiyaçlar' 'istenenler' ve 'olsa iyi olur' şeklinde sıralanmasını ve her kategori altındaki maddelerin değerlerine göre sıraya konmasını öneriyorum: Bkz. Şekil 5. Belirlenen değerlerle birlikte bu liste derlendikten sonra, diğer tarafın listesini tahmin etmek ve uygun gördüğünüz şekilde değerler belirlemek de faydalı bir alıştırmadır. Verilen değerler arasındaki farklar pazarlığa neden olacaktır ve umulur ki, taraflar daha düşük değer verdikleri konuları diğer tarafın daha çok değer verdiği konularla takas etmeyi kabul edeceklerdir.

⁸ Veda tech Corp'n ve Crystal Decision UK Ltd and Crystal Decision (Japonya) KK Davası [2003] EWCA Civ 1066.

⁹ Foskett QC, David The Law and Practice of Compromise [Ödün Vererek Anlaşma Hukuku ve Uygulamaları] Thomson Sweet & Maxwell 8th edn 2015 4-37/4-50.

Şekil 5. İhtiyaçlar ve Menfaatlerin Önceliklendirilmiş Listesinin Hazırlanması

Kendi Müvekkiliniz	Müvekkilin Diğer Tarafın Bizi Nasıl Gördüğüne İlişkin Algısı	Müvekkilin Diğer Tarafa İlişkin Algısı	Diğer tarafın Gerçek Durumu (Arabuluculuk Sırasında Ortaya Menfaat)
İhtiyacımız olanlar 1. 2. 3. 4.	Onlara göre ihtiyacımız olan 1. 2. 3. 4.	Bize göre onların ihtiyaç duydukları 1. 2. 3. 4.	Onların ihtiyaç duydukları 1. 2. 3. 4.
İstediklerimiz 5. 6. 7. 8.	Onlara göre bizim istediğimiz 5. 6. 7. 8.	Bize göre onların istedikleri 5. 6. 7. 8.	Onların istedikleri 5. 6. 7. 8.
Olsa iyi olur dediklerimiz 9. 10. 11. 12.	Onlara göre bizim isteyebileceğimiz 9. 10. 11. 12.	Bize göre onların isteyebileceği 9. 10. 11. 12.	Onların olsa iyi olur dediği 9. 10. 11. 12.

Bu takas edilebilecek 'farklılıklar' arama düşüncesi arabulucuların kullandığı yaygın bir stratejidir ve taraf vekilinin görevi diğer tarafın listesindeki gerçek değerleri ortaya çıkarmak için arabulucuyu kullanmaya çalışmaktır. Deneyimli bir arabulucu bu süreci kullanacak fakat bu tür bir bilgiyi açığa çıkarmayacaktır.

Benzer bir yaklaşım da açıklanabilecek hususların önceden derlenmesi olabilir: Bkz. Şekil 6.

Şekil 6. Müzakere için Pazarlık Çerçevesinin Hazırlanması

Kendi Müvekkiliniz	Müvekkilin Diğer tarafın Bizi Nasıl Gördüğüne İlişkin Algısı
Bizim açıklayacağımız 1. 2. 3. 4.	Onlara göre bizim açıklayacağımız 1. 2. 3. 4.
Bizim belki açıklayabileceğimiz 5. 6. 7. 8.	Onlara göre bizim açıklayabileceğimiz 5. 6. 7. 8.
Bizim açıklamayacağımız 9. 10. 11. 12.	Onlara göre bizim açıklamayacağımız 9. 10. 11. 12.

Görünüşte tek bir hususa dayalı davalar daha küçük parçalara ayrılmalıdır: Temel konunun paranın ödenmesi olduğu bir dava zaman dikkate alınarak çeşitli konulara bölünebilir ve böylece ödenecek miktara ve ödeme şekline karar verilmesini ve konuda anlaşılmasını da kapsar. Örneğin ödemenin tek havaleyle mi yoksa dilimler şeklinde mi ödeneceği değerlendirilebilir; eğer ikinci şekilde olacaksa, ne kadar ödeneceği ve nasıl bir süre zarfında ödeneceği; erken ödeme için indirim olup olmayacağı; faiz olup olmayacağı; ihmale ilişkin bir önlem olup olmadığı; giderler için bir önlem olup olmadığı; anlaşmaya ilişkin bir gizlilik olup olmadığı konuları değerlendirilebilir. Dolayısıyla tek bir konuymuş gibi görünen durumlar pazarlık amaçları doğrultusunda sekiz konuya dönüştürülebilir.

4.8 Anlaşma Yetkisi Edinmek

Tüm tarafların arabuluculuğa anlaşma yetkisine sahip olarak gelmesi sürecin olmazsa olmaz gereklerinden biridir ve arabuluculuk anlaşması da bunu genellikle bu şekilde ortaya koyacaktır.

Anlaşmayı onaylaması gereken tüm kişilerin normalde arabuluculuk oturumunda bulunması gerekir ve anlaşmanın daha yüksek bir makamın onayına tabi olduğu durumlarda, bu yüksek makamın da katılımda bulunması ve süreci görmesi gerekir. Aksi takdirde tarafları anlaşmaya doğru iten dinamikten etkilenmeyecektir: Arabuluculuğun dışında kalan herhangi bir tarafın anlaşma rakamının gerekçelendirilmiş olduğuna dair ikna edilmesi gerekebilir. Ayrıca tarafların yalnızca hukuk danışmanlarının değil, bizzat kendilerinin yetki sahibi olması anlamına gelir ancak bu danışmanların anlaşmaya ilişkin tam yetki sahibi oldukları durumlarda geçerli değildir.

Taraf vekili kendisinin ve müvekkilinin anlaşma yetkisinin sınırlarına ilişkin önceden derinlemesine bir inceleme yapmak için hazır olmalıdır. Arabulucu, avukattan yetkisinin davanın tamamını kapsadığına ilişkin resmi bir onay isteyebilir. Gerçekten anlaşma yetkisi sınırlıysa, bu sınırın en azından daha önceden yapılan ve reddedilen tekliflerin ötesine geçebildiğinden emin olmalısınız. Arabulucu aynı zamanda üçüncü kişiler tarafından verilecek anlaşma yetkisine ilişkin de özel bilgi talep edebilir, bunun bariz bir örneği de sigortacının yetki alanıdır.

Arabuluculuk taraf vekili şunları yaparsa görevini yerine getirmez, mutlak surette arabuluculuğun başarısız olmasına neden olur ve görevi kötüye kullanmakla suçlanabilir:

1. Arabuluculuğa uygun yetkiyle gelmemesi; örneğin karar vericinin katılmaması veya yetkisinin tamamen yetersiz olması ve vekilin arabulucuyu yetki sorunları hakkında bilgilendirmemesi;
2. Sahip olduğu yetki düzeyi hakkınd arabulucuya yalan söylemesi; veya
3. Arabuluculuk sırasında bir taktik olarak yetkisi olmadığını göstererek zaman kazanmaya veya diğer taraf üzerinde müzakere baskısı yaratmaya çalışması.

Bir arabuluculuk taraf vekili asla yetki konularını göz ardı etmemelidir. Kendi müvekkilinin anlaşma yetkisinden emin olsa bile, arabuluculuk sürecinin sonlarına doğru genelde ortaya çıkan kayda değer ve belki de beklenmedik hareket taraflardan birinin gerekli yetkiye sahip olmaması nedeniyle raydan çıkabilir. Bizzat anlaşma kolayca tehlikeye girebilir.

Dolayısıyla eğer sürecin ivmesinin azalması ve yetki almanın mümkün olmadığı bir durumun (örn. kurul onayının gerekmesi) söz konusu olması nedeniyle müvekkilin anlaşmayı sağlayacak imkanlara sahip olduğundan emin olamıyorsanız, en azından iyi niyetle yetkinin ne zaman sağlanabileceğini ifade edin, mümkün olan en erken zamanda sorunla ilgili dürüstçe açıklama yapın ve eğer gerekli olduğuna kanaat getirirseniz süreci askıya alma cesareti gösterin.

4.9 Arabuluculuk 'Özeti'nin Hazırlanması

Bizzat arabuluculuğa hazırlanmak, taraf vekili için yargılama için özet hazırlamaktan daha az zahmetli bir iş değildir, ancak mutlaka farklı olacaktır çünkü buradaki odak noktası müvekkilin daha geniş kapsamdaki ihtiyaçları ve menfaatlerinin belirlenmesi ve olumlu bir sonuç için müzakere stratejisi oluşturmak için zaman ayırmaktır. Avukatın tüm ilgili gerçekler ve dahil olan veya muhtemelen olabilecek tanıklarla beraber yasal davayı bilmesi, önemli ve çekişmeli hukuki ve fiili konulara tam anlamıyla aşina olması ve bunları belirlemiş ve analiz etmiş olması ve her iki tarafın da güçlü ve zayıf yanlarını listeleyebilmesi gerekir. Bu gerek neredeyse değişmezdir çünkü arabuluculuk taraf vekilinin temel rollerinden birisi hukuki referans çerçevesi ile karşılaştırma yapabilmek (Sekil 1'deki "Kutu"¹⁰) ve dolayısıyla masadaki teklifi ve müvekkilin müzakereyle erişilen anlaşmaya en iyi alternatifini (BATNA)¹¹ yakından takip etmektir. Size para ödenmesinin nedeni arabuluculuktaki herhangi bir teklifin ilgili esasları hakkında ve arabuluculukta bir anlaşma sağlanamaması halinde ortaya çıkacak olası sonuç hakkında müvekkilinizi yönlendirmenizdir.

Genellikle kısa bir açılış beyanı hazırlaması ve sunması istenecektir. Bu yazılı pozisyon beyanının bir tekrarı değildir ve taraf vekili söyleyecek yeni bir şeyler bulmaya çalışmalıdır.

Her ne kadar arabuluculuk taraf vekilinin tanıkların incelenmesi ve çapraz sorgulanmasını planlaması gerekmeseyse de, arabuluculuğun inceleme aşamasında arabulucunun taraflarla yaptığı özel oturumlara götürerek diğer tarafı bir gerçeklik testine tabi tutması ve diğer tarafın beklentilerini azaltması için zor sorular hazırlamalıdır. Muhalif ve işbirlikçi stratejiler hakkında daha sonra daha fazla bilgi vereceğim.¹²

¹⁰ Bkz. s. 43

¹¹ Bkz. s. 113

¹² Bkz. s. 171-178

Bir duruşma özetinin aksine, arabuluculuk taraf vekilinin kendi anlaşma veya müzakere stratejisini ayrıntılı biçimde hazırlaması gerekir. Açılışta hem yükümlülüğe hem de miktara ilişkin anlaşma pozisyonlarına sahip olması gerekir. Başlama noktasının baskı altında kalmasına neden olmuş olabilecek tahmin edilemez faktörleri belirlemiş olmalıdır, örneğin bu faktörler yeni veya açıklığa kavuşturulmuş bilgi veya diğer tarafın tahmin edildiğinden daha inandırıcı veya ikna edici olmasının yarattığı etki olabilir.

Arabuluculuk taraf vekili, müvekkilinin sonuçta neye razı olmaya hazır olacağının farkında olmalı ve istediği yere nasıl geleceğini bilmesini sağlayacak bir müzakere stratejisiyle hazırlanmalıdır. Bunu yapabilmek için müzakerelerin şu anda hangi noktada olduğunu değerlendirmesi ve gerçekçi bir anlaşma aralığı konusunda talimat almış veya tavsiye vermiş olması gerekir.

Sonuç olarak, davanın yaşına veya dava sürecindeki mevcut ilerlemeye dayanarak bir teklif sunmak veya talepte bulunmaktan kaçınmalıdır. Eğer müvekkili için en olası sonucu belirleyebilirse, vekil hangi teklifler ve taleplerin müvekkilini o sonuç aralığına getireceğini ortaya çıkarmalı ve daha sonra da bu yönde ilerlemelidir.

Taraf vekili son hazırlığında şunları bilmelidir:

- Görüşmelerde başarı elde etmek için gerçek olasılıklar nedir?
- Davanın gerçek değeri nedir?
- Varsa, müvekkilin özel ihtiyaçları nelerdir?
- Hangi sonuç müvekkilin menfaatleri açısından en iyisi olacaktır?

Diğer yorumcular¹³ son hazırlık için bir kontrol listesi oluşturmanın fayda olacağını ileri sürmüşlerdir.

Hazırlanan herhangi bir kontrol listesi şu adımları içermelidir:

¹³ Özellikle bkz. Nesic, Miryana, Mediation [Arabuluculuk], Tottel 2001; Dodson, Charles, Preparing for Mediation [Arabuluculuğa Hazırlanmak] CEDR Resolutions [Etkili Uyuşmazlık Merkezi Kararları] Sayı 17 Yaz 1997.

1. Tüm dosyaları inceleyin ve davanızı hangi delillerin desteklediğini bilin: Tanıklar, temel dokümanlar, bilirkişi raporları ve gerçek deliller nelerdir? Davanın son bir değerlendirmesini yapabilmek için gereken tüm bilgilere sahip olduğunuzdan emin olun.
2. Talep edilen başlıca tazminat konularını bilin: Belirtilen miktar her biri için gerekçelendirilmiş veya desteklenmiş midir?
3. Önce arabuluculuğa kadar olan dönem için daha sonra da tahmini randevu tarihine kadarki dönem için faiz hesaplamaları hazırlayın.
4. Destekleyici, ilgili ve güncel yetkiyle i) yükümlülük ii) tazminata ilişkin hangi yasaların ileri sürüleceğini bilin. Referans çerçevesini değerlendirirken - ki bu da yasal davadır- arabulucu iki avukatı bir araya getirerek yasal pozisyonun tartışılarak çözülmesini sağlayabilir veya sizi kendi hukuk görüşünüz hakkında sorgulamak isteyebilir.
5. Davanızdaki belirli güçlü ve zayıf yanları listeleyin.
6. Diğer tarafın davasındaki belirli güçlü ve zayıf yanları listeleyin.
7. Kendi tarafınızdaki bugüne kadar oluşan giderleri, diğer tarafın üstlenmesi beklenen giderleri ve her iki tarafın da bugünden görüşmelerin sonuna kadar üstleneceği tahmin edilen giderleri ortaya koyun. Arabuluculuk görüşmelerine müvekkilinizin o güne kadarki giderlerinin dökümünü ve gider bütçelerinde yapılmış olan revizyonları bilerek gittiğinizden emin olun ve muhtemel telafi edilemez kısmı da hesaplayın. Doğrudan talep ederek veya arabulucu üzerinden diğer tarafın da kendileri için aynı şeyi yapmalarını sağlayın. Ne olduklarını bilmesi hayati önemdedir.
8. Arabuluculuk prosedürünü inceleyin - ne beklemeniz gerektiğini bilin.
9. Arabuluculuğa dahil olan tüm gerekli katılımcıların katılımını ve anlaşmak için gereken yetkinin bulunduğunu teyit edin - aksi takdirde uyuşmazlıkta anlaşmaya varılamaz
10. Müzakere stratejiniz üzerinde düşünün ve onu düzeltin: Nasıl bir tazminatın veya onarımın mümkün olduğunu;

gelecekteki eylemlere ilişkin hangi planların uygulanabilir olduğunu; duygusal veya psikolojik konularla nasıl başa çıkılabileceğini; ve her iki tarafa da fayda sağlayacak maliyet tasarrufu, vergi tasarrufu, zaman ve fırsat maliyeti tasarrufu, ticari, sosyal ve ailesel ilişkilerin yenilenmesi veya korunması gibi fırsatları belirleyerek 'pastanın nasıl büyütüleceğini' bilin.

11. Amaçlanan anlaşmanın yetki sorunlarına neden olabilecek veya muhtemel olarak anlaşma tutanağının ertelenmesine yol açabilecek herhangi bir finansal, teknik veya vergilerle ilgili sonucu olup olmadığını değerlendirin.
12. Bir Tomlin (Durdurma) Emri taslağı veya anlaşma tutanağının resmi kısımlarını, yani tarafları, beyanları, tahmin edilen anlaşma maddelerini belirleyin.
13. Bir yapıya ve hedefe sahip olmak için en uygun anlaşma tutanağı taslağını hazırlayın.
14. Arabuluculuk randevusunda ihtiyacınız olacak her şeyi bulundurduğunuzdan emin olun:
 - (a) Hesap makinesi
 - (b) Diz üstü bilgisayar
 - (c) Cep telefonu
 - (d) Önemli kişilerin numaraları
 - (e) Dava özetleri / pozisyon beyanları
 - (f) Mutabakata varılmış dokümanlar
 - (g) İstenirse sunulabilecek diğer dokümanlar
 - (h) Tazminat çizelgesi
 - (i) Faiz hesaplaması
 - (j) Giderlerin dökümü
 - (k) Açılış notu
 - (l) Avukatın görüşleri
 - (m) Uygun olduğu yerde gizlilik maddesi taslağını da içeren Tomlin (Durdurma) Emri taslağı.

4.10 Arabuluculuk Öncesi Hazırlık

Bu kitabın şimdiye kadarki gidişatından da anlaşılacağı üzere arabuluculuk yalnızca çok az bir hazırlık gerektiren ya da hiç hazırlık gerektirmeyen bir müzakere süreci değildir.

Avukatın doğal sinizminin arabuluculuk görüşmelerinin yalnızca taraflar arasında bir pazarlık oturumu olacağı yönünde bir varsayıma ulaşmasına izin vermeyin. Önceki bölümden anlaşılacağı üzere; müvekkilinizin davasının normalde olacağı şekilde tam olarak öğrenilmesi ve hazırlanması gereklidir. Tarafsız bir karar verici hakim heyetinin huzurunda davanızı kanıtlamaya çalışacağınız şekilde bir duruşma formatında sunulmayacak veya uygulanmayacak olabilir, fakat dikkate alınması gereken zihinsel hususlar aynıdır. Hem hukuk mesleğinden olan hem de olmayan müvekkilleriniz hazırlık aşamasında rahat davrandığınızı görmekten memnun olmayacaklardır.

Müvekkilinizin arabuluculukta kullanmasını istediğiniz taktikler ve prosedür hakkında tavsiye sunarken, süreci ve tüm katılımcıların rollerini açıklayabilecek bir pozisyonda olmalısınız (Unutmayın - 'katılımcılar' yalnızca 'taraflar' değildir). Durum böyle olunca, müvekkilinize şu konularda tavsiyede bulunmalısınız:

- Mutlak beklentilere sahip olmamak - davası hem özel oturumlarda arabulucu tarafından hem de ortak oturumlarda diğer taraf tarafından gerçeklik testine tabi tutulacaktır.
- Öncelikler açısından nelere ulaşmak istediğini bilmek: İster parasal bir anlaşma olsun ister başka bir anlaşma, neyin olmazsa olmaz ve neyin ideal olduğu konusunda rahat hissetmelidir (bkz. Şekil 5).
- Durumun gerçeklikleriyle başa çıkmak; çünkü arabuluculuk sırasında mevcut durum değişebilir, aksi halde bedeli ağır bir galibiyet kazanabilir.

Ve şu konuları netleştirmelisiniz:

- Arabuluculuk sürecini 'mahkemede hesaplaşma' fırsatı olarak görebileceği ve önem verdiği tüm konularda aktif katılım gösterebileceği.
- Anlaşma seçenekleri alanının yasal esaslar veya dava prosedürü tarafından sınırlanmadığı ve parasal olmayan amaçları ve mevcut anlaşmanın dışında kalan hususlar da dahil olma üzere, ulaşmak istediği amaçlar için başka yerlere bakabileceği.
- Prosedürel olarak, arabuluculuk dahilinde ayrıca toplantılar gerçekleştirilme ihtimali olduğu, örn. arabulucunun uygun gördüğü ve tarafların da kabul ettiği durumlarda sadece iki avukat arasında, bilirkişiler arasında, hukuk mesleğinden olmayan müvekkiller arasında, muhasebeciler arasında veya yöneticiler arasında görüşmeler olabilir.

4.11 Müvekkil İçin Arabuluculuğa İlişkin Tavsiyeler

Arabuluculukla ilgilenen bir müvekkiliniz için yazılı bir tavsiye vermeniz istenirse, bu ister resmi ister gayriresmi olsun, vereceğiniz tavsiyenin içeriği mahkeme sürecindeki bir davanın hukuki veya delile dayanan esaslarına veya miktar açısından olası sonucuna ilişkin vereceğiniz fikirden mutlaka farklı olacaktır.

Uyuşmazlığın hukuki düzeyinde, esaslar ve miktar açısından dava veya savunma nedenini değerlendirmeniz gerekir. Bu amaçla, davaya ilişkin olguları, hukuki konuları ve mevcut delilleri özetlemeniz; müvekkilinizin telafi edilebilir tazminat miktarı açısından başarı şansını değerlendirmeniz ve başka türden tazminat istenip istenmeyeceğini tartışmanız gerekir. Bunlara, uygulanabilirliğin, belki de en iyi ve en kötü sonuç olasılıklarının değerlendirilmesinin ve mümkün olan şansın yüzdesinin de dahil edilmesi gerekir. Uygun süreç tercihinizi veya özel bir zaman çizelgesini dikkate almak isteyebilirsiniz. HUK Bölüm 44 kapsamındaki düzen açısından maliyet yükümlülüğü de mutlaka önemli bir konu olacaktır.

Ancak dava sürecinde bir tavsiye vermekten farklı olarak, müvekkilin pozisyonuna ilişkin analiziniz burada bitmez. Arabuluculukta tavsiye verirken dikkate alınması gereken başka iki uyuşmazlık düzeyi vardır¹⁴. Tamamen hukuki olan analizin ötesinde, uyuşmazlığın bir de ticari düzeyi vardır. Müvekkilin ihtiyaç ve menfaatlerini yansıtan ticari düzenlemenin hangisi olduğunu anlamanız ve varsa, tarafları ilgilendiren geçmiş ve gelecekteki iş fırsatlarını dikkate alan mevcut ve uygun ne türden ticari çözümler bulunduğunu görmeniz gerekir.

Ayrıca uyuşmazlığın kişisel bir düzeyi vardır ve bu müvekkiliniz için oldukça önemli olabilir. Müvekkilinizin nasıl kişisel olarak tatmin olabileceğini ve hayatına devam edebileceğini düşünmeniz ve bu konuda tavsiye vermeniz gerekir. Mahkeme sürecinin sonunda çıkan sonuçtan elde edebileceği bir faydayı artık elde edemeyecektir - her ne kadar mahkemenin yaptıklarını onaylamaması riskine sahip olsa da veya hukuki teknik ayrıntılar dolayısıyla davayı kazanıp kaybetmesi mümkün olsa da, mahkemede hakimin ona haklı olduğunu söylemesi onu tatmin edebilir.

¹⁴ Bkz: Mediation Advocacy - How to keep it on track for results Miryana Nesic, Hammonds [Arabuluculuk Taraf Vekilliği: Sonuçlar için sürecin nasıl yoldan çıkmaması sağlanır] Çalışma ilk olarak Londra'da gerçekleştirilen 20 Kasım 2003 tarihli Etkili Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (CEDR) Birinci Arabulucular Kongresi'nde sunulmuştur.

Herhangi bir kişisel sorunun çözülmesi için müvekkilin duygusal boşalma sürecine ihtiyacı vardır ve deneyimli arabulucular bunu konuda hassas davranacak ve bunu anlamaya giden bir yol olarak kullanacaklardır.

Bir dava sürecinin yürütülmesine ve olası sonucuna ilişkin doğru biçimde tavsiye verebilmek için, neye ulaşmak istediğinize dair açıkça anlaşılır bir görüşünüz olmalıdır. Müvekkilinizin tek istediği para yönünden anlaşmak mıdır? Müvekkilinizin öncelikleri nelerdir? Hangi hedefler olmazsa olmazdır ve hangileri idealdir? Müvekkilinizin durumun gerçeklikleriyle başa çıkması gerekecektir ve dolayısıyla sizin bunların neler olduğunu bilmeniz gerekir ve bunu yaparken de hangi aralıkta teklifler sunabileceğinizi de görebilirsiniz.

4.12 Arabuluculuk Tarihinin Belirlenmesi

Arabuluculuğa gitme kararı verildikten ve arabulucu da görevlendirildikten sonra, makul olan en kısa sürede arabuluculuğun gerçekleştirileceği tarih belirlenmelidir. Arabulucu genellikle programında yer alan taahhütlere göre ve nispeten kısa bir sürede arabuluculuğu gerçekleştirme görüşü doğrultusunda seçilir. Müvekkile sağlanacak temel faydaların uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasına kıyasla maliyet ve zaman tasarrufu sağlanması amacı olmasından dolayı, tarafların arabuluculuğu kabul etmeleri ve belirlenen arabulucu ile görüşmeyi kabul etmeleri ile ortaya çıkan ivmeden faydalanmanız gerekir. Eğer dava süreci devam etmekteyse, dava sürecinde zamanın geçişini askıya almak ve daha geniş kapsamlı inceleme, açıklama veya başka türlü usule ilişkin çalışmaları durdurarak giderlerin artışı önlemek de önemlidir. Bu arada arabuluculuğu maliyet odaklı, kısıtlı ve kendi kendini idare eden bir süreç olarak yürütebilirsiniz.

Ciddi anlamda bir arabuluculuk öncesi hazırlık unsuru vardır ve bazen de arabulucuyla telefon görüşmeleri, toplantılar veya ilişkileri arabuluculuk başlamadan gerçekleşebilir. Yine de genel olarak arabulucunun görevlendirilmesi ile arabuluculuk sürecinin başlaması arasındaki gecikmenin üç-dört haftadan fazla olmamasını hedeflemelisiniz. Sıklıkla, bir arabulucuya veya arabuluculuk hizmeti sağlayıcı tarafından sunulan hizmetlere karar vermede önemli bir faktör de arabulucunun müsaitliğidir. Muhtemelen, arabuluculuk için erken bir tarih alınması hazırlık süresi hakkında endişe etmekten daha önemlidir. Eğer kapsamlı bir hazırlık gerekeceğinin veya temel kişilerin veya bilirkişilerinin katılımının gerekeceğini farkındaysanız, bu farklı bir durumdur ve bu durumda randevunun ertelenmesi gerekecektir. Fakat arabuluculuğa başvurma kararı verildikten sonra, süreç ileri doğru ilerlemeli ve hareketsizlikten dolayı sona ermesine izin verilmemelidir.

4.13 Yanlış Anlamak

Şüphesizdir ki kendilerini arabuluculuk faaliyetlerinde, sürece karşı açık biçimde düşmanca davranmadıkları halde antipatik ve reddedici olan ve kesinlikle dava yönetimi teklifini sadece göstermelik olarak kabul eden veya arabuluculuğu kendi maliyet pozisyonlarını korumak için bir yol olarak gören müvekkilleri temsil etme durumunda bulan avukatlar vardır. Bu kişiler arabuluculuk sürecine karşı yapmaları gereken şeyleri yerine getiremeyecek kadar isteksiz ya da çok tembel veya bilgisizdirler. Pek çok kişinin başarısızlıktan çok başarıyla sonuçlanması gerektiği konusunda hemfikir olduğu bu sürece karşı gösterilen bu duygu çelişkisi, kötü kişisel avukatlık alışkanlıklarına ve dolayısıyla da dinamiğin baltalanmasına yol açar ve gerçek bir dezavantaja neden olur. Ya arabuluculuk anlaşmayla sonlanabilecekken başarısızlıkla sona erer, ya da müvekkil olması gerekenden daha küçük bir anlaşmayla veya daha büyük bir tatminsizlik duygusuyla süreçten ayrılır.

Bu kötü alışkanlıkların en önemlisi zayıf hazırlıktır - yani arabuluculuk sürecinde olgular, deliller, yasa, tarafın gerçek menfaatleri, mevcut anlaşma seçeneklerine ilişkin yeterince vakıf olmamak ve giderlere ilişkin yetersiz bilgi sahibi olmaktır. Bu müvekkilde müzakereyle erişilen en iyi ve en kötü alternatiflere ilişkin farkındalık yaratılması olasılığını baltalar.

Buna karşın, bazı taraf vekilleri hazırlık yaparken tamamen yanlış bir yaklaşım benimserler ve davayı bir duruşma gibi görürler ve arabulucuya kendi müvekkillerinin davasının diğer tarafındakinden daha iyi olduğunu 'kanıtlamaya' çalışmaları veya arabulucuyu bu yönde ikna etmeleri gerektiğini varsayarlar. Bu da çok fazla materyalin işin içine girmesine ve de, ya dokümanların birer anlaşma aracı olarak değil, ispatlayıcı değerleri için kullanılmasına ya da imtiyazlardan feragat etmekten veya yanlış kullanımdan korkarak hangi dokümanların arabulucuyla paylaşılacağı konusunda temkinli davranılmasına neden olur.

Bazı taraf vekilleri arabuluculuğu basit bir 'karşılıklı pazarlık' uygulaması olarak görerek reddederler, ancak aslında bu süreç onların görebildiğinden çok daha sofistikedir ve bu açıdan müvekkillerinin gerçek ihtiyaçlarını karşılamak veya özellikle şanslılarsa müvekkillerinin arzularını gerçekleştirmek konusunda artık oldukça gelişmiş ve beceri isteyen bir hale gelmiş olan bu uygulamadan faydalanamazlar.

Deneyimsiz ve çelişkili duygular içinde olan temsilcilerin neden olduğu diğer uygulama sorunları arasında şunlar vardır:

- (i) İlgili tarafların hepsini veya dava süreci dışında kalan tüm tarafları arabuluculuk sürecine dahil edememek; tüm taraflar sürece dahil edilmiş olsaydı bu, tarafların daha geniş kapsamdaki menfaatlerine destek sağlayarak anlaşmanın önündeki engelleri kaldırabilirdi.
- (ii) Arabuluculuk faaliyetlerine kimlerin katılması gerektiğini belirleyememek, örneğin finansman sağlayacak olan sigortacı veya çözümün uygulanması için gerekli olabilecek bir teknisyen - temel tartışma açısından yakından ilgili olmasa bile uygulamalı bir çözüm için önemli olan, ilgili finansal (örn. vergi) veya teknik bilgisi (örn. devretme) olan bir kişi.
- (iii) Uygun olmayan veya zor kişileri getirmek - uyuşmazlıkla yakından ilgili olan fakat ya hiyerarşik kurumlarda ya da diğer istihdam bağlamlarında yer alan, fayda sağlayamayacak kadar çok korunması gereken menfaatleri bulunan kişiler.
- (iv) Yanlış kişiyi getirmek - uyuşmazlığa ilişkin yeterli bilgisi bulunmayan ve sürece pozitif bir katkı yapamayan bir yönetici.

Sürece ilişkin olarak veya orada bulunması konusunda olumsuz bir tutumu olan bir avukat veya başka bir arabuluculuk temsilcisinin fark edilmesi zor olmayacaktır. Muhtemelen sürece aşına olmadığını gösterecek ve avukatın rolüne veya arabulucunun davranışına karşı şüpheli davranacaktır. Özel oturumlar üzerinde tekel kuracak ve müvekkiline özel düşüncelerini veya dertlerini paylaşma şansı vermeyecektir. Özür dilemenin ve pişmanlık belirtmenin yükümlülüğü kabul etmek anlamına geldiği şeklinde bir duruş benimseyebilir (veya bu yönde düşüncelerini ortaya koyabilir ve tavsiyede bulunabilir), prensipte taviz vermeye ilişkin kaygılarını dile getirebilir, itibarı korumanın veya itibar kaybetmekten kaçınmanın önemini abartabilir (müvekkilininkinden çok kendininki olmak üzere), müvekkiline aşırı derecede iyimser tavsiyeler verebilir ve verdiği ilk tavsiyeye aşırı derecede güvenebilir.

Bu tür bir temsilci aslında bir yüküttür: Sadece görmek istediklerini görür; müvekkilinin kaybını, kızgınlığını veya yılgınlığını fark etmekte veya anlamakta zorlanır; örneğin dava sürecinin olumsuz tanıtıma sebep olması, geri getirilemez yönetim zamanı kaybı ve diğer gizli giderler gibi müvekkilinin amaçları ve hukuki olmayan riskleri ile ilgilenmeyi kendi rolü olarak görmez. Bu tür bir avukat hukuki sorunlara odaklanır ve sadece müvekkilinin değil aynı zamanda avantajlı bir anlaşmayı teşvik edebilecek olan diğer tarafın da önemli ticari menfaatlerini tamamen gözden kaçırabilir. Böyle bir taraf vekil, arabuluculuk sırasında şu tür muğlak bir dil ve klişe ifadeler kullanacak bir vekildir: 'Ortada hiçbir garanti yok,' veya 'hakimin ne yapacağını kim bilebilir'-ama aslında daha spesifik olması ve müvekkilini dava sürecinin riskleri hakkında bilgilendirmesi gerekir.

Aynı derecede tehlikeli olan bir diğer avukat türü de kendinden aşırı derecede emin olan avukattır. İlgili bilgileri göz ardı eder. Sadece diğer taraf veya arabulucu tarafından sunuldukları için iyi tekliflerle alay eder. Müvekkilinin bu çatışmaya arabuluculukta anlaşmaya varılamayacak kadar çok zaman ve para harcadığını düşünebilir; veya daha önceden kendinden emin tavsiyeler vermiş olabilir ve özel bir oturumda müvekkilin sahip olduğu ve muhtemelen süreç ilerledikçe ortaya çıkacak gerçekçi olmayan beklentileri yeniden düzenlemek için kendi müvekkiline karşı gelmekten korkuyor olabilir.

Bir avukatın zamanın daha çok erken olmasından ve uygun bir değerlendirme yapabilmesi için daha fazla bilgi ve delile ihtiyaç duymasından dolayı tavsiye verme konusunda korku duyması normaldir. Eğer durum böyleyse, arabuluculuğun yalnızca zamanın doğru olduğu anda yapılmasını sağlaması gerekir.

Çelişkili duygulara sahip, şüpheli veya hazırlıksız bir arabuluculuk taraf vekili muhalif hale gelebilir veya uyuşmazlıkla duygusal bir bağ kurabilir. Ya da arabuluculukta anlaşmaya varmanın müvekkil için tamamen ticari bir konu olduğunu ve kendisinin bir avukat olarak katılması gerekmediğini düşünebilir. Bu durum kendisini tamamen kiralanmış bir silah olarak gören ve bir müzakereci olarak bile olsa uzlaşmacı bir rol üstlenmeyi zor bulan türdeki dava avukatları için geçerlidir.

Görünüşe göre cevap şudur: Arabuluculuğa ilişkin kişisel görüşleriniz ne olursa olsun, müvekkilin menfaatlerine öncelik verin. Bunu da ancak şu şekilde yapabilirsiniz:

- Açık görüşlü olarak;
- Sürece ilişkin bir kavrayış edinerek;
- Prosedür hakkında bilgi edinerek;
- Davanızın tüm yönleri hakkında hazırlıklı olarak;
- Uyuşmazlığın hukuki çerçevesinin yalnızca tarafların menfaatlerinin tek bir yönü olabileceğini anlayarak;
- Uyuşmazlığın hukuki çerçevesi dışındaki çözümlere karşı açık olarak;
- Arabulucuyu bir engel olarak görmektense müvekkilinize fayda sağlamak için bir araç olarak kullanarak.

Eğer bu yaklaşımı benimserseniz, yalnızca sürece tam anlamıyla girmiş olmayacaksınız, aynı zamanda müvekkiliniz de arabuluculuğun amaçladığı bütüncül ve iyileştirici bir yaklaşımdan fayda görecektir: Böylece müvekkiliniz sorunu üzerinde kontrol sahibi olacak, siz de ona arzu edilebilir bir çözüm sunacak ve bir çizgi çekerek hayatına devam etmesini sağlayacaksınız.

Bölüm 5

ARABULUCULUK GÜNÜ

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 5 ARABULUCULUK GÜNÜ

5.1 Zaman Çizelgesi Hazırlamak

Birleşik Krallık hukuki/ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk modelinde, arabuluculuk görüşmelerinin çoğu bir gün sürmektedir. Karmaşık veya çok taraflı davalarda bile, arabuluculuğun bundan daha uzun sürmesi olağandışı bir durumdur. Bu durum, ICC ve diğerleri tarafından ve de yargı yetkisi alanındaki Aile Arabulucuları tarafından kullanılan 'Harvard' modeline ters düşmektedir çünkü bu model bir dizi belirlenmiş randevudan oluşur ve haftalarca sürebilir. Özel oturumlar, yani yalnızca arabulucu ve tek bir taraf arasında gerçekleştirilen özel oturumlar çok az yapılır ve hatta hiç yapılmaz.

Zaman kısıtlı arabuluculuk görüşmeleri arabulucuya bağlı olarak genelde üç saate kadar sürebilir ve bunlar mahkeme gözetiminde veya başka türlü arabuluculuk randevuları da içerebilir. Ticari zaman kısıtlı arabuluculuk programları dört veya beş saate kadar sürebilir ve bir anlaşmayla kesinleştirilir. Bu tür davalarda, genellikle zaman yalnızca arabulucunun veya arabuluculuk hizmeti sağlayıcının ücretiyle ilgili olarak kısıtlanır ve bu ücret bu saatten sonra saatlik bir ücret şeklinde artabilir.

5.2 Uygulamada Dikkate Alınacak Noktalar

Arabuluculuk faaliyetinin belirlenen zaman çerçevesi içinde bitmesini beklemeyin: Bilindiği üzere sürecin tarafları tatmin edecek biçimde başarıya ulaşması için gereken zamanın sadece üç saate sığdırılması zordur. Bazı arabuluculuk uygulayıcıları, örneğin bir arabuluculuk öncüsü olan Andrew Fraley, oldukça başarılı bir zaman-kısıtlı model uygularlar fakat bunlar oldukça nadirdir.

Arabuluculuk oturumları sıklıkla geceye kadar devam eder ve mutlaka normal iş saatlerinden sonrasına kadar sürer. Arabulucular bazen 'kapalı oda sendromu'ndan veya son ulaşım araçlarını kaçırmak korkusundan faydalanarak tarafların zihinlerinin anlaşmaya veya en azından engellerin üstesinden gelmeye odaklanması için çalışırlar. Zaman baskısı altında olmak anlaşma dinamiklerini etkiler - ya müvekkil ya da avukatı ayrılmak gerektiğini hisseder veya zaman baskısı, geriye bakıldığında nihayetinde tatminsizlikle sonuçlandığı görülen bir anlaşmanın ortaya çıkmasına neden olur.

Dolayısıyla programınızda yeterli zaman olduğundan emin olun: Öğleden sonrası için toplantılar veya konferanslar koymayın; akşamın ilk saatlerinde sosyal faaliyetler için ayrılabilmeyi beklemeyin. Ayrılması gerektiği için arabuluculuğu sabote eden bir temsilciden daha az profesyonel olan çok az şey vardır. Arabulucular hukukçu olmayan tarafı kendi yokluklarında devam etmeye davet edebilirler. Müvekkilinizi randevunun olası uzunluğu hakkında uyarın ve uzun bir güne hazırlıklı gelmesini söyleyin.

Bir mutabakata varıldığında bile, anlaşmanın başlıca konularını içeren bir dokümanın hazırlanması biraz zaman gerektirebilir. Arabulucu bunu yapmadan tarafların ayrılmasına izin vermeyecektir, çünkü tarafların eve giderken tereddüde düşmeleri halinde anlaşmanın bozulması riskini göze almayacaktır.

Gün içinde arabulucunun başka bir yerde olduğu ve sizin o yokken kendiniz ve diğer taraf için yapmanız gereken görevleri yerine getirmiş olduğunuz durumlarda herhangi bir şey yapmadan geçireceğiniz uzun zaman aralıklarına tolerans gösterin. Sürekli olarak müzakere pozisyonunuzu geliştirmeli ve müvekkilinizi etkileyen herhangi bir yeni bilgiye veya değişime uyum sağlamalısınız. Müvekkilinize yapacak veya okuyacak başka bir şey getirmesini tavsiye etmelisiniz. Siz ise müvekkilinizin olmadığı durumlar haricinde bunu yapmamalısınız.

Randevu tarih ve saatinden emin olun, arabuluculuğun gerçekleştirildiği yeri tanıyın ve zamanında gittiğinizden emin olun. Eğer bilmediğiniz bir yere gidiyorsanız, park etmek ve gerekli dosyalar ve materyalleri mekana taşımak için zaman ayırın. Geç kalmak yanlış bir mesaj vermenize neden olur. Eğer mümkünse 30 dakika önce gelerek arabulucu ve müvekkille tanışın ve müvekkilinizin özel oturumlarının gerçekleştirileceği odaya yerleşin.

Her ne kadar arabulucuya süreç başlamadan önce mümkün olduğunca az yüklenecek olsanız da, arabuluculuğa tüm dosyaları, diğer taraf için gereken dokümanların kopyalarını, yazım materyallerini, diz üstü bilgisayarınızı, cep telefonunuzu ve varsa taşınabilir yazıcınızı götürün. Konuyla ilgili görsel yardımcılar kullanmayı düşünün, çünkü bunlar ortaya koymak istediğiniz noktaları arabulucuya ve diğer tarafa daha kolay aktarmanızı sağlayabilir. Eğer diğer taraf için henüz görmedikleri dokümanlar hazırlayacaksanız, bu dokümanları ne olduklarını açıkladıktan sonra verin, önce değil.

5.3 Prosedür

Her ne kadar arabuluculuğun temel özelliklerinden birisi esneklik olsa da ve taraflar arabulucunun rehberliğinde kendi prosedürlerini seçebilseler de, standart bir prosedür ortaya çıkmıştır. Sofistike ve deneyimli uygulayıcılar bu prosedürü kendilerine ve müvekkillerine göre davalarının koşullarına uyacak şekilde değiştirmekte serbesttirler fakat hem eğitimde hem de temsilde acemi olanların bir çerçeveye ihtiyacı vardır.

Arbuluculuğun yapılacağı yer neresi olursa olsun, aslında arabulucu ev sahibidir. Tarafları karşılayıp onlarla tanışacak, imkanları açıklayacak ve o günkü süreç hakkında rehberlik sunacaktır. Bu tanışma toplantısı önemlidir çünkü bu genellikle çoğu katılımcının arabulucuyla tanışmak için ilk fırsatları olacaktır. Bazı arabulucular bu ön toplantılara zaman ayırırlar ve bilgi edinmeye veya bir şeyleri netleştirmeye çalışırlar, itimada ve güvene dayalı bir ilişki kurmaya başlamak için taraflarla iletişime geçerler, ortak açılış oturumunun şeklini araştırırlar, ve gerekli olduğu yerde bu toplantıya katılma konusunda isteksiz olan tarafları teşvik ederler ve hatta ikna ederler.

Taraflardan ve temsilcilerinden ilk olarak arabuluculuk anlaşmasını tamamen okumaları ve imzalamaları istenecektir. Bunu isterlerse kendi odalarında gizlice, isterlerse de açılış oturumunun başlangıcında yapabilirler. Daha sonra arabulucu da kendisi bu dokümanı imzalar. Özel uyuşmazlık çözümünün bu özelliği bizzat olağandışıdır, çünkü muhtemelen arabulucu uygulanmaya konmadan önce fiilen bu arabuluculuk anlaşmasının koşulları kapsamında günlerdir ve hatta haftalardır hareket etmektedir. Genellikle her tarafın bireysel olarak imza atmasından sonra diğer tarafın elindeki kopyayı imzalayacağı varsayılır.

Ortak Oturum

Ortak açılış oturumunun başında, odadaki herkes kendisini tanıttıktan sonra, arabulucu prosedüre ilişkin kısa bir giriş yapar ve tahmini zaman çizelgesini sunar ve bunun içinde kendi işlevini açıklar. Arabulucuların çoğu bu fırsattan yararlanarak kendi arka planlarından ve deneyimlerinden biraz bahsederler ve bazı temel noktalara değinirler:

- Sürecin gönüllülüğe dayalı olduğu ve tarafların istedikleri zaman süreçten ayrılma konusunda serbest olduğu;
- Sürecin tamamı, hukukun izin verdiği ölçüde gizli ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabi olduğu,¹ ve bir anlaşmaya varılmadıkça veya varılana kadar bu şekilde kalacağı;
- Özel oturumların içeriğinin gizli olduğu ve arabulucuya açık biçimde izin verilmediği sürece diğer tarafla paylaşılmayacağı;
- Tarafların anlaşma yetkisine sahip olmasının beklendiği.

Arabulucu aynı zamanda sadece süreci kabul ederek ve katılım sağlayarak ulaştıkları ilerlemeyi takdir ederek tarafları teşvik edecektir; muhtemelen tarafları özel oturumların sırası veya birbirlerine göre uzunluklarından farklı anlamlar çıkarmamaları konusunda uyaracaktır.

Esasında ortak oturum müvekkil odaklıdır. Oturma düzeni önce arabulucu, iki yanında hukuk mesleğinden olmayan müvekkiller, daha sonra arabulucu taraf vekilleri ve sonra da bilirkişiler, destekleyici tanıklar ve gözlemciler ve üçüncü kişi karar vericiler şeklinde olmalıdır. Bunun amacı, tüm duruşmalarda hakim ile taraflar arasında avukatın bulunduğu dava süreci ile bir karşılık oluşturmaktır.

Arabulucu, tarafların vekillerinden 5-10 dakika uzunluğunda bir açılış beyanı sunmalarını isteyecektir; daha sonra da, hukuk mesleğinden olmayan müvekkillerin her birinden kısa beyanlar talep edecektir. Bu beyanların kesilmemesi gerektiğini ve dikkatle dinlenmesi gerektiğini vurgulayacaktır. Bu beyanlar bir tartışmaya neden olabilir. Arabulucu genellikle tarafların karşılıklı pozisyonlarını özetleyecektir.

Açılış oturumundan sonra taraflar kendi özel odalarına geçerler. Daha sonra arabulucu odadan odaya gezerek bir çözüme veya çıkmaza ulaşana kadar taraflarla konuşur. İhtiyacı olduğu kadar bilgi almaya çalışır ve daha sonra her tarafla birlikte onların veya davalarının güçlü ve zayıf yanlarını ve miktar, riskler ve maliyet sonuçlarını inceler. Tarafların başarılı bir sonuçtan elde etmek istedikleri daha geniş kapsamlı arzularını bilmek isteyecektir ve her tarafın en önemli gördüğü şeyleri değerlendirmeye çalışacaktır.

¹ Bkz. Bölüm 6

Değerlendirici olmasa bile, arabulucu nadiren pasif pozisyonudadır. O sizin taleplerinizi ve beklentilerinizi derinlemesine inceler. Her özel oturumun sonunda, kendisine söylenenleri inceler ve diğer tarafa neleri söyleyebileceğini, varsa teklifler de dahil olmak üzere netleştirir. Önceki anlaşma tekliflerini ve bunların neye dayanılarak hesaplandığını ve reddedildiğini de bilmek isteyecektir.

Arabulucu herhangi bir aşamada, belirli bir noktanın doğrudan açıklanması veya sunulması için veya özellikle bir zorluk söz konusuysa tarafları ortak oturuma dönmeye davet edebilir. Tarafların ekiplerini bölerek bilirkişiler, avukatlar ve karar vericilerle tamamen ayrı biçimde, aynı anda veya arka arkaya olacak şekilde görüşebilir. Diğer taraftan, arabulucu açılış oturumundan sonra başka bir ortak toplantının gerekli olmadığına da karar verebilir.

Arabuluculuk normal şartlarda üç yoldan biriyle sonlanır: Karara varılmış bir mutabakat olabilir; taraflardan birinin veya her ikisinin süreçten ayrılmasına neden olan, aşılabilir bir zorluk olabilir; veya verilen süre yeterli olmayabilir ve taraflar arabuluculuğu daha sonra devam ettirmek üzere erteleyebilirler.

Anlaşma sağlandığı zaman, avukatlar mümkün olduğunca ayrıntılı biçimde gerekli anlaşmanın taslağını hazırlarlar ve gerekli yetkiye sahip kişiler ayrılmadan önce bu belgeyi imzalarlar. Eğer taraflardan biri veya her ikisi de süreçten ayrılırsa, arabulucunun arabuluculuk hizmeti sağlayıcıya, veya arabuluculuğun mahkeme gözetiminde olduğu durumlarda mahkemeye bu yönde bir rapor vermesi gerekebilir. Arabulucu yalnızca başarısızlığı raporlar ve kimseyi suçlama veya mahkemenin incelemesini isteme hakkına sahip değildir.²

Eğer randevu için ayrılan süre yetmezse, taraflar bir arabulucu olmaksızın müzakerelere devam etmelerini sağlayacak ivmenin oluşup oluşmadığını değerlendirmek isteyebilirler. Müvekkil ve avukatları için pozisyonu değerlendirmek biraz zaman alabilir. Eğer arabulucu hala gerekliyse, ilkinden sonra makul olan ilk fırsatta gerçekleştirilmek üzere bir sonraki oturum planlanmalıdır. Aile ve Harvard arabuluculuk modellerinde, anlaşmayı tek bir gün içinde sağlamaya çalışmak yerine bir dizi randevu ayarlanır.

² Bkz. Venture Investment Placement Ltd ve Hall Davası [2005] EWHC 1227 (Ch). Takip eden gider işlemlerinde, mahkeme arabuluculuğun neden başarısız olduğunu araştırmayabilir veya bu yönde bir bulgusu olmayabilir.

5.4 Açılış Beyanı

Arabuluculukta bir açılış beyanı sunulması bir duruşmada hakime yapılan açılış sunumlarından farklıdır. Ne kadar garip gelse de, taraf vekili, arabulucuya değil doğrudan diğer tarafa hitap etmelidir. Bu erken aşamada arabuluculuk taraf vekilinin amacı müzakereye girmek veya tartışmak ya da çözüm sunmak veya kabul etmek değil, kendi müvekkilinin düşünceleri hakkında bilgi sunmaktır.

Duruşmaların aksine burada resmi bir yapı yoktur. Kimin ilk başlayacağına arabulucu karar verir. Her zaman olmasa da çoğunlukla bu davacı taraf olacaktır. En önemlisi genellikle cevap verme hakkı olmadığının farkında olmalısınız, ancak bir mahkeme duruşmasının aksine burada arabulucu geleneksel olarak tarafları avukatlarından sonra veya onlara ek olarak bireysel olarak konuşmaya davet eder.

Bir açılış beyanı sunma teklifi şeklinde gelen fırsatı boşa harcamayın: Arabulucu diğer taraftan sözünüzü kesmeden sizi dinlemesini isteyecektir ve sizin neler söylediğinize odaklanacaktır.³ Bu çekişmeli çalışmada, müdahaleye maruz kalmaksızın diğer tarafta yer alan bir karar vericiye doğrudan hitap edebilmek veya kendi hukuk ekibi tarafından aşırı derecede korunması durumuyla başa çıkabilmek için bazı fırsatlar vardır. Bundan tam anlamıyla faydalanın.

Açılış beyanınızı oturumdan önce hazırlayın ve mümkünse prova edin. Bu beyanınızın kısa, özlü ve doğru olmasına yardımcı olacaktır. Kısa, öz ve sistematik olun. Eğer daha önce yapmadıysanız ekibinizi tanıttın. Daha sonra temel konulara ilişkin karışık ve duygusal olmayan bir odak noktası sunun, ayrıntılara girmeyin ve müvekkilinizin geçmiş takıntıları ve dertleriyle değil mevcut ihtiyaçlarını ele alın. Mevcut anlaşma süreciyle doğrudan ilgili olmadığı sürece çok fazla geçmişe de girmeyin. Çok hayati önemde olduğunu düşünmediğiniz sürece, dokümanlara da başvurmayın. Diğer taraftan, görsel bir yardımcı, örneğin bir şema veya diyagram diğer tarafın dikkatini çekebilir ve karmaşık veya teknik bir pozisyonun açıklanmasını daha kolay hale getirebilir. Ya başlangıçta ya da sonda, müvekkilinizin bir anlaşma yönünde çaba gösterme isteğine veya benzer bir olumlu ifadeye yer vermelisiniz.

³ Öyküsel kanıtlar diğer tarafın dikkatini çeken yaratıcı açılışların sıklıkla oldukça etkili olduğunu ileri sürmektedir.

İlk ve sonrasında yapılabilecek ortak oturumlarda kimlerin hazır bulunacağını daha önceden belirlemiş olacaksınız. Eğer size taktik olarak avantaj sağlayacaksa, sunumu hukukla, olgularla ve duygusal ve teknik konularla ilgilenecek kişiler arasında paylaşabilirsiniz. Müvekkilinizi kendi ticari zorunlulukları veya duygusal endişeleri ile ele alma konusunda teşvik etmek isteyebilirsiniz ve arabulucunun kişiler arasında görüş alışverişini teşvik etmesini bekleyebilirsiniz. Müvekkilinizin duygularını açığa vurması arabulucunun istediği bir şeydir. Taraf vekili olarak sizin bu duyguların olası etkileri ve önemine karar vermeniz gerekir. Bu müvekkilinizin tam olarak ne istediğini istediği şekilde söyleyebileceği tek zaman olabilir. Tabi ki bu böyle de olmayabilir, fakat yine de, siz buna izin vermenin felaket olacağını düşünmüyorsanız, müvekkilinize olayları kendi gördüğü ve anladığı şekilde ifade etme şansı verilmelidir.

Açılış beyanınızın içeriğini hazırlarken aşağıdaki unsurların her birini dikkate alın:

- (i) Konunun geçmişinden ne kadar kısa bahsedeceğiniz: Gereksiz tüm ayrıntıları çıkarın; mümkün olduğu yerde geçmiş yerine mevcut duruma ve geleceğe odaklanın.
- (ii) Taraflar arasındaki uyuşmazlığın temel noktalarını sizin gördüğünüz şekilde, geniş ifadelerle nasıl özetleyeceğiniz: Davanın olguları üzerinden geçin, anlaşma ve anlaşmazlık yaşanan alanları ve mevcut delilleri gösterin. Davanın olgularına dayanarak yükümlülük ve tazminata ilişkin yaptığınız analizi açıklayın; eğer karşılık veriyorsanız, diğer tarafın daya beyanına neden katılmadığınızı söyleyin. Maddi hukuk ve tarafların dava sürecini sonlandırma isteğine karşı ticari veya kişisel riskleri de dahil olmak üzere çatışmanın sürdüğü farklı düzeylerden bahsedin.
- (iii) Arabuluculukta neye ulaşmak istediğinizi nasıl en iyi şekilde ana hatlarıyla belirleyeceğiniz: Başlangıçta spesifik anlaşma rakamlarından bahsetmekten kaçının ve genel ifadelerle konuşun. Duygusal bir dil kullanmaktan kaçının fakat uyuşmazlığın müvekkiliniz üzerindeki etkisini açıklayın. Arabuluculukta hangi kararların alınması gerektiğini ileri sürün.

Gerçekçi olmanız gerekecektir. Güçlü yanlarınızı vurgularken ve davanızı en lehinize olan şekilde sunarken, zayıf yanlarınızı da göz ardı etmeyin. Eğer daha önceki bir teklifte zayıf yanlarınızı halihazırda dikkate almışsanız bunu diğer tarafa söyleyin veya en azından müzakere amaçları doğrultusunda davanızın zayıf yanlarının farkında olduğunuzu ifade edin.

Karşı tarafın söylediklerinizle ilgilenmesini sağlayacak bir dil ve sunum tarzı seçin - onlara dikkatlerini açık tutacak şeyler söyleyin - ve istemedikleri şeyleri söyleyerek ilgilerini kaybetmelerine neden olmayın. Olumlu olun - her iki tarafı da tatmin edecek bir anlaşmaya varmayı istediğinizi açıklayın.

Kendi sunumunuzu bitirdikten sonra, diğer tarafın açılış konuşmalarında neler söylediğini müdahale etmeden dikkatle dinleyin. Önemsemez biçimde davranmayın. Müvekkilinizin de dikkatle dinlemesini sağlayın - bazı şeyleri ilk kez duyuyor olabilir veya daha önce değerini anlamadığı veya fark etmediği şeyler duyabilir. Daha önceden alınan yerleşmiş pozisyonların önündeki tıkanıklıkların açılmasını sağlayan bu tür aydınlanmalardır. Eğer müvekkiliniz müstehzi davranıyorsa, bu sinizmini yüz ifadeleri veya diğer jestleriyle göstermemesini sağlayın çünkü bu tarz şeylerin diğer tarafı uzaklaştırması veya kızdırması muhtemeldir.

Öte yandan, diğer tarafın anlaşmaya varma konusunda gerçek anlamda bir ilgi göstermiyor olabileceğine ve sadece sizin davanızın güçlü ve zayıf yanlarını değerlendirmek için orada bulunuyor olabileceğine ve arabuluculuğu dava süreci içinde bir taktik aracı olarak kullanıyor olabileceğine (kendisi için yaratabileceği maliyet risklerine rağmen) dikkat edin. Eğer böyle bir şüpheniz varsa bu sorudan kaçmayın ve özel oturumda erkenden bu durumu arabulucuyla paylaşın. İyi niyete ilişkin elle tutulur bir işaret görmek isteyin ve eğer emin değilseniz süreçte kalmanızın müvekkilinizin üstün menfaatine olup olmadığını değerlendirin.

5.5 Özel ve Ortak Oturumlar

Arabulucunun süreci ve kullanabileceği oturumlar dizisini yönetmek için, özellikle çok taraflı veya çok kademeli uyuşmazlıklarda kullanabileceği esneklikten daha önce bahsettik. Bu durumda arabulucu genel bir toplantıdan sonra ortak oturumlar gerçekleştirebilir ve bilirkişiler veya avukatlar veya hukuk mesleğinden olmayan kişilerle paralel olarak veya arka arkaya toplantılarda görüşebilir.

Yönetim konusunda pasif bir izleyici olmayın. Müvekkilinizin menfaatlerinin en iyi nasıl karşılanacağını düşünüyorsanız bu yolda yapıcı katkılarda bulunun. Eğer iyi bir gerekçeniz varsa arabulucuya karşı da çıkabilirsiniz ve çıkmalısınız da.

Ortak Oturumlar

İlk ortak oturumda sunumlar yaptıktan ve dinledikten sonra, bu tür ortak oturumların taktik avantajlarını ve dezavantajlarını değerlendirebilecek bir pozisyonda olacaksınız. Arabulucu çoğu zaman özel oturumlara geçecek ve anlaşma sağlanana kadar nadiren başka bir ortak oturum gerçekleştirecektir. Arabulucu, konunun tarafların yüz yüze görüşmesi ile çözülmesi gereken ve aksi takdirde bir tarafın veya diğerinin süreci terk edebileceği özellikle zor konuların üstesinden gelmeyi denemek için, ortak bir oturum düzenleyebilir. Arada sırada, taraf vekili veya arabulucu bir pozisyonun veya argümanın diğer tarafa ikinci elden ulaştırılmasının doğrudan diyalog kadar etkili olmayacağını düşünebilir.

İlk ortak oturumun etkilerini daha başından itibaren ölçmeye çalışın. Sıklıkla bu müvekkilin ve danışmanlarının uzun süreden sonra ilk kez gerçekleştirdikleri bir görüşme olabilir; bazen daha önceden hiç tanışmamış da olabilirler; ancak kesinlikle bu müvekkilin ve ekibinin diğer tarafın neler söylediğini ilk ağızdan ilk kez duydukları ve mahkemede muhtemel olarak nasıl davranacaklarını ilk kez gördükleri an olacaktır. Bu size ortak oturumların değerine ilişkin bir fikir sahibi olma imkanı verecektir. Eğer temsil ettiğiniz müvekkil bir şekilde davranışı, görünüşü, yaşı, cinsiyeti veya engelliliği ya da uyumsuzluk konusuna istinaden doğal olarak sempati toplayan birisiyse, onunla mümkün olduğunca çok bireysel temasta bulunun. Bu çatışmayı kişisel sahiplik düzeyine çeker ve bazı kurumsal diğer tarafları veya onların arkasında duran sigortacıları oldukça rahatsız edebilir. Aynı zamanda hassas ve duygusal bir müvekkiliniz için 'mahkemede hesaplaşma hakkı'nı kullandığı hissini yaratabilir.

Özel Oturumlar

Özel oturum, arabuluculuk sürecinin merkezinde yer alan bir özelliktir ve Birleşik Krallık'ta en sık kullanılan modeldir.

Ortak açılış oturumu da dahil olmak üzere, ortak oturumlar olmadan da olabilir ve bazı arabulucular bunu böyle yaparlar; fakat özel oturumlar olmadan olmaz çünkü bu muhtemelen arabuluculuktaki en etkili dinamiktir. İlginçtir ki kıtasal model, ICC'nin kullandığı da dahil olmak üzere, özel oturuma yer vermez ve tavsiye almak için verilen aralar haricinde tarafların devamlı bir arada olmasını tercih eder.

Özel oturumlarda, arabulucu uyuşmazlık taraflarıyla ayrıca bir dizi toplantı gerçekleştirir. Buradaki amacı tarafların gizli gündemlerini belirleyerek ve problem çözme tekliflerini araştırarak tarafların anlaşmasını sağlamaktır. Buradaki kilit nokta gizliliklerdir. Yavaşça güven tesis ederken, bir taraftan da her iki tarafa da anlayışlı fakat ciddi davranan tarafsız bir kişinin nesnel görüşünü sunar. Fakat bir arabulucu yalnızca açık biçimde izin almışsa bir özel oturumda öğrendiklerini diğer tarafa açıklayabilir. Taraf vekili olarak sizin bu tür bir iznin verilip verilmemesi gerektiğine öncelikle bu tür konuların müzakere süreci üzerinde varsa etkilerinin neler olacağını değerlendirerek karar vermeniz gerekir. Bazen bizzat arabulucu belli bir bilginin henüz açıklanmasını tavsiye etmediği yönünde sizi bilgilendirecektir. Bazı durumlarda bilgiyi doğru zamanda kullanmak üzere hazır tutacaktır ve bu zaman günün ilerleyen saatlerinde de olabileceği gibi sonradan bu paylaşımın gereksiz olduğuna da karar verilebilir. Bu tür bir bilgi açıklama ile ilgili olarak siz ve müvekkiliniz arasında bir çatışma olabilir ki bunun bir arabulucu olmaksızın uygun biçimde çözülmesi gerekir.

Özel oturumlar başlangıçta oldukça uzundur, özellikle de her iki tarafla da yapılan ve özünde aslında bir bilgi toplama çalışması olan ilk görüşmeler böyledir. Bu oturumlar, özellikle teklifler yapıldıktan sonra, gün içerisinde hızlanma eğilimi gösterir. Tipik olarak, her iki taraf da ilk ortak oturumda ve de ilk özel oturumda kendi hakları olarak algıladıkları unsurlara dayanarak kanunlara bağlı pozisyonlarını koruyacaklardır (Şekil 1'deki 'hukuki kutu' içinde kalacaklardır). Zaman geçtikçe ve de hem sürece hem de arabulucuya duyulan güven arttıkça, sıkı sıkıya algılanmış yasal haklar yerine tarafların üstün menfaatlerine dayanan çözümler kabul edilebilir hale gelir.

Arabulucunun farklı hedeflere sahip olacağı değişik ayrı veya özel oturum türleri vardır. Arabulucu tarafın vekilinin tavsiyesi, etkisi veya baskısı olmaksızın müvekkil ile yalnız başına konuşmak isteyebilir.

Hem sizin hem de müvekkilinizin önceden bu tür bir teklife karşı hazırlıklı olması gerekir. Aynı şekilde arabulucu katı hukuki menfaatleri yansıtmak zorunda olmayan ticari anlaşma seçeneklerine odaklanmak için tüm müvekkil taraflarını bir arada fakat avukatları olmaksızın görmek isteyebilir. Veya tarafların uzlaşmaz, gerçekçi olmayan beklentiler sunduğu veya problemlili oldukları durumlarda gerçekçi anlaşma seçeneklerini araştırmak için müvekkiller olmaksızın tarafların avukatlarını bir arada görmek isteyebilir. Bu durumda müvekkil gizliliğinin kazara ihlal edilmesi durumlarına karşı özellikle dikkatli olmalısınız.

Özel oturumlarla ilgili olarak taraf vekilinin dikkat etmesi gereken bazı genel hususlar şu şekildedir:

- İçine girdiğiniz özel oturum ne türde olursa olsun, her oturumun sonunda arabulucuyla olan gizlilik pozisyonunuzu kontrol edin.
- Diğer tarafın arabulucu ile gerçekleştirdiği ayrı toplantının uzunluğu hakkında endişe duymaktan veya müvekkilinizin endişe duymasına izin vermekten kaçının.
- Arabulucunun gösterdiği empatiyi tarafsız davranmadığı şeklinde görme hatasına düşmeme konusunda dikkatli olun.
- Arabulucuyu diğer tarafın ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir anlaşma hazırlamak için ihtiyaç duyabileceğiniz bilgileri almak için kullanmaya çalışın.
- Özellikle randevunun ilk aşamalarında, özel oturumlarda ilerleme kaydedilemiyormuş gibi görüldüğü zaman ylgın hale gelmeyin, veya müvekkilinizin ylgın hale gelmesine izin vermeyin.
- Arabulucu ile gerçekleştirilen özel oturumlardan sonraki zamanı görüşme sırasında neler olduğunu derinlemesine düşünmek için, davayı, stratejinizi, müvekkiliniz için hala açık olan seçenekleri yeniden değerlendirmek için ve müvekkilinize uygun şekilde görevler verebilmek için en iyi şekilde kullanın.

5.6 Taraf Vekilinin Arabuluculuktaki Rolü

Bir duruşmada avukatın temsil etme işlevinin aksine, arabuluculuk taraf vekilinin esas katılım amacı müvekkilinin davasını arabulucuya ve diğer tarafa aktarmak değildir. Müvekkiline danışmanlık sunması da aynı derecede önemli bir rolüdür. Müvekkilinin üstün menfaatlerini dürüstçe koruması gerekir ve aynı zamanda da sürecin işe yaramasını sağlamaya çalışması gerekir. Ara sıra bu sorumluluklar birbirleriyle çatışabilir. Taraf vekilinin sürekli davayı ve arabuluculukta ulaşılan ilerlemeyi değerlendirmesi gerekir. Gerekli olduğunda çok istekli bir arabulucunun karşısında durabilmelidir. Kendi müvekkilinin hukuki menfaatlerine odaklanırken, bir yandan da müvekkilinin yasal pozisyonuna uyum sağlamalı ve tarafların direncinin de üstesinden gelebilecek bir çözümün bulunup bulunamayacağını düşünmesi gerekir. Bu kapsamda, arabuluculuk taraf vekili müvekkilini hukuki 'kutu'nun sınırlarından kurtarması (bkz. Şekil 1) ve arabulucunun daha geniş kapsamdaki gündemi veya ihtiyaçları incelemesine izin vermesi ve aynı zamanda da yasal davayı müvekkilin müzakereyle erişilen en iyi ve en kötü alternatiflerinin gerçekçi biçimde ortaya çıkarılması için bir referans çerçevesi olarak kullanması gerekir.

Arabuluculuk, takım oyunudur. Müvekkilin başından sonuna kadar sürece dahil olması gerekir. Bu arabuluculuk sırasında beraber hazırlanmayı ve özel oturumların dışındaki boş zamanlardan faydalanarak müzakere stratejisinin baştan sona ayarlanmasını kapsar. Dolayısıyla, gün boyunca neler olduğunu ve bunların neden olduğunu doğru biçimde açıklamalısınız. Bu müvekkilinizin rahatlamasına ve müzakerelere yapıcı biçimde yaklaşmasına yardımcı olacaktır. Arabuluculuk süreci boyunca gelen bilgiler ışığında müvekkilinizin amaçlarının değişmesi mümkündür. Durum değiştikçe, davanızın algılanan güçlü ve zayıf yanlarını ve müvekkilinizin anlaşmaya karşı yaklaşımını analiz etmeye devam etmeniz gerekir.

Şaşırtıcı olmayan biçimde, avukat olgular ve yasalarla ilgili konulara odaklanacaktır. Ancak müvekkilin kendisine göre çok önemli olan fakat avukatın tamamen ilgili kabul ettiği konuların dışında kalabilen başka sorunları olacaktır. Ortak oturumlarda taraf vekili genellikle ya argümanı sunacaktır ya da argümanı sunan karar vericiyi destekleyecektir. Bu da ortak toplantıların kısa ve öz olmasını, gerçek sorunlara odaklanmasını ve arabuluculuğun taraflardan birinin kaygılara veya duygulara karşı ters biçimde karşılık vermesi nedeniyle ani biçimde durması riskinin daha az olmasını sağlayacaktır. Çok iddialı sunumlardan kaçınmalısınız, ancak davanın esaslarına ilişkin duyduğunuz güveni dile getirmelisiniz ve aynı zamanda dengeli biçimde arabuluculuğa iyi niyetle katıldığınızı ve sadece kendi müvekkilinize değil iki tarafa da uyacak bir çözüm bulmayı amaçladığınızı da göstermelisiniz.

Özel oturumlarda yapılan taraf vekilliği, yargılamadaki çalışmalardan farklıdır. Yüzleşmeye dayalı bir tarz uygunsuzdur. Müvekkilinizin pozisyonunu korumayla tutarlı biçimde, zihniyetiniz uyuşmazlığın çözülmesi gereken bir sorun, kazanılması gereken bir çatışma olmadığı şeklinde olmalıdır. Dolayısıyla, yapıcı bir problem çözme yaklaşımına ihtiyacınız vardır. Fakat aynı zamanda arabulucunun da sizin ileri sürdüğünüz noktalar hakkında ikna olması gerekir. Arabulucunun özel oturumlarda güçlü bir etki yaratması halinde onun üstesinden gelmeniz gerekebilir. Tarafsız bir kişi olarak arabulucunun sezgisel biçimde hareket etmesine izin verin. Fakat ortak oturuma geri dönmeye, diğer taraftaki avukatlarla tanışmaya, kendi disiplinleri sınırlarında bulunan bir oturumda teknik uzmanlara yardım sağlamaya ve hepsinin ötesinde süreci esnek biçimde görmeye hazırlıklı olun. Bu müvekkiller ve diğer durumlarda ana karar vericiler arasında tartışmalar yapılabilmesine imkan tanımayı da kapsar. Bir avukat için müvekkilini bu şekilde serbest bırakmak zordur fakat bunu doğru zamanda yapmayı öğrenmeniz gerekir.

Müvekkilinizi müzakere süreci boyunca desteklemeniz gerekecektir. Durumlar zorlaştığında karar verici için bir arkadaş ve bir destekleyici olun. Bu, arabulucu ile yapılan oturumlar veya ortak oturumlar dışında benimsemeniz gereken pozisyonu da kapsar. Bu, özellikle de avukat talimat alıyorsa, avukat için nadir ve duygusal bir durum olabilir. Faal olun ve boş zamanları yaratıcı biçimde kullanın, gerçekleşen değişimle birlikte her iki tarafın da güçlü ve zayıf yanlarına ilişkin tavsiyeler verin. Çıkmazların üstesinden gelebilmek için özgün çözümler düşünün. Değişmez pozisyonlardan kaçınmaya çalışın; müvekkilinizi öfkesini kontrol etmesi konusunda teşvik edin ve son çare olarak çıkıp gitmekten söz etmeye başladığı zaman onu kalma konusunda teşvik edin.

Taraf vekilliğinizin arabulucu, diğer taraf ve kendi müvekkiliniz üzerindeki etkisi muhtemelen yaptığınız hazırlığa bağlı olacaktır. Bu yalnızca uygun biçimde hazırlanmışsanız ve davanızı bir yargılamada olacağı kadar iyi şekilde biliyorsanız ve diğer tarafınıki zayıflıkları açısından analiz edebiliyorsanız etkili olabilir. Bu bilgi olmaksızın, müvekkil ile iyi bir ilişki kurmak veya iyi iletişim sağlamak ve özellikle de onu iyi biçimde dinlemek zor olacaktır.

Aynı zamanda müvekkilinizin belirli bir davranışı yapmayı neden istediğini - ihtiyaçlarını, motivasyon kaynaklarını ve arzularını anlamalısınız. Dolayısıyla bazen en baştan itibaren, özellikle de hukuki açıdan zayıf bir davaya sahip olduğunuz durumlarda, hukuki olmayan bir yaklaşıma hazırlanmanız gerekecektir.

Dokümanları bilin. Arabulucu için sadece ince bir temel dosyalar demeti olsa bile, tüm dosyaları yanınıza alın. Sahip olmanız gereken, arabulucunun henüz görmediği herhangi bir dokümanı nerede bulacağınızı bilin. Sıklıkla diğer tarafından ortaya atılan ve arabulucu tarafından aktarılan bazı noktalara cevap vermeniz gerekebilir. Son olarak da anlaşma tutanağının taslağını oluşturmanız gerekecektir.

Bu hemen her durumda taraflar mutabakata ulaşır ulaşmaz yapılır, fakat bazı kısımlarını önceden hazırlamaya başlayabilirsiniz. Taraflar görüşme gününde anlaşmaya varmayabilirler fakat bu o gün biriken ivmenin sonucunda kısa bir süre sonra anlaşabilirler.

Hedefler

Oturuma gelmeden önce aklınızda bazı hedefler olmalıdır. Sonuçta bu tarafların mahkemede hesaplaşmasıdır. Dertlerden kurtulma süreci olabilir - müvekkilin her iki tarafın da kabul edeceği şartlar altında sorunundan kurtulması için bir fırsat olabilir. Dolayısıyla, bu yetersiz hazırlıkla, müzakere yapamama veya diğer tarafı iyi biçimde dinleme konusundaki isteksizlikle harcanamayacak kadar önemli bir fırsattır. Taraflar arabulucuyu her iki tarafı da tatmin etmek için neler yapması konusunda eğitirken, taraf vekili bu süreçte yalnızca çatışmanın temelinin taraflı bir çekişme değil de bir tartışma nesnesi haline geldiğini anlaması halinde faydalı olacaktır.

5.7 Arabulucu ile Çalışırken Dikkate Alınması Gereken Taktik Hususlar

Arabulucu anlaşma sağlamak ister. Onun işlevi taraf vekili olmak veya bir pozisyonu değerlendirmek veya neyin adil olduğunu ileri sürmek değildir. Sağlamlık konusu haricinde, anlaşmanın nesnel biçimde adil olup olmadığı konusuyla ilgilenmez. Bununla beraber tarafsızdır ve gizliliği bozmayacağına dair kendisine güvenilmelidir. Aranızdaki karşılıklı güven ve gizlilik konusunu dikkate almalı arabulucunun işini yapabilmesi için bu ilişki üzerinde çalışmalısınız.

Arabulucunun eğitimi ve tekniği müvekkilinizin pozisyonunu ve riskini yeniden değerlendirmenizi sağlamayı ve uygun veya etkili anlaşma seviyelerine ilişkin değerlendirmenizi ve müvekkilinizin beklentisini düşürmeyi amaçlar. Sizi muhtemelen en azından arabuluculuğun başlarında ve belki de günün çoğunluğunda uygun anlaşma düzeyine karşı direnç gösteren biri olarak görecektir. Saatler ilerledikçe tarafların altta yatan ortak menfaatlerine bakacak ve bunları birbirine yaklaştırmayı ve hatta mümkünse kesiştirmeyi sağlayacak yollar için derinlemesine inceleme yapacaktır. Bunu da her iki tarafı da pozisyonları netleştirmeye zorlayarak yapacaktır. Tarafların duruşlarındaki değişiklikleri takip eder; tarafların dikkatini verimli olmayan sunumlardan başka yöne yönlendirir, akıl yürütme biçimlerini fark ettirmeden analiz eder ve onları bakış açılarını genişletmeleri yönünde teşvik eder; uygulanabilir çözümlere doğru yeni adımlar ortaya koyar veya bu adımlara yardım eder; duygusal gerilimlerin ve patlamaların açığa çıkarılmasına izin verir ve bunları başka yöne yönlendirir veya sindirir ve böylece bir problem çözme incelemesi atmosferi yaratarak tarafları anlaşmaya doğru ilerleme konusunda teşvik eder. Daha sonra da anlaşma seçeneklerini bir araya getirerek uyumlu bir paket oluşturulabilmesi için avukatlardan yardım alır.

Her ne kadar başlangıçta müvekkiliniz arabulucuyu hakim benzeri biri ve süreci de duruşma benzeri bir süreç olarak görebilse de, özel oturumun avantajlarının bu tür düşünceleri ortadan kaldırması gerekir. Burada müvekkil diğer taraf veya hakim tarafından izlenmenin getirdiği stresten uzaktır. Hem siz hem de arabulucunun gizlilik hissini destekleyerek müvekkilin rahat hissetmesini sağlamanız ve müdahalesiz özel iletişimin dinamiklerini geliştirmeniz gerekir. Bu sizin yalnızca müvekkilinizle değil aynı zamanda da arabulucuyla ilişki kurduğunuz üçlü bir süreçtir.

İlk olarak, arabulucunun sizin anlaşmayı engelleyici biçimde hareket ettiğinizi düşündüğü bir durumda müvekkilinizle aranızı açmaya çalışacağını unutmayın. Eğer özgün teklifler hazırlamışsanız, özellikle de bir hakimin veya hakemin sunamayacağı, sürece değer katan teklifleriniz varsa bu tür bir durumun üstesinden gelebilmelisiniz. Gizli gündemleri araştırmak ve tarafların gerçek menfaatlerini ortaya çıkarmak için arabulucuyla birlikte çalışabilirsiniz. Eğer zor bir müvekkiliniz varsa, tepkisel değersizleştirme olarak bilinen durumun üstesinden gelmek için arabulucuyu kullanabilirsiniz. Bu durum müvekkilinizin güvenilmez biri olarak gördüğü bir kişiden gelen tüm teklifleri veya beyanları en kötü şekilde yorumladığı veya en kötüsü varsaydığı, fakat aynı teklifin bir arkadaştan veya bağımsız birinden (yani arabulucudan) geldiği durumda daha iyi gördüğü veya en azından daha nesnel olarak değerlendirdiği durumdur.

Arabulucuyu teklifleri ve seçenekleri müvekkilinizin önünde tartışmak için kullanmalısınız, bunu özellikle müvekkilinizin size karşı veya aslında kendisine karşı kendi pozisyonunun gerçek değeri hakkında dürüst olup olmadığını merak ettiğiniz durumlarda yapmalısınız.

Her ne kadar bu süreç müzakerelerin çerçevesi ve ivmesi tarafından ilerletilse de, her iki tarafın da ne istediğini bilen tek kişinin arabulucu olduğunu unutmamalısınız. Arabulucunun amacı tarafların gerçek menfaatlerini anlamak ve daha sonra da her iki tarafın da mutlu olacağı bir anlaşmaya varılabilmesi için birbiriyle örtüşen teklifler almak olacaktır. Bu müvekkilin yasal haklarıyla örtüşmeyebilir, fakat eğer müvekkiliniz gerçekten mutluysa, bunun sizi rahatsız etmesine izin vermeyin.

Görüşmeler boyunca arabulucunun üzerinden gözlerinizi ayırmamalı ve şunları yaptığınızdan emin olmalısınız:

- Herkesi tartışmalara dahil etmek;
- Neler söylendiğini dikkatlice dinlemek;
- Cevap vererek ve özetlemeler yaparak konuyu anladığını göstermek; tarafsız, açık fikirli ve önyargısız olmak;
- Ulaşılabilir, açık, arkadaş canlısı ve adil olmak;
- Her zaman gizliliğe uymak ve bunu göstermek.

5.8 Ekip Stratejisi

Arabuluculuğun amacını sıkı biçimde aklınızda tutarak bir anlaşma stratejisi hazırlamanız ve geliştirmeniz gerekir: Orada bulunma amacınız anlaşma sağlamak, dava giderlerinin artmasını engellemek ve müvekkilinizin uyuşmazlık içinde kalarak zaman kaybetmesinin önüne geçmek ve dolayısıyla işlerine ve hayatına devam etmesine imkan tanımadır. Bunun anlamı da arabulucuya açıklamak isteyebileceğiniz veya istemeyebileceğiniz bir gündeme sahip olmaktır. Arabulucunun müvekkilinizin isteklerinin yalnızca bir kısmını bilmesine izin vermek müvekkilinizin yararına olabilir, fakat siz ve müvekkiliniz arabulucuya güvenme konusunda emin olduktan sonra, arabulucunun müvekkilinizin tüm ihtiyaçları ve isteklerini bilmesi gerekir. Müvekkilinizin gündeminde önceliklendirmek isteyeceği konular olacaktır:

Bunların neler olduğunu bildiğinizden emin olun ve vakti geldiğinde, arabulucunun da nelerin hayati öneme sahip olduğunu bilmesini sağlayın. Müvekkilinizle gündeme getirmek istediği her konuda onun için neyin değerli olduğunu çözümleyin. Bunların her biri için gerçekçi olarak başarı şansını değerlendirin ve bu tür bir değerlendirmenin değişebileceğini ve müvekkilinizin muhtemelen birkaç alanda boyun eğmek zorunda kalabileceğini aklınızda bulundurun.

Günün gidişatına göre stratejinizi nasıl uygulayacağınızı çözümleyin. Müzakereler genelde oldukça yavaş başlar ve taraflar yapacakları teklifin habercisi olarak pozisyonlarını arabulucu karşısında gerekçelendirmeye çalışırlar. Sürecin temposu teklifler karşılıklı olarak yapıldıktan ve anlaşma süreci netleşmeye başladıktan sonra hızlanmaya başlar ve daha sonra sonlara doğru ödünler verilmesi gerektiği zaman - genelde ayrıntılara ilişkin son tartışmaların ortaya çıkmasıyla yine yavaşlar. Taktiklerinizi etrafınızda olan bitenin hızına göre ayarlamanız ne zaman teklifleri artırmanız gerektiğini ve ne zaman katı durmanız gerektiğini değerlendirmenizi sağlayacaktır. Bu özellikle iyimserlik önyargısını ele aldığınız zamanlarda, diğer bir deyişle, karşı tarafın taraf vekili ve müvekkili ve hatta kendi pozisyonunuz hakkında aşırı iyimser tahmine sahip olduğunuzda geçerlidir. Ne zaman hamle yapacağınızı, ne kadar uzağa gideceğinizi ve ne yöne gideceğinizi bilin.

O gün için bir strateji oluştururken şunlara dikkat edin:

- (i) Müvekkilinizin anlaşma pozisyonunu uyuşmazlıktaki her konuya ilişkin olarak belirleyin. Az maliyetle nelerden taviz verebileceğinizi bulmaya çalışın.
- (ii) Davanızın sağlamlığına ilişkin fikrinizi değiştirmenize neden olabilecek yeni unsurları belirleyin. Örneğin; yeni veya netleştirilmiş bilgi; artık görmüş olduğunuz haliyle diğer tarafın yetenekleri gibi.
- (iii) Yapılandırılmış bir müzakere planı geliştirin. Hangi noktada anlaşmaya varacağınızı ve o noktaya nasıl geleceğinizi çözümleyin.
- (iv) Teklifinizi veya talebinizi davanın mahkeme sürecinde geçirdiği süreye veya şu andaki pozisyonuna dayandırmaktan kaçının. Arabuluculuk dinamikleri davaların mahkeme sürecinde olduğundan daha kısa sürede anlaşmaya varacağı anlamına gelir ve bu genellikle dava beyanlarından önce ve sıklıkla da tanık beyanlarının açıklanmasından veya karşılıklı olarak ifade edilmesinden önce olur.
- (v) Arabuluculuk süreci sırasında, müvekkilinizin nihayetinde ulaşmak istediği veya ulaşmayı umduğu sonucu teklif veya talep etmeyi planlayın. Bunları içinizde tutup daha sonra arabuluculuk sonrasında daha iyi bir sonuç ummanın hiçbir anlamı yoktur.

- (vi) Arabuluculukta, arabulucuyu sadece mekik diplomasisi ile teklifleri ulaştıran bir ulak olarak görmeyin. Arabulucu bilgileri alacak ve kullanacak ya da uygun gördüğü şekilde yeniden şekillendirecektir. Olası sonuçları geliştirirken bir miktar gecikme olmasına izin verin ve bunu bekleyin.
- (vii) Son teklifinizde parasal karşılıklar üzerinde ısrarcı olmayın. Arabulucu tarafların bilgi açıklamadan, veya belirli bir düzeyde bilgi açıklayarak, örneğin 'diğer taraf hamle yaparsa biz de yaparız' gibi bir ifadeyle tekliflerini denedikleri bir ilkeyle harekete geçebilir. Belirli bir oranda bilgi açıklamak zorunda olmadan da genel biçimde teklifleri test edebilir ve sunabilirsiniz.
- (viii) Arabulucuya karşı samimi olun. Diğer tarafı pozisyonunuzun esasları hakkında ikna etmesinde veya onları en iyi nasıl ikna edebileceği konusunda ona yardımcı olun. Arabulucu bir hakim olarak hareket edemez, fakat faydalı biçimde yanlış anlaşılmalara belirleyebilir ve bunların üstesinden gelmeye çalışabilir ve de güvenilirlik sorunlarına, taraflar arasında güven eksikliğine ve duygusal ve başka türlü şikayetlere neden olan iletişim kopuklukları sorununu ayrıntılı biçimde analiz edebilir.
- (ix) Arabulucunun diğer tarafa açıklamasını istemediğiniz konular olup olmadığını değerlendirin ve varsa bunları belirleyin. Fakat unutmayın ki eğer tartışmanın sonucunu etkileyebilecek olgular söz konusuysa ve tek fark anlaşmanın şimdi veya daha sonra sağlanmasıysa, bunları gizli tutmakla kazanabileceğiniz pek bir şey yoktur. Diğer tarafa söylemek istemediğiniz fakat arabulucunun gizlilik altında bilmesinin faydalı olabileceği konular olabilir.
- (x) Bulunduğunuz pozisyonu diğer tarafın bakış açısından değerlendirin. Diğer taraf tartışmaya nasıl yaklaşırdı?
- (xi) Müzakere/anlaşma stratejinizi müvekkilinizle tartışın; ona ne yapmak istediğinizi ve neden yapmak istediğinizi söyleyin. Arabuluculuk süreci boyunca yalnız kaldığınız zamanlarda anlaşmaya ilişkin düzenli olarak güncel talimat alın.
- (xii) Arabulucunun taktiklerini, özellikle de kolaylaştırıcı bir arabulucu olsa bile davanızın güçlü yanlarına ilişkin duyduğunuz güveni azaltmak için neler deneyeceğini anlayın ve kavrayın.

Müzakerelerin her aşaması için bir kontrol listesi hazırlamak faydalı bir araçtır. Bu mevcut pozisyonunuzu netleştirmeye ve düşüncelerinizi bir sonraki adıma odaklamaya yardımcı olacaktır:

1. Müzakerelerde şu anda bulunulan yer neresi?
2. Hangi aralık dahilinde anlaşmayı kabul edeceğiz?
3. Bu aralığı şu anda bildiklerimizi içerecek şekilde ayarlamamız gerekiyor mu?
4. Diğer taraftan bu aralığı etkileyebilecek ne öğrenmemiz gerekir?
5. Bu aralık içine girebilmek için nasıl teklifler/talepler sunabiliriz?

Kendi tarafınızın içinde bir gerginlik çıkması ihtimalinin de bilincinde olmalısınız. Bu örneğin nihai karar verici ile uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sorumlu olan kişi arasında olabilir. Bu müvekkil ve temsilcisi arasındaki sürtüşmeyi artırabilir - unutmayın, temsilcilerin de kendi menfaatleri vardır ve bunlar nadiren müvekkillerinin menfaatleri ile birebir uyumludur. Eğer arabulucu bu tür bir gerginliği belirleyebilirse, bundan faydalanması gerekebilir, ve sizin böyle bir durumda savunmacı bir stratejiye ihtiyacınız olacaktır.

İşbirlikçi olarak görünme konusunda endişe duymayın. Uzlaşmacı bir yaklaşım boyun eğdiğiniz anlamına gelmez. Sizin göreviniz ilkelere dayalı ve yapılandırılmış bir müzakere gerçekleştirmektir. Müvekkiliniz sizin sağlamlığınızdan ziyade elde edilen ilerlemeyi takdir edecektir. Arabulucu da amacına ulaşma konusunda aldığı desteği takdir edecektir, fakat arabulucuya destek sağlamak müvekkilinizi terk ettiğiniz anlamına gelmez. Onu korumanız gerekir. Bunu da örneğin müvekkilinizin güçsüz kaldığı veya bitkin düştüğü durumlarda ertelemeler yaparak gerçekleştirebilirsiniz.

Taktikleriniz gerçekte müvekkiliniz veya onun sigortacıları tarafından verilen açık talimatla emredilebilir. Bazı talep yöneticileri artık arabuluculuk konusunda kayda değer düzeyde deneyim sahibidir ve zorlu müzakereciler olarak hareket etmek suretiyle sömürebileceklerini düşünürler.

Örneğin, yalnızca arabuluculuk gününde kabul edilebilecek teklifler yapabilirler veya daha önce görülmemiş, müvekkilin aleyhine bilgiler ortaya konulabilir, veya davalıyı sigortacısı öylece teklifi artırmayı reddedebilir. Bu tür senaryoları ele alabilecek, gerektiğinde müvekkilinizi bu tür baskılardan koruyabilecek ve güveninin sarsılmamasını sağlayabilecek bir pozisyonda olmanız gerekir.

5.9 Anlaşmaya Doğru Çalışmak

Arbuluculuk taraf vekili olarak hareket eden bir avukatın kavraması belki de en zor olan düşünce soruna hukuki bir çözüm bulması gerekmediğidir. Haklar ve yükümlülükler arasında değil sadece ihtiyaçlar ve menfaatler arasında bir anlaşmaya varmak gereklidir. Haklar ve yükümlülükler yalnızca anlaşma konusunda baskı yaratabilmek için görüşmelerin muhtemel sonucunu tahmin edebilme açısından anlamlıdır. Altta yatan menfaatlerin haklar veya yükümlülüklerle hiçbir alakası olmayabilir. Eğer arabulucu bu menfaatleri açığa çıkarabilirse, pratik ve yaratıcı çözümler en azından seçenekler şeklinde mevcut olabilir. Çok yönlü ve yaratıcı düşüncenin bu süreç açısından bu kadar önemli olmasının nedeni budur.

Müvekkilinizin BATNA'sını (Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif) ve mümkünse onu nasıl geliştirebileceğinizi bilmeniz gerekir. Aynı şekilde, WATNA'yı da (Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En Kötü Alternatif) bilmelisiniz ve giderleri ve faizleri de içerdiğinden emin olmalısınız. Fakat bunun ötesinde, diğer tarafın eşdeğer pozisyonunu tahmin etmelisiniz. Onların seçeneklerini ne kadar iyi öğrenirseniz müzakere için o kadar iyi hazırlanırsınız. Alternatiflerini bilerek, müzakereden ne beklemeniz gerektiğini gerçekçi biçimde tahmin edebilirsiniz. Eğer BATNA'larını olduğundan fazla görüyorlarsa, beklentilerini düşürmek isteyebilirsiniz.

Diğer tarafın pozisyonuna ilişkin meraklı olun. Anlaşmaya vesile olacak düzeyde harekete sebep olacak ve yeterli ivme yaratacak dönüm noktasını veya 'taşma noktasını' bulmaya çalışın. Herkese uyacak bir anlaşmaya ulaşmanız gerekir, çünkü bu sonuç, olmadığı zaman müvekkilinizin istediği hiçbir şeyi elde edemeyeceği, istenen sonuçtur. Ödünler önermeyi reddetmek suretiyle müvekkilinizin menfaatlerini koruma ile hiçbir şekilde avantajlı bir anlaşmaya ulaşamama arasında sağlanması gereken bir denge vardır.

Aynı zamanda müvekkilinizin gerçekten ne istediğini keşfetmeniz gerekir. Pozisyonlar ve menfaatler, talepler ve ihtiyaçlar ve iddialar ve motivasyon kaynakları arasındaki farkın bir arabulucunun olduğu kadar farkında olmanız gerekir.

5.10 Etkili Arabuluculuk Yönetimi

Bir uyuşmazlığın yargıya taşınmasında etkili olan en yaygın neden müvekkilin aslında kendi avukatı tarafından teklif edilen makul bir anlaşma teklifini reddetmesidir. Bazen hiç teklif yapılmayabilir, fakat bu durum tarafların süreç içerisinde mümkün olan en erken zamanda kendi pozisyonları korumak zorunda oldukları HUK hukuki giderler rejimi ile birlikte giderek daha da az rastlanan bir hale gelmektedir. Makul tekliflerin reddedilmesi avukatların müvekkilleri ile dava sürecinin mahiyeti, riskleri ve maliyeti hakkında, bir çözüm yolu olarak anlaşma imkanları hakkında ve de davadaki tüm önemli gelişmeler hakkında daha iyi iletişim içinde olmaları gerektiğini ortaya koymaktadır. Eğer bu durum dava süreci için geçerliyse, arabuluculuk süreci için kesin olarak geçerlidir.

New York'ta 1970 yılında bir fiziksel yaralanma davasına ilişkin bir çalışma, müvekkil ne kadar sürece dahil olursa sonucun müvekkil açısından o kadar iyi olduğunu ortaya koymuştur. Dolayısıyla arabuluculuk taraf vekili müvekkilinin sürece aktif biçimde katılmasını sağlayarak ona daha iyi bir hizmet sağlayabilir. Bu konuda en iyi şekilde arabuluculuğun gerçekleştirildiği gün arabulucunun bulunmadığı bir anda özel oturum odasının gizliliğinde uygulanabilecek birtakım stratejiler vardır. Bunlar arasında şunlar vardır:

- (a) Başlangıçta, ortak açılış oturumundan önce, gün içerisinde beklenmesi gereken temel prosedürü eğer daha önce yapmamışsanız açıklayın, yaptıysanız da tekrarlayın. Uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözülebileme olasılığını açıklayın, dava sürecinin zorluklarını tekrarlayın ve karşılaşılması olası sorun türlerini tartışın. Müvekkilinizin hem sizin hem de arabulucunun tavsiye edebileceği eylemleri reddetme hakkı olduğunu anladığından emin olun. Ayrıca müzakereye konu olan anlaşmanın mevcut talep veya uyuşmazlığı ve belirtildiği yerlerde taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkları tehlikeye atacağını anlamasını sağlayın.

- (b) Gün içerisindeki davranışlarının müzakereleri nasıl etkileyebileceğini müvekkilinizle tartışın. Size nasıl yardımcı olabileceği konusunda ona tavsiye verin. Gerekliyse, diğer tarafa olan yaklaşımı hakkında onu uyarın; buna karşın durum hakkında istediği her şeyi söyleyebileceğini ve nasıl hissettiğini ifade edebileceğini anladığından emin olun. Talebe ilişkin duygusal, finansal veya ailesi, istihdamı veya sağlığı ile ilgili olabilecek alanlarda ona tavsiye vermeniz gerçekten gerekebilir.
- (c) Arabuluculuğun nasıl ilerlediğini düşündüğünüz hakkında müvekkilinizi gün boyunca bilgilendirin. Bu müvekkilinizden anında geri bildirim almanızı sağlayacak ve stratejinizde ince ayarlar yapmanıza imkan tanıyacaktır.
- (d) Herhangi bir durumda, kendisine açık olan ilgili tercihler hakkında bilgilendirilmiş olduğundan emin olun. Hangi alternatiflerin mevcut olduğunu ortaya koyun ve her alternatifin nasıl ele alınacağı ve bunların tahmin edilen zorlukları ve faydaları hakkında ona mesleki deneyiminizi sunun. Eğer müvekkilinizin taraf vekili olarak sunacağınız tekliflere bilgilendirilmiş onay vermesi gereken durumlar varsa, son iş olarak müzakerelere devam etmeden veya arabulucuyu görmeden önce pozisyonunu anladığını teyit edin.

5.11 Arabuluculuk İçindeki Müzakere Süreçleri ve Stratejileri

AUÇ'nin uyuşmazlık çözümünün müşterisine uygunluğu ile ilgili olduğunu hiçbir zaman unutmayın - siz uyuşmazlığı çözerek müvekkilinizin üstün ihtiyaçlarını karşılıyorsunuz. Arabuluculuğu mahkeme sürecinde çoğu zararın parasal tazminat kararı ile tazmini şeklinde tasarlandığı dava süreci ile karşılaştırın. Bu zararlı bir doktrindir çünkü çoğu davada, para; maruz kalınan kayıplar için, özellikle de fiziksel veya psikolojik yaralanma davalarında, zayıf bir ikamedir.⁴ Daha da kötüsü, İngiltere ve Galler'deki hukuk mahkemelerinin günümüzdeki hali yüksek risk, yüksek gider ve yüksek değerli davalar dışındaki davalarda orantısız getiriler sunmaktadır.

⁴ Bu bölümdeki ve 5.14'ten 5.20'ye kadar olan bölümlerdeki temalar J Reuben Clark Hukuk Fakültesi, Brigham Young Üniversitesi, Utah, ABD'den Profesör Gerald R. Williams tarafından Eylül 1997 tarihinde gerçekleştirilen 'İşbirlikçi Bir Arabulucu musunuz Yoksa Agresif Bir Arabulucu mu ve Bu Önemli mi? İyileştiriciler ve Savaşçılar olarak Avukatlar' isimli CEDR Semineri'nde kullanılan Avukatlar için Müzakere ve Uyuşmazlık Çözümü Materyalleri araştırma çalışmasından alınarak geliştirilmiştir ve bundan sonra 'Williams' olarak anılacaktır.

Ne kadar önemli olsa da, paranın her şey olduğunu düşünmeyin. Müzakere süreci sizin bir para miktarını kendi tarafınıza doğru çekmeye çalıştığınız basit bir pazarlık süreci değildir. Bu süreç sizin ortak kazançlar için olan potansiyeli değerlendirmenize ve her iki tarafın da menfaatlerini ve ihtiyaçlarını keşfetmenize olanak sağlayacaktır ve buna para konusu da dahildir ama sadece bir kısmıdır. Müzakere bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilen bir etkileşimdir.

Arabulucular, neyse ki avukatların ortak eğitimleri ve uygulamada paylaşılan veya benzer deneyimlere sahip olmalarının sonucunda makul düzeyde tahmin edilebilir hareketler sergilediklerinin farkındadırlar- avukatlar temelde işbirlikçilerdir çünkü meslekleri kardeşlik kavramına büyük önem verir. Avukatlar ve diğer profesyoneller arabuluculuk süreci boyunca bilgi becerilerini kullanarak kendi pozisyonlarını sergiler ve geliştirirler ve avukatların yer aldığı müzakere süreci genellikle somut bir başlangıç, orta kısım ve sonuçtan meydana gelecek şekilde yapılandırılır. Taraf vekilleri anlaşmaya varılabilmesi için harekete geçilmesi gerektiğini bilirler. Ne zaman, neden ve nasıl sorularına odaklanırlar.

Yetkin ve etkili müzakere için yeterli hazırlık gereklidir.

Arabuluculuğun bu aşaması için hazırlanmak amacıyla:

- Kendinizi hazır hissetmelisiniz, aksi halde müzakereye girmeyin.
- Olgulara dayalı hazırlığınız müvekkili de dahil etmelidir - bu davanın gerçek mahiyeti hakkında daha iyi bilgi edinmesini sağlayacaktır.
- Hedeflerinizin neler olduğuna karar verin: Para, veya para artı diğer ortak menfaatler.
- Amaçlarınıza nasıl ulaşacağınız konusunda somut bir stratejiniz olmalıdır.
- Sürecin bir kısmını görev odaklı tutmaya çalışın: Rakamların nereden geldiğini göstermelerini isteyerek diğer tarafın kendi pozisyonunu kanıtlamaya çalışmasını sağlayın.

- Diğer taraf için avukat tarafından değil yalnızca müvekkil tarafından cevaplanabilecek sorular hazırlayın ve diğer tarafın doğrudan sürece katılmasını sağlayın.
- Kendi müvekkilinizin anlaşmayı kabul etmesini sağlayabileceğinizden emin olun -eğer bu konuda tereddütleriniz varsa müvekkiliniz ile bir müzakere gerçekleştirmeye hazırlıklı olmalısınız.

İnsanların çoğu çatışmadan kaçınırlar, hayatlarına devam edebilmek için kendilerine verilen zararı sindirirler - veya en azından çatışmalara karşı tarafsız dururlar. Çatışmaya girmelerine neden olan şey bardağı taşıran son damlalardır. Kendilerine zarar verdiğini düşündükleri diğer tarafa veya kuruma suçu atarlar ve bir talep öne sürerler. Taleplerinin reddedilmesi durumunda bu çatışmayı yöneltebilecekleri bir yola ihtiyaç duyarlar. Bu yol da müzakereye, arabuluculuğa, tahkime ve yargıya doğru gider.⁵ Arabuluculuk yardımcı veya yönetilen müzakeredir. Fakat esnekliğine ve tahkim sistemine kıyasla sunduğu avantajlara rağmen, arabuluculuk müzakere içinde yer alan zaruri ritüellerden kaçamaz.

İlk olarak pozisyon temelli müzakere ile ilke temelli müzakere arasındaki farkı anlamanız gerekir. Dava sürecinde, müzakereyi gerçekleştiren avukat genellikle pozisyon temelli bir pazarlığa girecektir. Burada her iki taraf da ihtiyaç duyulan sonuca dayalı olarak bir pozisyon alır. Müzakereci belirli bir sonuca neden ihtiyaç duyduğuna ve sürecin bir parçası olarak bunun karşılığında ne sunabileceğine veya ne talep edeceğine odaklanır. Pazarlık yapar, tehdit eder veya karşılıklı ödünler alıp verir ve genellikle pazarlık aralığının ortalarında bir yerde mutabakata varır. Pozisyon temelli pazarlığın zor tarafı, genellikle pazarlık aralığını bir tarafa doğru genişleterek orta yolda değil kendi tarafınıza daha yakın bir noktada bir hareket sağlamak yoluyla sonucu iyileştirebilmek için, mesleki etik kurallara tabi olarak, pozisyonu veya müvekkilinizin menfaatlerini yanlış biçimde ifade etme, hassas bilgileri saklama, tehditlerde bulunma, blöf yapma, ayak direme veya makul olmayan biçimde bekleme, diğer tarafı dinlememe, sadece küçük ve az değerli ödünler verme, karşılık almadan hiçbir ödün vermeme ve bazen de çekip gitmeyi bir tehdit veya taktik olarak kullanma gibi davranışlarda bulunma dürtüsünün ortaya çıkmasıdır. Bu yaklaşımın yalnızca kısıtlı bir sonuç ortaya koyması muhtemeldir ve devam eden bir ilişki varsa bu sonuç gelecekte sorunlara neden olabilir.

⁵ Burgess, John Mediation Skills: What the Mediator Wants from Advocates [Arabuluculuk Becerileri: Arabulucu Taraf Vekillerinden Ne İster], seminer, 1 Sergeants Inn, Şubat 2005.

İlke temelli pazarlık ise yalnızca talepler ileri sürerek değil, esaslara ilişkin müzakerede bulunarak etkili ve barışçıl biçimde akıllıca bir sonuca ulaşmayı amaçladığınız bir problem çözme yöntemidir. Arabuluculara 'soruna karşı sert, insanlara karşı yumuşak' davranmaları, nesnel kriterler kullanmaları, kişilik sorunlarını asıl problemden ayırmaları, menfaatlere odaklanmaları ve karşılıklı kazanç sağlayan seçenekler ortaya koymaları öğretilir. Dolayısıyla arabulucular pozisyon temelli pazarlığı ilke temelli pazarlığa taşıma eğilimindedirler. Arabulucunun uyuşmazlıkta bir payı olmamasından dolayı bu dinamik işe yarar - dolayısıyla tarafların arabulucuya karşı pozisyon temelli bir müzakere duruşu benimsemeleri daha az olasıdır ve dolayısıyla arabulucunun gerçek hedeflerini ve neleri kabul etmeye hazırlıklı olduğunu ortaya koyması daha muhtemeldir.

Arabulucu, tarafların kendi pozisyonlarını anlama düzeylerine 'nesnel kriterler' unsurunu ekler. İstenirse ve kabul ederse, davanın geçerliliği veya teklifin adilliği hakkında dışarıdan bir bakış sunabilir. Tarafların risk algıları arasındaki farklardan faydalanacaktır. Birtakım kolay konular üzerinde hareket sağlayarak anlaşma yolunda bir ivme oluşturmaya çalışacaktır. Zor sorunların çözülmesinde daha fazla bilgi isteme veya taraflardan yoğun hesaplama gibi bazı görevleri yerine getirmelerini isteme gibi yollarla tarafsız yardım teklif edebilir. Diğer taraf bu konuda hareket etmeyi kabul ederse siz de bu konuda kabul etmelisiniz gibi verimli değiş tokuşlar arayacaktır.

Arabulucu eğer faydalı olacağını düşünüyorsa günün resmiyetini veya ritmini bozacaktır. Bazı konuları erteleyebilir. Kesinlikle yapıcı bir güç olacaktır: Taraflar arasındaki husumeti problem çözümüne doğru yöneltmek pozitif ilerlemeyi vurgulayacak ve duygusal içeriğe sahip dili dağıtacaktır. Bir diğer önemli rol de önceden sıkı sıkıya tutunulan pozisyonlardan uzaklaşırken itibarlarını korumalarını sağlama konusunda taraflara yardım etmektir.

Her ne kadar ortak açılış oturumunun amacı normalde müvekkilinizin mevcut pozisyonunu ortaya koymak olsa da, bu oturum bir açık ön-müzakere oturumuna dönüşebilir veya ardından kendinizi açık bir müzakerede bulabilirsiniz. Ortak bir oturumda diğer tarafı ikna edebilmek için empati ve iddialılık arasında bir denge gerekecektir - ne agresif olun ne de itaatkar: Müvekkilinizin menfaatlerinin meşru ve geçerli olduğunu varsayın;

arabulucunun huzurunda diğer tarafa kendi menfaatlerinizi, ihtiyaçlarınızı ve bakış açılarınızı açıklayın. Diğer tarafın argümanını anladığınızı veya en azından anlamak istediğinizi ifade edin. Alenen sempatik olmayın veya mutabakat sinyali vermeyin, fakat dikkatli ve aktif biçimde dinleyin, potansiyel olarak ortak kazanç elde edilebilecek alanlar arayın. Yapabiliyorsanız problem çözümü için bir temel ortaya koymaya çalışın.

Başlangıçta, tarafların kendi davalarını vurgularken ve gerekli talepleri ileri sürerken aynı zamanda da menfaatlerini, ihtiyaçlarını, kaynaklarını ve yeteneklerini belirleyerek pozisyon almaktan kaçınmalarına olanak sağlayacak karşılıklı bir sürecin bir parçası olarak müzakereler için kullanılacak bir çerçeve bulun. Söylenenleri daha sonraki özel oturuma kadar değerlendirmeyin. Bir problem çözme alıştırması olarak tekliflere ilişkin beyin fırtınası yapmaya çalışın fakat bunu yaparken üretilen fikirlere ilişkin sahiplik iddia etmeyin ve müvekkilinizin isteklerinin gerçekçi olmasını sağlayın.

Ortak müzakere oturumlarında, özellikle de talimatın yere getirilmesiyle başa çıkmak, teklifleri değerlendirmek, potansiyel problemler aramak ve riskleri anlamak ve müvekkilinize açıklamak zorunda kalmak gibi, karşılaşılabilecek belirli stresli durumlar vardır. Aşağıdaki rehber adımlar uygulamada size yardımcı olacaktır:

- Katılmıyorsanız kabul etmeyin.
- Bir ödün vermeden önce mutlaka müvekkilinize danışın.
- Hikayeyi açıklayın - diğer tarafın sizin ne söylediğinizi anladığından emin olun.
- Müvekkilinizin diğer tarafın ne söylediğini anladığından emin olun.
- Mevcut müzakerenin spesifik kapsamı içinde nelerin önemli olduğunu ve neden önemli olduğunu müvekkilinize ortaya koyun ve ayrıca onun için önemli olan başka şeyler olup olmadığını da ortaya koyun.
- İvme kaybetmeyin - yapabileceğiniz her şeyi yaptığınızı düşündüğünüzde bir sonraki hedefe geçin.
- Sürekli neler olduğunu değerlendirmeye çalışın - müzakere dinamiğinden dolayı kafanız karışmasın.

- Uyuşmazlığa ilişkin teklif edilen parasal tazminat kararından herhangi bir çözümde riskin taraflar arasında nasıl dağıldığına dikkat edin.
- Arabuluculuğun başarısız olması halinde riskin taraflar arasında nasıl dağıldığına dikkat edin: Durduğunuz noktada, taraflardan birinin süreçten ayrılmaya karar vermesi halinde kimin kaybı daha büyük olacaktır?
- Duruma uzun vadeli bakın.
- Problemleri tahmin edin.
- Söylenen her şeyi görüldüğü gibi kabul etmeyin. Satır aralarını okuyun ve mesajları çözümlemeye çalışın.

Arabuluculukta çözülmesi gereken iki veya daha fazla sorun olduğunda müzakerede bulunmak çok daha kolaydır. Eğer durum böyleyse, müzakereler tarafların menfaatlerinin birleştirilmesini kapsar. Bu menfaatlerin birbirine geçtiği durumlarda, ortak kazançlar için gerçek bir potansiyel bulunur, her iki taraf için de değer yaratılabilir ve 'pasta' bölünmeden önce büyütülebilir. Ödünlerde bulunarak veya müvekkilinize zarar vermeksizin varlıklar vererek çözümlenebilecek alt sorunlara sahip olduğunda, karşı tarafa gereksiz zarar vermekten kaçınabilirsiniz ve 'evet' cevabını almanız çok daha kolay olabilir. Diğer taraftan, eğer ortada tartışılan sadece bir s

orun varsa, sadece kısıtlı bir dağıtım yapılabilir ve agresif müzakereciler kazanma eğilimindedir. Eğer ortak kazançlar için bir potansiyel yoksa, kendi tarafınız için değer iddia etmek ve diğer tarafın beklentisini veya davasına yaptığı yatırımı imha etmek dışında başka bir argümanda bulunmanız zordur. Dolayısıyla, tek sorundan oluşan uyuşmazlıklar bile parçalara ayrılmalı ve potansiyel karşılıklı kazançlar aranmalıdır.

5.12 Beklenen İvme

Arabulucu için randevu, aşına olduğu bir dizi aşamadan geçecektir: Giriş, bilgi toplama, çözümleri belirleme ve problem çözme, müzakere ve pazarlık ve anlaşma. Müvekkilin başarılı bir arabuluculuktaki müzakere dinamiklerine karşı yaklaşımı yaygın beş farklı aşamadan ve adımdan geçme eğilimindedir ve bu aşamaların hepsi davranışçı psikologlar tarafından iyi bilinir:

(I) İnkâr

Müvekkiliniz kusurlu olmadığını veya değişmesi gereken kişi olmadığını ileri sürmeye devam edecektir. Ayrıca diğerlerinin ihtiyaçları veya istekleri hakkında bilinçli olarak bilgi sahibi değildir ve bunlar kendi menfaatleriyle örtüşmedikçe bu ihtiyaç ve istekleri karşılama konusunda özel bir ilgisi yoktur.

(II) Kabullenme

Problemin bir parçasının da kendisi olabileceğini kabul eder. Bu müvekkil için acı verici bir geçiştir. Problemin bir parçası olmasa bile bir çözüm bulabileceğini veya bu yönde hareket edebileceğini kabul ettiği bir pozisyona geçer.⁶

(III) Taviz Verme

Bu aşama farkına varma ve bazı şeyleri bırakma ile ilgilidir. Öncelikle müvekkiliniz söz konusu hikayede iki taraf olduğunun ve diğer tarafın da kızgın, savunmacı veya kindar olmak için meşru sebepleri olabileceğinin farkına varır; veya daha da kötüsü, kaybedeceğinin veya diğer tarafın kazanacağını farkına varır. İlk pozisyonundan buraya geçmesi bir tür törensel küçük düşmedir: Gururunu veya ağgözlülüğünü, kıskançlığını, kibrini, kendini beğenmişliğini veya şımarıklığını ve kendi yanılmazlığına olan inancını, başkalarının bakış açılarını veya ihtiyaçlarını fark etme konusundaki isteksizliğini veya başkalarını affetme konusundaki **isteksizliğinden taviz vermesi** gerekecektir. Bu nokta müvekkilin en savunmasız olduğu noktadır fakat aynı zamanda da duyguların boşalmasını sağlayacak deneyimler de burada başlayacaktır.

(IV) Köklü Görüş Değişikliği

Arabuluculuk güçlüdür çünkü dava sürecinin başaramadığı köklü görüş değişikliklerinin gerçekleşmesini kolaylaştırır. Arabuluculuğu kabul etmek de köklü görüş değişikliğidir çünkü müvekkiliniz bu davranışının bile kendi başına diğer taraf tarafından bir zayıflık işareti olarak algılanabileceği konusunda endişe duyabilir. Bununla beraber, müvekkilinizin kazanmanın artık önceden bilinen bir sonuç olmadığını ve hamlenin ondan gelmesi gerektiğini anladığı zaman, arabulucu kullanmak, köklü görüş değişikliklerinin getirdiği riski azaltır. Anlaşmaya doğru giden ilerleme süreci küçük karşılıklı adımlarla, özürle, haksız hareketin veya haksız düşüncenin kabul edilmesiyle veya müvekkilin kendi davranışının mahiyetine ilişkin verdiği ödümlerle başlar.

⁶ Williams s.44; Williams, Gerald R. A Lawyer's Handbook for Effective Negotiation and Settlement [Etkili Müzakere ve Anlaşma için Avukatın El Kitabı] 5th ed. West 1995.

Bunun karşılığında affetme gelir ve bunun karşılığında da pişmanlık gelir. Bir kere duygular, köklü görüş değişikliği ile aşıldıktan sonra, uygulamada bir çözüme varmak için yapılacak müzakereler başlayabilir.

(V) Yenileme/Barışma

Sürecin son dinamiği bir araya gelmesi, ilişkilerin iyileştirilmesi veya en azından bir anlaşmaya varılmış olması sonucunda olumlu duyguların ortaya çıkmasıdır. Her ne kadar bozulmuş bir ilişkinin tamir edilmesi zor olsa da, uyuşmazlığın sonlandırılmış olmasının getirdiği rahatlama duygusu bir yenilenme hissini de beraberinde getirir.

5.13 Etkili ve Etkisiz Müzakerecilerin Özellikleri

1970'li yıllardan beri Amerikalı akademisyenler deneyimli müzakereci profillerini incelemişler⁷ ve bunları geniş ifadelerle 'işbirlikçi' veya 'agresif' olarak kategorilere ayırmış ve bu profillere sahip kişilerin etkili, etkisiz veya ortalama müzakereciler olup olmadıklarını ortaya koymaya çalışmışlardır. Bu araştırmaların sonuçları müzakerecilerin yaklaşık %87'sinin işbirlikçi oldukları zaman daha etkili performans gösterdiklerini ortaya koymuştur. Kendilerini agresif müzakereci olarak değerlendirenlerin (çalışmaya konu olan sayının %20'si) %85'i elde edilen sonuçlar bakımından etkisiz veya ortalama olarak bulunurken yalnızca %15'i etkili bulunmuştur. Bu da agresif müzakerecinin taraf vekilliği yaptığı her arabuluculuk süreci için altıda birden daha az sayıda istediği sonuçlara ulaşabileceğini ortaya koymaktadır. Bu, müzakerenin diğer tarafa üstün gelmek için güç göstermekle ilgili olduğuna inananların akıllarını başlarına getirecek bir görüştür. Bu tür taktiklerin işe yaradığı her girişim için, muhtemelen işe yaramadığı beş diğer girişim mevcuttur.

Brigham Young Üniversitesi, Utah, ABD'den Profesör Gerald Williams etkili ve etkisiz müzakerecilerin hedefleri ve özelliklerini aşağıdaki şekilde analiz etmiştir.⁸

⁷ Williams s.28, 29.

⁸ Williams s.30-32.

Etkili işbirlikçi müzakereci, her iki tarafın da adil bir anlaşmaya vardığı ve aynı zamanda da kendi müvekkilinin elde edebileceği en iyi anlaşmayı elde ettiği bir kazan/kazan durumunun yaratılması düşüncesinin somut halidir. Müzakerecinin davranışları güvenilir, etik ve adildir; müzakerede kibar, cana yakın, ince düşünceli, samimi ve adil olacaktır. Gerçekçi bir açılış pozisyonu sunar, davayı doğru şekilde değerlendirir ve ilgili bir ifadeyle, tehditte bulunmaz. İşbirlikçi biçimde harekete girer (bazen bu işbirlikçi hamle olarak anılır), fakat kısasa kısas⁹ stratejisini kullanarak hem kendi müvekkilinin bakış açısını korur, hem diğer tarafın pozisyonunu derinlemesine inceler hem de mümkün olan en büyük kazancı elde etmeye çalışır. Bilgi paylaşma konusunda isteklidir çünkü işbirlikçi kişiler zorluklardan korkup kaçmak yerine esaslara atıfta bulunarak sorunları çözerler. Durumu olduğundan az gösteren ifadeler kullanır ve doğrunun ortaya çıkacağını ve açıklamaya gerek bırakmayacağını varsayar. Buradaki problem bu müzakerecinin adil olma konusunda sınırları olmayan, yapabilirse onu geriye doğru itecek ve geri çekilmenin tutunacak bir temele sahip olmaması anlamına geldiğini varsayan agresif bir müzakereciye karşı savunmasız olmasıdır.

Etkin agresif müzakereci iyi mücadele edilecek tartışmalara heveslidir. Her ne kadar kendi müvekkili için anlaşmayı azami düzeye getirmek istese de, eğer bir kazan/kaybet durumuna ulaşabilecekse bir kazan/kazan durumuna ulaşma konusunu dert edinmez veya rakibine üstün gelerek veya onu köşeye sıkıştırarak kazanan taraf olarak görülecekse bunu umursamaz. Baskın, zorlayıcı ve saldırgandır; iyi hazırlanmıştır ve işbirlikçi değildir, zamanlamayı ve olayların sırasını planlayan ve bunları titizlikle uygulayan çok iyi bir stratejist ve taktikçidir. Rakibini tanıyacaktır fakat diğer tarafın ihtiyaçlarına karşı tamamen ilgisiz olacaktır. Bu müzakerecinin genel yaklaşımında aşırıya kaçma tehlikesi vardır: Genellikle gerçekçi olmayan bir açılış pozisyonu ile başlayacaktır; diğer tarafa göz dağı vermek için serbestçe tehditler kullanacaktır; sanki bir aldatma oyunundaymış gibi bilgileri sadece kademeli olarak açıklayacaktır ve gerçekleri esnetme konusunda isteklidirler.

Etkin olan hem işbirlikçi hem de agresif müzakereciler bazı ortak özellikleri paylaşırlar. Her ikisi de eşit düzeyde iyi hazırlanır, gerçekçi, öz-denetime sahip, ikna edici, ipuçlarını okuma konusunda zeki ve hukuki becerilerini uygulama konusunda tecrübe sahibidirler. Buna karşın, hem işbirlikçi hem de agresif müzakereciler bazı özelliklerinden dolayı etkisiz olabilirler.

9 Bkz. s. 173

Etkisiz işbirlikçi müzakereci, müvekkilinin ihtiyaçlarını karşılayacak bir anlaşma elde edebilmek amacıyla diğer tarafla arasındaki iyi ilişkileri sürdürmek ister. Bu da onu yardımsever, sabırlı ve affedici biri yapar. Dürüst ve güvenilir bir imaj yansıtır ve bu kolay aldanabilir veya saf olma noktasına kadar gelebilir. Karşılığında hiçbir şeyi güvence altına almaksızın sürekli bir şeyler vermesi konusunda baskı altına alınabilir. İradesi ezilecektir çünkü normal bir kişinin daha agresif olması gereken durumlarda bile diğer tarafa karşı iyi davranma ihtiyacı hisseder. Yardımsever olmak ayrı bir şeydir fakat başarılı bir müzakerecinin bunun aksi olabilmek için gereken irade gücüne de sahip olması gerekir ve eğer ödünde bulunacaksa bunun yalnızca bilinçli bir karara dayanması gerekir.

Etkisiz agresif müzakereci başarısız olmasına neden olabilecek bazı istenmeyen özelliklere sahiptir. Aleni bir şekilde saldırgan, kibirli, çekilmez ve sinir bozucudur. Aslında olgular ve kanunlar hakkında hazırlıksızdır ve blöf yapma eğilimindedir. Agresifliğini hazırlığı ikame etmek için kullanır. Yüz yüze müzakerelerde kavgacı, talepkar ve tartışmacıdır sıklıkla ya kabul et ya terk et yaklaşımını kullanır. Başkalarının ihtiyaçlarına karşı tolerans göstermez ve düşmanca davranır. Zorba yaklaşımı müzakerelerin çöküşüne neden olur çünkü aşırı derecede zayıf bir pozisyonda olmadığı sürece kaçınılmaz biçimde diğer tarafı müzakere masasından uzaklaştıracaktır.

Bir kapsamda, hukuk mesleğinden olmayan müvekkil gün içindeki ilerlemeye göre vekilinin hem etkili bir işbirlikçi hem de etkili agresif müzakerecinin tekniklerini kullanmasını bekleyecektir. Deneyimli arabuluculuk taraf vekili alışılmış bir sürece girdiğini anlayacak ve sabırlı olacak ve daha az olgun olan rakibine tolerans gösterecektir. Uyanık ve çabuk kavrayıcı olacak ve geçici olarak hükmü askıya alma, enerjiyi toplama ve yöneltme, hızlı düşünme ve kararlı biçimde hareket etme konusunda kendine izin verecektir.

5.14 Arabuluculuk İçinde Etkili Müzakere İçin On Kural¹⁰

1. Her iki taraf için de adil olmayan bir sonuç talep etmeyin

Kendi müvekkiliniz için adil olan bir sonuç istersiniz ve muhtemelen bundan daha azını kabul etmezsiniz. Ancak diğer tarafın müvekkilinin memnun olmayacağı bir sonucu kabul etme konusunda zorlayarak kazanabileceğiniz pek bir şey yoktur. Eğer sonuç kesin olarak bir taraf için zararlıysa bu yalnızca gelecekte başka problemlerin ortaya çıkması anlamına gelir.

2. Diğer tarafa sürekli, mümkünse anında geri bildirim verin

İvmenin korunması müzakerede çok önemlidir. Anlaşma, anlaşamama veya pozisyonunuzu tekrar vurgulamak veya açıklamak bunu başarmanın en iyi yolu olabilir. Diyalogun devam etmesini sağlamak son derece önemlidir. Eğer, ilerleme hissini destekleyen olumlu bir anlaşma ifade etmeniz sorunları dikkat edilen konular olmaktan çıkaracak ve bir ilerleme hissi yaratacaksa bunu yapabilirsiniz, fakat anlaşmaya çok istekli görünmemeniz gereken bazı durumlar da olacaktır. Anlaşmadığınızı ifade etmeniz de gereklidir: Diğer tarafın teklife ilişkin bir sorununuz olduğunu bilmeden beklentilerini artırmasına izin vermeyin - anında geri bildirim verin fakat düşünceli ve empatik olun - ve pozisyonunuza zarar veren şeyleri sessizce kabul etmeyin. Fikrinizi değiştirme konusunda ikna edilmeye razı olduğunuzu ve uygun zamanda ödün vereceğinizi gösterebilirsiniz.

3. Sorgulandığı her durumda olgulara dayalı pozisyonunuzu koruyun

Hem diğer taraf hem de arabulucu sizin olgusal ve muhtemelen hukuki pozisyonunuzu sorgulayacak ve müvekkilinizin davasına olan bağlılığınızı zayıflatmak amacıyla zayıflıklar ve belirsizlikler bulmak için derinlemesine inceleme yapacaklardır. Her sorgulandığında ileri sürdüğünüz noktaları tekrar vurgulayın. Gerekli olduğunda yeni bilgiler ekleyin veya mevcut olan bilgileri farklı şekillerde tekrar ortaya koyun, fakat bu sorgulamaların hiçbirini cevapsız bırakmayın.

¹⁰ Williams s. 62-5'ten alınarak geliştirilmiştir.

4. Vücut dilini gözlemleyin

Herhangi bir ortak oturumda, diğer tarafa ve müvekkiline yakından bakın. Vücut dilini gözlemleyerek söyledikleri şeylerin ikna etme gücünün farkında olun. Aynı zamanda bilinçli olarak veya olmayarak sinyaller verdiğinizizi de unutmayın. Kendi vücut dilinizin ve nasıl mesajlar veriyor olabileceğinizin bilincinde olun - bazı arabulucular sözel olmayan iletişimi değerlendirme konusunda da eğitilirler.

5. Ekibinizi gözlemciler olarak kullanın

Her şeyi görmeyi umamazsınız, özellikle de taraf vekilliğine dalmışsanız. Ekibinizin diğer üyelerini - müvekkilinizi, avukatı, sigortacıyı, bilirkişiyi veya diğer tanıkları - gözlemciler olarak kullanın ve onları ortak oturum müzakerelerinin nasıl gittiğini düşündükleri konusunda sorgulayın. Görüşlerinizi pekiştirmelerine veya bunlara karşı çıkmalarına izin verin. Orada bulundukları zamanları boşa harcamayın.

6. Muhalif olun

Yalnız kaldığınızda şeytanın avukatlığını yapın. Kendinizi diğer tarafın yerine koyun ve amaçlarına ulaşmak için kullanmak zorunda olduğu taktikleri ortaya çıkarmaya çalışın. Bu yalnızca önünüze neler çıkacağını görmenize imkan sağlamakla kalmaz, aynı zamanda da eğer işbirlikçi bir müzakereci olmak istiyorsanız yanlış anlamaları veya güvensizlikleri ortadan kaldırmanıza da yardımcı olur.

7. Profesyonellik, dürüstlük, güven ve etkililiğe dayalı bir izlenim verin

Neredeyse söylemeye bile gerek yoktur fakat iyi bir izlenim sizi ileri taşıırken kötü bir izlenim baştan itibaren büyük çabalarınızın önünde bir engel oluşturacaktır.

8. Uygun şekilde hazırlanmış görünün

Görsel izlenim, önemli olmakla beraber, yeterli değildir. Kanunları, olguları, hesaplamaları ve seçenekleri sunumunuz için hazır tutun. Hazır olmadan asla başlamayın, çünkü bunu yapmanız her zaman müvekkilinizin menfaatlerinin aleyhine olacaktır. Daha fazla zaman istemek asla sizi zayıflatmamalıdır.

9. Müzakere boyunca olgusal ve hukuki açıdan açıkça anlaşılır ve belirgin bir temayı sürdürün

Hiçbir şey olgusal ve hukuki noktalarla desteklenmiş açıkça anlaşılır bir temadan daha ikna edici değildir. Bunun karmaşık olması gerekmez veya sunulan çözümlerin de karışık olması gerekmez, fakat düzenli olmalı ve kendinden emin biçimde sunulmalıdır.

10. Notlara olan bağlılığınızı asgariye çekin

Arabulucuya veya diğer tarafa ne söyleyeceğinizi bilin. Olguları ve argümanları hazır tutun ki müzakere sırasında notlarınıza değil diğer taraftaki kişiye odaklanabilin. Devamlı notlarınıza bakmanız sizi hazırlıksız, davasına az güvenen ve kendisinden az emin olan biri gibi görünmenize neden olur. Bu müzakere sırasında notlar almanıza engel olmamalıdır, fakat bu dikkat dağıtıcı bir durumdur ve çok sıklıkla yapılmamalıdır. Yazmadan önce ne söylendiğini anladığınızdan emin olun.

5.15 Müzakere Aşamaları¹¹

Tıpkı psikologların arabuluculuk sürecine ilişkin iyi tanımlanmış aşamalar belirledikleri gibi, araştırmacılar da müzakerelerin belirli aşamalarla geliştiğini gözlemlemişlerdir. Başlangıçta müzakereciler bir iş ilişkisi kurarlar ve sırasıyla kendi ilk pazarlık pozisyonlarını benimserler. Agresif müzakereciler geri dönülemez biçimde kendi açılış pozisyonlarına bağlı oldukları izlenimini vermeye çalışırlar. Müzakerenin açılış aşaması olan bu aşama taraflardan hiçbirinin fark edilebilir şekilde hareket etmediği oldukça uzun bir aşamadır.

Müzakerenin orta aşaması dışarıdan gelen bir faktörün sürece bir itici güç uygulaması ile başlar ve bu genellikle bir tür zaman kısıtlamasıdır. Bu noktada, müzakereciler bir anlaşmanın mümkün olup olmadığı sorusu üzerinde ciddi biçimde çalışmaya başlarlar. Bu alternatif çözümlerin, tavizlerin ve ödünlerin arandığı noktadır.

¹¹ Bkz. Williams, Gerald R. A Lawyer's Handbook for Effective Negotiation and Settlement [Etkili Müzakere ve Anlaşma için Avukatın El Kitabı] 5th edn West 1995.

Son aşama en önemli olandır. Bitiş tarihi yaklaştıkça genellikle bir kriz ortaya çıkar: Başka bir alternatif bulunamadığı sürece müzakereciler genellikle son teklifi kabul etme ile arabuluculuğun başarısız olmasına izin verme arasında bir tercih yapma konusunda köşeye sıkışmış hissederler. Bir süreç olarak ya bir anlaşmaya varılır ya da taraflar bir kördüğüm olduğunu beyan ederler. Eğer bir anlaşma sağlanırsa, taraflar anlaşmanın ayrıntıları üzerinde çalışırlar; eğer bir kördüğüm beyan edilirse, taraflar davanın mahkemeye taşınması gibi alternatif düzenlemeler yapmak zorunda kalırlar.

5.16 Müzakerede Açılış Pozisyonları

Müzakere psikolojisinde, ilk rakam müzakerelerde en güçlü olan rakamdır çünkü ikinci rakamı etkiler. Bu çok dikkatli biçimde seçilmelidir ve istediğinizi hiç alamama korkusu ile diğer tarafın anında gitmek istemesine neden olacak kadar agresif olma arasında bir denge kurulmalıdır. Çok yüksek bir açılış talebinde bulunarak almayı beklediğinizden çok daha fazlasını istediğiniz aşırı bir pozisyon almanızın diğer taraf üzerinde yaratacağı muhtemel etkiyi dikkate almalısınız.

Bunu her iki taraf için de adil olduğunu düşündüğünüz şeyi isteyerek bir açılış yapmakla karşılaştırın ('adil pozisyon'). Bunu tahmin ettiğiniz en düşük noktayı doğrudan belirterek veya talebinizi daha sonra ödün vereceğiniz 'makul' bir düzeyde artırarak yapabilirsiniz. Kabul edeceği en düşük noktayı söyleyerek açılış yapan bir taraf alternatif veya başka parasal olmayan çözümler sunmak dışında manevra yapacak başka hiçbir alan bulamaz.

İster aşırı ister adil bir açılışla başlayın, etkili bir arabuluculuk müzakerecisi her iki tarafa da mümkün olan en yüksek faydayı sağlayan ve en az hasarı veren en uygun çözümü bulmak umuduyla uyuşmazlık için çeşitli alternatif çözümler araştıracaktır ve bu genellikle diğer tarafın dikkate almadığı bir şey olacaktır.

Her iki taraf da açılış pozisyonunun bir duruşun ürünü olduğunu ve her iki tarafın da bir anlaşmaya varabilmek için harekete geçme konusunda istekli olacağını rahatça varsayabilir. Taraflardan birinin değişmez biçimde açılış pozisyonuna bağlı olduğunu ileri sürmek yanıltıcıdır, fakat bu yanılsamanın ortadan kaldırılması da kayda değer bir zaman alabilir çünkü bu yanılsama davanın hukuki ve olgusal unsurlarına atıfta bulunularak desteklenmiş olacaktır.

5.17 Hareket

Müzakerelerde bir hareket sağlamanın önündeki ilk engel blöflerin üstesinden gelmek ve diğer tarafın ciddi biçimde diyaloga katılmasını sağlamaktır. Anlaşmayı ilk teklif eden tarafın daha zayıf bir davaya sahip olduğunu varsaymak avukatlar arasında bir gelenektir. Aynı sebeple avukatların çoğu anlaşma tartışmalarına karşı direnmenin kendi davalarının yargıda kazanacağını ima edeceğine inanırlar. Bu özellikle sigortacı davalılar ve savunma avukatları için geçerlidir çünkü bunlar için gecikme normalde avantajlı bir durumdur. Bu inançların her ikisi de mahkemeye sevk edilen davalarda son anda alelacele anlaşmaya varılmasına neden olmuştur.

Arbuluculuğa başvurmayı seçerek veya mahkeme tarafından bu yöne itilerek, müzakerede bulunan aynı bağlamdan faydalanma şansınız olur, fakat tarafların bir araya gelmeye başlaması için güçlü bağımsız bir motivasyon kaynağı olmadığı sürece baskı olmaması durumu açılış kısmına egemen olacaktır. Hareket sadece gün ilerledikçe ve hareket olmadan arabuluculuğun hiçbir anlamı olmayacağı bariz hale gelince ortaya çıkar: Arabulucu taraflardan birinden verdikleri teklifi artırmalarını veya susmalarını isteyecektir - arabuluculuğa bir anlaşmaya varmak için gelip gelmediklerini söyleme konusunda her iki tarafa da baskı yapacaktır. Bu noktada, ister ilk adım atan olarak ister diğer taraftan gelen bir harekete karşılık olarak, açılış pozisyonunuzu fark ettirmeden düşürme yönündeki önceden belirlediğiniz planınızı uygulamaya koymalısınız. Başlangıçta bunun açık veya kesin ifade edilen bir para teklifi olmasına gerek yoktur ve sadece 'siz hareket ederseniz biz de ederiz' ilkesine dayanabilir. Nihayetinde, hareket düzeyleri sağlam teklifler haline gelecek şekilde şekillenir ve genellikle tanımlanan yola uyarlar. Bu başlangıçta küçük bir hareketi daha sonra oldukça büyük ölçekli bir hareketin takip etmesini ve son olarak da çekinceli olarak anlaşmaya yaklaştığınız oldukça küçük ölçekli bir hareketi kapsar. Değişmez biçimde son adımlar en zor olanlardır.

5.18 Kriz ve Çıkmaz

Krizin ortaya çıkması bitiş tarihinin yaklaşması ile veya aradaki boşlukları kapatmanın önüne geçen bir engel nedeniyle olur. Bu yoğun psikolojik baskının ortaya çıkmasına neden olabilir. Hem güçlü bir rakip hem de arabulucu bunu kullanacaktır. Diğer taraftan son teklif olduğunu düşündüğünüz bir teklifle karşılaşabilirsiniz; veya arabulucu bir dönüm noktasına ulaşabilmek için 'kilitli kapı' sendromuna güveniyor olabilir. Baskı sizin tarafınızın son teklifi reddetmesinin arabuluculuğun başarısız olması anlamına geldiğini ve dava sürecinde daha fazla maliyet ödeneceğini ve yargılamanın kaçınılmaz hale geleceğini fark etmesinden kaynaklanır; alternatif olarak da eğer son teklif kabul edilirse müvekkiliniz asla daha fazlasını elde etme veya daha az para ödeme şansınız olup olmayacağını bilemeyecektir.

Bu psikolojik baskıyı kırmanın yolu aslında bir evet/hayır durumu içinde sıkışıp kalmadığınızı hatırlamaktır. Müvekkilin her zaman üç seçeneği vardır: (i) Diğer tarafın son teklifini kabul etmek, (ii) diğer tarafın son teklifini reddetmek, süreci terk etmek ve mahkemeye gitmek, veya (iii) yeni bir teklif hazırlamak. Genellikle başarının sırrı üçüncü seçenektir. Bu üçüncü seçenek gereksiz çıkmazları önler, müzakereyi canlı tutar ve gözden geçirdiğiniz teklifi kabul etme konusunda diğer tarafın üzerinde baskı kurar. Bitiş tarihine ne kadar yakınsanız, diğer taraf teklifinizi o kadar ciddi biçimde değerlendirmek zorunda olacaktır. Dolayısıyla her zaman çıkmaz durumlarda başınızı dik tutmak, sürecin devam etmesini sağlamak ve kriz noktasının getirdiği baskıyı diğer tarafa çevirmek için son teklifinizi en iyi şekilde değiştirebilecek pozisyonda olun.

Bitiş tarihinin tek olmayabileceğini ve sizin bilmediğiniz bazı nedenlerden dolayı diğer tarafın tamamen kendilerine özgü farklı bir zaman kısıtlaması olabileceğini unutmayın. Bitiş tarihleri dava süreciyle ilgili olabilir, örneğin duruşmanın, bir sonraki Dava Yönetim Toplantısı'nın veya mahkeme emrinin yaklaşması söz konusu olabilir, uyuşmazlık çözümünü bekleyen otomatik bir durdurmanın kaldırılmasından sonra olabilir veya bazı olgulara bağlı olabilir; örneğin bir sonraki teslimat veya yapılacak ödeme, bankanın müvekkilinizin kredisine ilişkin baskı uygulaması, ödenecek hukuki ücretlerin bir sonraki dilimi veya başka kaynaklardan gelen baskılar gibi. Arabuluculuk oturumunun önceden belirlenmiş bitiş tarihi de güçlü bir psikolojik baskı yaratabilir, fakat bu genellikle yapaydır çünkü eğer taraflar devam etmek isterlerse ve arabulucu da bunun harcanan zamana değeceğine karar verirse arabuluculuk veya iki taraflı müzakereler anlaşma ile devam edebilir.

Eğer sizin veya müvekkilinizin belli bir bitiş tarihi varsa - son treni yakalamak veya uçağı kaçırmamak gibi - bunu açığa vurmak akıllıca olmaz çünkü diğer taraf en işbirlikçi müzakerecilerden olsa bile bu tür bir zorluğu bir baskı noktası olarak kullanabilir.

5.19 Çekilmez Rakiplerle Uğraşmak¹²

Sinir bozucu, sert, saldırgan, kibirli, tartışmacı ve egosu yüksek bir rakiple karşılaştığınızda ne yapacaksınız? Hepimiz müvekkillerine değil kendi egolarına hizmet eden ve yıldırıcı ve ciddi anlamda günün ilerleyişinin önünde engel oluşturan bir durum yaratan profesyonellerle karşılaşmışızdır. Bu tür bir insanla nasıl müzakere edersiniz? Buradaki kilit nokta öz-denetimdir. Ateşe ateşle karşılık verme yönündeki temel içgüdünüze teslim olmamalısınız - sabrınızı ve iyi niyetinizi kaybederseniz, müzakereler daha başlamadan bitecektir ve tarafınız arabuluculuğu zaman ve para kaybettiğinize dair güçlü bir his ile terk edecek ve bunun suçunu sürece atacaksınız. Ateşe ateşle karşılık verme yaklaşımı neredeyse her zaman çıkmaza ve başarısızlığa yol açacaktır.

Sizin amacınız bu tür müzakerecilerin blöflerini görerek ve taktiklerini değiştirmeleri ve sizinle daha gerçekçi ve rasyonel bir düzeyde ilişki kurmaları için üzerlerinde azami düzeyde baskı kurarak onları kurnazlıkla alt etmektir. Bu doğrultuda, sinir bozucu bir rakibe karşı başarılı biçimde galip gelebilmek için muazzam düzeyde kendinizi tutabilmeniz gerekir. Öfkenizi kontrol edin. Tartışmaya girmeyin. Ona yumuşak cevaplar verin (onu delirtme pahasına bile olsa).

Bu şekilde davranan bir rakibin genellikle olgular ve yasalar hakkında hazırlıksız olduğunu, davasının gerçek değerinden emin olmadığını ve dolayısıyla blöfleri ve kuru gürültüyü bir ikame olarak kullandığını unutmayın. Sinir bozucu taktiklerine devam ettikçe bu kişi ile müzakereye girmeyeceğiniz bir pozisyon benimseyin. Bunu yaptıkları sürece müzakerelere başlamayın ve diğer tarafın müzakereye başlama girişimlerini kabul etmeyin. Ara sıra ve hatta sıklıkla kendisiyle temasa geçip onu dava hakkında bilgilendirin, temel olguları ve dokümanları önüne koyun veya sizin tarafınızdaki temel gelişmeleri gösterin.

¹² Bu ve sonrasındaki bölüm büyük ölçüde Williams'ın Solving Particular Problems In Legal Negotiation [Hukuki Müzakerede Belirli Problemlerin Çözülmesi] s. 57-61 kısmından alınmıştır.

İletişiminizin tehditkar olmamasını ve işbirliğine davet edici olmasını sağlayın. Empati gösterin ve doğru zamanda müzakerelerinizi başlatacağınıza açıkça söz verin. Fakat sinir bozucu taktikler devam ettikçe müzakereye başlamayı reddedin. Dava sürecinin devam etmesi için hazırlıklı olduğunuzu gösterin.

Sabırlı olun. Eğer diğer taraf bir müzakereci olarak etkisizse muhtemelen yargılamada da aynı derecede etkisiz olacağını unutmayın. Ya pes ederek makul ve rasyonel bir temelde müzakereye başlama teklifini kabul edecek, ya da kendi tarafının arabuluculuk sürecini terk etmesini tercih ederse, kendisi ve müvekkilinin becerilerine olan güveni arasındaki ipler gerilecektir. Hemen ardından bir yargılama öncesi anlaşmaya varabileceğiniz birisiyle müzakerelere başlayabilirsiniz.

5.20 Aşırı Agresif Rakiplerle Uğraşmak

Fiilen agresif bir rakiple karşılaştığınızda, dört temel savunma ilkesini anlamanız iyi olacaktır:¹³

- (i) Saldırı altında olduğunuzu bilin.
- (ii) Ne tür bir saldırıyla karşı karşıya olduğunuzu bilin. Rakibinizin silahlarını, güçlü yanlarını ve beceri düzeyini değerlendirmeyi ve tanımayı öğrenin.
- (iii) Savunmanızı nasıl saldırıya uygun hale getireceğinizi bilin - verdiğiniz karşılık her agresif hamleyle eşleşmelidir, uygun bir karşılık olmalıdır ve uygun bir yoğunluk düzeyinde olmalıdır - orantılı ve hedefinize ulaşmanız için yeterli.¹⁴
- (iv) Hareketinizi sonuna kadar sürdürmeyi bilin - bir kere seçtikten sonra vereceğiniz karşılığı uygulamaya koyabilmelisiniz. Belli bir düzeyde suçluluk hissetme ve bunun üstesinden gelebilme konusunda hazırlıklı olun, çünkü sağlıklı insanlar ne kadar gerçek anlamda hak etmiş olsalar bile başka insanların acı çekmesine neden olmaktan hoşlanmazlar.

Agresif bir rakibin gücünü etkisiz hale getirmeye çalışırken, işbirlikçi müzakereci olarak şunları yapmanız gerekir:

¹³ Four basic principles of verbal self-defence [Sözel öz-savunmanın dört temel ilkesi] - Elgin, Suzette Haden The Gentle Art of Verbal Self-Defense [Sözel Öz-Savunmanın İnce Sanatı] Prentice-Hall 1980 s. 3-5 William; 58-61.

¹⁴ Bkz. Kısasa kısas s. 173

- Olguları daha etkili biçimde ele alın: Kendi olgularınızın güvenilirliğini gösterme yükünü üstlenin. Elinizde para ödenmeye değer bir şey olduğunu kanıtlayın.
- Agresif rakibinizin becerikli biçimde sunduğunuz olguları çürütmeye çalışacağının farkında olun. O ve müvekkili sizin bu olgulardan vazgeçme konusunda ne kadar istekli olduğunuza bakarak beklentilerini belirlemiş olacaktırlar. Rakibiniz davanızda güçlü noktalar olduğunu kabul edene ve bunların neler olduğunu anlayana kadar olgularınızdan vazgeçmeyin.
- Olguları bir arada değil sırayla sunun. Her birinde rakibinizin verdiği tepkilere bakın ve bu tepkileri okuyarak ne yapacağınıza karar verin.
- Olguları stratejik olarak en lehinize olduğu anda sunun.
- Tarafların olgulara ilişkin kaçınılmaz şekilde farklı görüşleri olduğunun farkına varın. Rakibinizi olgulara ilişkin sizin görüşünüzü benimsemesi için ikna etmeye çalışmayın, bunun yerine onların görüşlerini dikkate alın.
- Eğer kendi pozisyonunu ikna edici biçimde gösterebilirse kendi görüşünüzü değiştirme konusunda açık olduğunuzu ifade edin.
- Her sorgulandığında olguları tekrarlayın. Sıklıkla agresif müzakerecilerin stratejisi sizin olgularınızı göz ardı etmek veya çürütmektir. Bunun çözümü elinizdeki olguların onun saldırılarına dayanabileceğini göstermektir.
- Müvekkilinizin lehinde olan açılış pozisyonlarını benimseyin fakat tarafların menfaatleri ve ihtiyaçlarının henüz tam olarak bilinmemesi, bazı olguların daha dikkatli biçimde değerlendirilmesi gerekmesi ve ortak kazanç sağlayacak bir çözüme ulaşmaya çalışmanız ve diğer tarafı da buna davet etmenizden dolayı açık biçimde bu pozisyonun geçici olduğunu ifade edin.
- Az sayıda tek taraflı ödünlerde bulunun ve asla esaslara ilişkin tek taraflı ödünde bulunmayın.
- Ödünlerin durdurulması için müvekkilinizin onayının gerekliliğini bir araç olarak kullanın. Yalnızca pozisyonunuza zarar vermeyen ödünlerde bulunun. Uygun bir paket oluşturulana kadar büyük çaplı ödünleri durdurun -- bunu en azından iki aşamalı bir süreç haline getirin. Müzakere iklimini korumak için diğer tarafın menfaatleri ve ihtiyaçlarını kabul edebilir ve ödünlerde bulunulacağını ifade edebilir fakat şu anda neden olmadıklarını iyi gerekçeler sunarak açıklayabilirsiniz.

- Agresif hamlelere karşı anında ve açık biçimde karşılık verin. Agresif davranışların aynısını yapmaktan kaçının fakat bir karşı hamle kullanın: Bir açıklama veya olgulara atıfta bulunulmasını isteyin; verdiğiniz karşılığı empati ile yumuşatın; farklı bir bakış açısının geçerliliğinin kabul edilebileceğini belirtin; bilgi kaynağınızın yanlış olabileceğini kabul edin; danışma ve talimat alma ihtiyacınızı arada bir tampon olarak kullanın, fakat hiçbir zaman doğrudan reddetmeyin - gerekçeler sunun ve akıllıca olmayan veya vakitsiz ödünleri tutarlı biçimde geri çevirmeye devam edin; talepleri yerine getirmenin aleyhindeki faktörleri açıklayın, müvekkilinizin seçeneklerini açık tutun, manevra yapılabilecek bir alan bırakın ve atasözünde geçen izciler gibi, hazır olun ve hazır görünün.
- Bu tür bir rakiple uğraşırken, 'aynı oyunu oynamayı' reddedin. Sık sık 'neden' diye sorarak onu etkisiz hale getirin - yapılan talepler için açıklamalar isteyin - ve talep ettiği şeylerle hangi menfaatlerinin karşılanacağını ortaya koymasını sağlayın. Nesnel kriterler arayın. Ve onu utandırmaya çalışın - eşitlik anlayışını ve müvekkilinin gerçekten anlaşmak isteyip istemediğini sorgulayın.

5.21 Müzakere Strateji Modeli Olarak “Kısasa Kısas”ı Kullanmak

İşbirlikçi ve agresif müzakere arasında bir denge oluşturmak için kullanılabilir faydalı bir yöntem vardır ve oyun teorisinde kullanılmak üzere geliştirilmiştir ve genellikle bir Anatol Rapoport modeli olan 'Mahkum İkilemi' olarak anılır.¹⁵ Kısasa kısas olarak bilinen basit fakat etkili bir stratejidir ve şu şekildedir: Her zaman işbirlikçi olarak başlayın ve daha sonra diğer taraftan gelen her işbirlikçi veya agresif hamleye karşı kısasa kısasla karşılık verin.

Taktik bir araç olarak bu yöntem arabuluculuktaki müzakerelerde faydalı olmasını sağlayan altı niteliğe sahiptir:

¹⁵ Bkz. Allman, William F. Nice Guys Finish First [İyi Adamlar Önce Bitirir], Science (1984) vol 5 no 8 p25-31; Axelrod, Robert. The Evolution of Cooperation [İşbirliğinin Evrimi], Basic Books 1984.

1. İşbirlikçi olarak başlar, fakat işbirliği işbirliğinin karşılıklı olacağı beklentisi ve gerçeğine dayanır.
2. Verilen karşılığın anında, belirgin ve uygun olması bakımından mükemmel biçimde misilleme yapar - işbirlikçi müzakereci saldırıya karşı tetikte olacak ve karşılık verecektir ve diğer taraftan gelen kabul edilemez agresifliğe karşı bir karşılık verdiğini açıkça ortaya koyacaktır.
3. Tamamen güvenilirdir - müzakereci saldırıya uğramadığı sürece asla agresif bir hamlede bulunmaz.
4. Mükemmel biçimde affeder - verilen karşılık anında, belirgin ve uygundur.
5. Açgözlü değildir - verilen karşılık diğer tarafın kazançlarına karşı çıkmaz çünkü bu kazançlar karşılıklı olmalıdır.
6. Tamamen sabırlıdır: Bir araç olarak müzakere sürecini kısa kesmeye çalışmaz - müzakere ritüelini takip eder.

Müzakerede kısasa kısasın faydalı olmasına karşın, temkinli yaklaşılması gereken bir kusurlu yanı da vardır: Eğer taraflardan biri diğer tarafın agresif olmayan hamlesini yanlış okuyarak bir saldırı olarak algılsa, bu hataya düşen taraf misillemeye bulunacaktır. Masum olan taraf da aynı şekilde karşılık verecek ve her iki taraf da problemi diğer tarafın başlattığına inanmaya devam edecektir. Bu tür bir durum yalnızca işbirlikçi bir müzakerecinin inanç sıçraması ile veya problemin kaynağına gidilmesi yoluyla kırılabilir.

5.22 Arabuluculuk Taraf Vekilinin Konuşma/Görüşme Becerileri

Müvekkil İle İlişkileri Yürütmek

- Hem fiziksel hem de psikolojik olarak müvekkile karşı sabırlı olun.
- İlgi göstererek başkalarına güvenen ve önemli biri olduğunu hissettirin.
- Sözü kesmeyin; çok fazla soru sormayın.

- Söylediklerini özetlemeyin; kabul edin ve empati kurun.
- Cümlelerini tamamlamayın; ona karşı konuşurken klişeler kullanmayın veya yargılayıcı olmayın.
- Davranışlarını eleştirmeyin.
- Eğer soru sormanız gerekiyorsa, müvekkili çapraz sorguya almak veya cevap beklenmeyen sorular sormak yerine açık sorular kullanın.
- Bir anlaşmaya vardıktan sonra, anlaşmayı gerekçelendirmek ve desteklemek için gereken zamanı ve emeği ayırın: Müvekkilinizin anlaşma hakkında kendini memnun hissetmesi gerekir ki daha sonra vazgeçmek veya karşı çıkmak istemesin.

Arabulucu ile İlişkileri Yürütmek

- Aşırı açılış tekliflerinden ve kademeli artan ödünlerden kaçının.
- Muhtemelen yapay taktiklerin iç yüzünü görecektir - geciktirme taktikleri, tehditler, sinirli hale gelme, gözdağı verme, alay etme ve hatta yalan söyleme gibi. Özellikle arabulucuya yalan söylememeye çalışın. Her ne kadar kendisi bir hakim, arabuluculuk da bir mahkeme ortamı olmasa da, bu bir avukata veya profesyonele yakışan veya istenen bir davranış değildir ve genellikle verimsizdir ve arabulucunun veya diğer tarafın fark etmesi halinde potansiyel olarak anlaşma dinamikleri açısından çok büyük hasarlara neden olabilir. Anlaşmaya doğru giden yoldaki ivmeye ulaşılabilmesi için gereken güvenin anında kaybolmasına neden olur; bu noktadan geri dönmek mümkün olmayabilir.
- Kibar olun.
- Arabulucu veya müvekkiliniz hakkında konuşmayın veya bariz biçimde dinlemezlik etmeyin.
- İlgi gösteriyormuş gibi yapmayın.
- Faydalı bilgileri açıklamaktan kaçınmayın.

- Tek bir çözüme sabitlenip kalmayın veya sadede çok hızlı gelmeyin.
- Bir müzakere aracı olarak kötü niyetle iddialarda bulunmayın veya müvekkilinizin ihtiyaçlarını önceliklendirmeyi ihmal etmeyin.
- Arabulucunun sizin veya müvekkilinizin yönlendirdiği biçimde diğer tarafla iletişime geçeceğini varsaymayın - sadece bilgi taşımaya ve hatta diğer tarafa teklif götürmesine izin verildiği için kendisinden istendiğinde veya genel olarak bunu yapacağını varsaymayın.

Yaklaşımını kabul etmeniz de etmeseniz de, arabulucu ile tamamen işbirlikçi şekilde hareket ettiğinizde başarıya ulaşmanız daha olasıdır. Menfaat temelli müzakereyi ve yaratıcı anlaşma seçeneklerini destekleyin, beyin fırtınası yapın, kişisel konuları sorun konularından ayırın ve anlaşma tekliflerini gerekçelendirmek için nesnel ve bağımsız veya harici kriterler arayın; insanların nasıl karşılık verdiklerini anlayın; son boşluğu geçebilmek için yollar bulun, tarafları ayıran farklılıkları gerekçelendirin ve son teklifi yapın.

Karşı Taraf Vekili İle İlişkileri Yürütmek

- Sürecin nihai hedefine odaklanın. Bu hedef anlaşmaya varmaktır.
- Gerçekten ne demek istediğinizi açıkça söyleyin.
- Diğer tarafın gerçekten ne demek istediğini öğrenin.
- Taraflardan birinin (kendi tarafınız da dahil olmak üzere) arabuluculuğa katılma konusunda art niyeti olmayacağını varsaymayın ki bunlardan en barizi de bilgi toplamaktır.
- Arabulucunun varlığı nedeniyle herhangi bir güç eşitsizliğinin giderilebileceğini varsaymayın.
- Diğer tarafın verilen bir bilgiyi veya yapılan bir teklifi kabul edeceğini varsaymayın.
- Arabuluculukta söylenen her şeyin gerçekten gizli kalacağını varsaymayın - taraflardan biri bu bilgileri dolaylı biçimde kullanabilir ve taraflar gizliliği ihlal edebilir veya gizlilikten feragat edebilirler.

Bir kere anlaşmaya vardıktan sonra, herhangi bir şekilde rakibinize üstünlük sağladığınızı göstermeyin: Yalnızca her iki taraf için de iyi bir anlaşma olduğunu ifade edin. Hiçbir zaman daha fazla ödün vermiş veya daha düşük bir teklifi kabul etmiş olabileceğinizi ileri sürmeyin.

Kendi Duygularınızla Başa Çıkmak

Şüphesiz ki sizi kişisel olarak rahatsız eden bazı durumlarla başa çıkmanız gerekecektir. Özellikle de müvekkilinize davasının gücü hakkında daha önceden verilen tavsiyeler nedeniyle inatçı bir pozisyondan başladığınız durumlarda bu tamamen normaldir. Faydalı olabilecek bazı stratejiler şunlardır:

- Daha önceden savunulan bir pozisyon veya tavsiyeden geri çekilirken başınızı dik tutmak için yollar bulun.
- Müzakere pozisyonunuzdaki değişiklik için neden belirtin: Bunu hem kendinize hem de müvekkilinize ve arabulucuya gerekçelendirebilmeniz gerekir.
- Derinlemesine düşünmek için 'molalar' alın.

5.23 Müvekkilin Kontrol Edilmesi

Arabulucunun, verdiği tavsiyelerin anlaşmaya varmanızın veya sürecin ivmesi üzerinde fren etkisi yaptığını düşündüğü durumlarda bu tavsiyeleri zayıflatma kapsamında müvekkilinizle aranınızı açmasını gerektirebileceğini tahmin etmeniz gerekir. Kafası karışık, gergin, şaşkın veya kızgın hale gelebilen müvekkiliniz üzerinde duygusal kontrolü ele almaya çalışabilir. Sizin göreviniz müvekkilinizin zararlı olan veya akıllıca olmayan kararlar vermesini veya davranışlarda bulunmasını önlemek ve onu diğer tarafın zararlı davranışlarından korumaktır. Arabulucu bunun farkında olacaktır ve eğer sizin aşırı derecede korumacı olduğunuzu veya müvekkilin bırakması gerektiğini düşündüğü aşırı derecede hukuki olan bir menfaati veya pozisyonu savunduğunuzu düşünüyorsa, taraf vekili olarak sizi etkisiz hale getirmek için birtakım teknikler kullanabilir. En aşırı düzeyde bu sizden müvekkilinizle özel olarak görüşmeyi talep etmesi ve böylece siz yokken müvekkile ulaşabilmesi olabilir.

Burada bir problem ortaya çıkar çünkü bir ölçüde siz müvekkilinizin arabulucudan ve de diğer taraftan korunması gerektiğini hissedersiniz. Bu durum özellikle müvekkilin davasının esaslarına ilişkin inatçı bir görüşe sahipseniz geçerlidir. Sizin tutumunuz muhtemelen 'hukuki kutu'nun dışına çıkamamanızdan kaynaklanır (Bkz. Şekil 1¹⁶). Müvekkilinizin daha geniş bağlamdaki menfaatlerine bakın ve arabulucunun haklı olup olmadığını nesnel biçimde değerlendirmeye çalışın - acaba biraz arka planda durmanız müvekkiliniz için daha iyi midir yoksa arabulucu kendi kişisel planları böyle olduğu için her şeyi riske mi atmaktadır? Burada kendinizi bir kişisel çatışma içinde bulabilirsiniz çünkü orada olma nedeninizin işinizi yapmak olduğunu ve para aldığınız işi yaparken görülmeniz gerektiğini hissedersiniz. Ancak müvekkilinizi serbest bırakmanız gereken zamanlar da olabilir.

Aynı şekilde, diğer tarafın veya arabulucunun makul davrandığını fakat kendi müvekkilinizin aksi ve irrasyonel davrandığını ve her ölçüye göre söz konusu bir anlaşmanın kendisi için iyi olduğunu ve muhtemelen dava sürecinin sonucunda ulaşılamayacak bir sonuç olduğunu görmesini sağlayamadığınızı düşünebilirsiniz. Bu durumda arabulucuyu görüşleriniz ve talimatınız arasında oluşabilecek olası bir çatışmayı önlemek için bir set olarak kullanmanız gerekir.

Bu senaryoların ikisi de nadir durumlar değildir ve acemi arabuluculuk taraf vekili bunların meydana gelmesi halinde gereğinden fazla endişelenmemelidir. Arabulucu bu dinamiklerin farkında olacaktır. Sizin de bunlara karşı tetikte olmamanız için bir neden yoktur.

Sürecin bir kısmının, hatta ritüelin bir kısmının arabuluculuğun tarafların kendileri ve birbirleri hakkında daha çok şey öğrenmelerine yardım etmek olduğunu dikkate alın. En iyi anlaşma yolu her iki tarafın da fikir değişikliğine gitmesidir - arabulucu hem tavizi hem de barışmayı amaçlayacaktır. Aksi halde eğer taraflar 'ya hep ya hiç' yaklaşımını sürdürürlerse geri döndürülemez şekilde mahkemeye doğru yol alacaklardır.

5.24 Anlaşma Tutanağı

Tarafların yapılabilir, kapsamlı (hem uyuşmazlık açısından hem de dahil edilen diğer daha geniş bağlamdaki konular için) ve uygulanabilir bir anlaşmayı kabul etmeleri çok önemlidir. Müvekkilinizin avukatı olarak, anlaşma formunun doğru olmasını sağlamanız hayati önemdedir.

¹⁶ Bkz. s. 43

Taraf vekili olarak da anlaşmanın uygulanabilir olmasını sağlamak sizin rolünüzün bir kısmıdır. Şartlar kesin, spesifik, etkili, uygulamalı ve tam olmalıdır, özellikle kimin ne yapacağını, ne zaman ve hangi kesin sonuçlarla yapacağını belirlemelidir. Genellikle taraflardan birinin anlaşmaya uymaması durumunda veya anlaşmanın uygulanamaz çıkması durumunda ne yapılacağına ilişkin bir hükmün eklenmesi gerekir.

Anlaşmanın muhtemel ana başlıklarını içeren bir taslağı ve eğer dava süreci devam ediyorsa bir genel Tomlin (Durdurma) Emri formunu yanınıza almanız iyi olacaktır. Eğer anlaşma kabul edilen standart bir formda veya teamülde bulunan şartları içeriyorsa bunu da yanınıza almayı unutmayın. Aksi takdirde muhtemelen çok uygunsuz bir anda bu belgenin nerde olduğunu bulmak zorunda kalabilirsiniz.

Anlaşmaya yaklaştığınızda özel oturumu gerçekleştirdiğiniz odada teklif edilen anlaşmanın bir taslağını oluşturmaya başlamalısınız. Yapıyı, şekli ve içeriği mümkün olduğunca erkenden müvekkilinizle tartışın, çünkü arabuluculuk ilerledikçe yapıyı ortaya koyabilirsiniz. Bu ayrıntılara odaklanmanıza yardımcı olacak ve müvekkilinizin kişisel planlarının bağlama dahil edilmesini sağlayacaktır.¹⁷ Bu noktada - asıl anlaşmadan önce - müvekkiliniz anlaşmanın hayata geçirilmesine ilişkin uygulamalar hakkında somut bir bilgiye sahip olmalıdır.

Çok az ve çok fazla ayrıntı arasındaki dengeyi sağlama konusunda dikkatli olun. Çok aşırı ayrıntıcı olmayın. Bunun muhtemelen uzun bir günün sonunda oldukça geç ve hatta çok geç bir zamanda olacağını unutmayın. Arabulucuyu anlaşma taslağının hazırlanması sırasındaki ilerleme hakkında bilgilendirmek isteyebilirsiniz ve problemlerin ortaya çıkması durumunda bunu kesinlikle yapmalısınız.

Doküman hazırlanırken kendi tarafınızdaki karar vericiye kesin biçimde kimin imza sahibi olması gerektiğini sormalısınız. Hukuken yeterli düzeyde örtük yetkiye muhtemelen sahip olsanız bile, belgeyi sizin imzalayacağınızı varsaymayın veya bunu somut biçimde yetki almadan yapmayın.

Anlaşmanın mahiyetinden bağımsız olarak, bazı standart hükümlerin eklenmesini isteyebilirsiniz. Bu hükümler aşağıdaki hususları ele almalıdır:

- Gizlilik;
- İlgili bir yasa veya yargı yetkisi alanı seçimi;

17 Bkz. York, Stephen D, Preparing Your Client for Mediation Resolutions [Arabuluculuk Çözümleri için Müvekkilinizi Hazırlamak] issue 17 Summer 1997.

- Taraflar arasındaki anlaşmanın tamamı;
- Gelecekteki uyuşmazlıkları ele almak için önceden belirlenmiş bir mekanizma;
- Bu anlaşmanın ihlal edilmesi halinde esas dava nedeninin tekrar uygulamaya konup konmayacağı.

Anlaşmaya özgü hükümlerin şu konularda kesin olması gerekir:

- Ödeme: Kim ödeyecek, ödeme kime yapılacak ve ne kadar ödenecek;
- Ödeme şeklinin nasıl olacağı;
- Ödemenin tek seferde mi aşamalı olarak mı olacağı;
- Ödenmeme hali için mekanizma;
- Faiz alımı;
- Dava sürecinin giderleri;
- Arabuluculuğun giderleri;
- Varsa kamuya açık beyanlar;
- Sürecin sonlandırılması veya süreçten çekilme;
- Varsa uygulanabilirlik ile ilgili özel hükümler;
- Kimin imza sahibi olacağı, statüsü veya yetkisi.

Tarafların yalnızca anlaşmanın genel başlıkları hakkında anlaşmaya varabildikleri durumlar olacaktır, fakat bundan mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Anlaşmanın taslak genel başlıkları hakkında anlaşmaya vararak arabuluculuğun sonunda bir saat kazanmak; tarafların tartışmanın asıl konusundan, neyin kabul edildiğine ilişkin bir tartışmaya kaydığı başka uyuşmazlıkların ortaya çıkması riskine maruz kalmasına neden olur. Tarafların amaçlarının basit tutulması ve en azından tarafsız bir okuyucunun tam olarak ne konuda anlaşmaya varıldığını somut biçimde anlayabileceği düzeyde yeterli ayrıntı bulunması çok önemlidir. Eğer işlemin tekniklerinin karmaşıklığını eklemeye zaman yoksa veya örneğin, vergi sonuçları hakkında henüz tavsiye verilmemişse veya bunlar henüz çözümlenmemişse, en azından anlaşmanın kendisi ile uygulanması için gereken teknikler arasında somut bir ayırım ortaya koyun.

5.25 Zaman Kısıtlı Arabuluculuk

Bir anlamda, tüm arabuluculuk faaliyetleri zaman kısıtlamaları tarafından yönetilir. Fakat bazı dava tarafları ve vekilleri arabuluculukla ilk kez tarafların daha önceden arabuluculuğu kabul etmediği durumlarda mahkeme gözetimindeki programlara katılmalarının istenmesi üzerine tanışabilirler.

Tarafların bir mahkeme gözetiminde program kullanmaksızın arabuluculuğun iki veya dört saat veya yarım gün gibi bir süreyle kısıtlanmasını kabul etmeleri mümkündür. Süre kısıtlaması müzakere edilecek konunun tek ve dar bir konu olması durumunda maliyet tasarrufu aracı olması nedeniyle hedeflenebilir veya taraflar bu sürede bir anlaşmaya varılamazsa muhtemelen hiçbir zaman varılamaz gibi hatalı bir varsayımda bulunabilirler.

Her iki durumda da, taraf vekili, görünüşte belirli aşamalardan geçmek ve ayrıntılı müzakereler gerçekleştirmek için zamana ihtiyaç duyulan sürecin kısa kesilmesi veya konsantre hale getirilmesi ile nasıl başa çıkmalıdır? Buradaki cevap bir ölçüde arabulucunun yaklaşımına bağlıdır. Bazıları arabuluculuğu sanki hiçbir zaman kısıtlaması yokmuş gibi tam olarak aynı şekilde yürütmeyi deneyeceklerdir. Eğer arabulucu böyle yaparsa benzer olayları ve süreci daha kısa sürelerle sığdırmaya çalışacak ve tatmin edici bir sonuca varmayı umacaktır. Fakat daha deneyimli ve kendine güvenen arabulucular muhtemelen sürecin daha az önemli kısımları atacak ve daha önemli olanlara odaklanacaklardır. Örneğin, arabulucu ortak açılış oturumundan tamamen vazgeçebilir veya bu oturumu sınırlandırabilir. Buna ek olarak, özel oturumlarda da kesilip atılabilir. Mutlaka, her iki tarafın da ön duruşlarını belirlemeleri süreci kısaltılacaktır ve teklifler tam günlük bir arabuluculuğa kıyasla çok daha önceden beklenecektir. Bir diğer ifadeyle, arabulucu sürecin yönetimine ilişkin daha odaklanmış bir yaklaşım benimseyecektir ve taraflar konuları kapsamlı biçimde tartışmaktan vazgeçirecektir.

Bekleneceği üzere, zaman kısıtlı arabuluculuklar, özellikle de mahkemenin normalde isteksiz olan bir tarafı arabuluculuğu denemeye ittiği durumlarda daha yüksek başarısızlık oranlarına sahiptir. Ancak, başarılı zaman yönetimi sağlayabilen deneyimli bir arabulucunun ellerinde, bu süreç müvekkile gerçek anlamda parasının karşılığını sunar çünkü mekandan kaynaklı veya arabuluculuk hizmeti sağlayıcının idaresine ilişkin bir maliyet yoktur. Ek olarak, hem mahkeme gözetimindeki programlar hem de zaman kısıtlı arabulucular sabit ücret talep edeceklerdir.

Her arabuluculukta olduğu gibi, başarının anahtarı, arabuluculuk öncesinde yapılan hazırlığın miktarıdır. Zamanın kısıtlı olması temsilcinin gerekli hazırlıkları yapmaktan kaçınabileceği anlamına gelmez. Bunun tam tersi geçerlidir. Arabuluculuğa katılmadan önce, yükümlülük ve miktar ve faiz ve nedensellik konusundaki argümanlar da dahil olmak üzere kendi davanızın güçlü ve zayıf yanlarına ilişkin derinlemesine bilginiz olması gerekir; diğer tarafın davasına ilişkin de hemen hemen aynı bilgiye sahip olmanız; her iki tarafın da hem tarihi hem tahmini maliyet pozisyonuna ilişkin ayrıntılı bilgiye sahip olmanız gerekir. Dolayısıyla o güne kadarki giderleri, randevunun muhtemel gününü tahmini olarak ne kadar süreceğini ve maliyetinin ne olacağını bilmelisiniz.

Arabulucuya sunulan temel dokümanlar dosyası fazlasıyla sınırlı olacaktır ve bu durumda çoğu zaman içerikleri yalnızca dava beyanlarından oluşacaktır. Eğer zamanı olursa arabulucu sizinle daha önceden temasa geçebilir, fakat yine de bu çok olası değildir. Mahkeme gözetimindeki programlarda aşırı derecede düşük ücret alacaktır. Ayrıca özel sektördeki sabit ücretler de arabulucunun arabuluculuk öncesinde çok az okuma yapabilmesine imkan tanır.

Arabuluculuğa gelmeden önce, yanınızda ne getireceğinizden ve nasıl ilerleyeceğinizden emin olmalısınız. Taktikleriniz çok sofistike olmamalıdır. Ayrıca arabuluculuğun her aşamasında diğer tarafın kendileri için de bir kazanç olduğu konusunda ikna edilmesi gerekecektir.

Nesnel kriterlerden oluşan bir liste yapın: Şu anda sahip olmadığınız ve saat 19.00'a kadar (veya 14.00'e kadar) ulaşmak istediğiniz şeyleri belirleyin. Daha sonra süreci değerlendirin: En etkili şekilde istediklerinizi nasıl elde edebileceğinizi düşünün. Kendi zamanınızı ve diğer katılımcıların zamanlarını en etkili şekilde kullanacak bir bakış açısı edinin. Çerçeveye kısa zaman parçaları koyun. Arabulucunun pozisyonunuzu sorduğu anda hangi yüksek rakamı ve hangi düşük rakamı talep edeceğinizi bilin. Bu sizin müzakere aralığınız olacaktır. Arabulucuyla bu rakamlar arasında farkın neden olduğunu açıklayabilecek durumda olun. Bu farkın kapanmasının ne kadar mal olacağını, özellikle de bu farkın davanın yargıya gitmesinin maliyetinden az olup olmadığını bilin. Bu son teklifi kabul etme veya süreçten ayrılma konusunda belirleyici bir faktör olabilir.

Eğer sigortacılar adına hareket ediyorsanız, onlardan kendi risk maliyet analizlerini sunmalarını isteyin. Arabulucu bunu talep edebilir. Davalılara kesinlikle ne tür bir anlaşma istediklerini soracaktır ve bunun davacı tarafın müzakere aralığına girmesini sağlamayı umacaktır.

Ne kadar kısa olsa da bunun müvekkilinizin mahkemede hesaplaşması olduğunu unutmayın. Oturumun sonunda kendisini rahat hissedeceği bir anlaşmaya ulaşmak için müzakerelerde bulunmaya yardımcı olun. Sadece zaman kısıtlamasından dolayı bir anlaşmaya varma konusunda zorbalığa maruz kalmasına izin vermeyin. İstemeyerek de olsa, diğer taraftan gelen ve sizin daha da geliştirilemeyeceğini düşündüğünüz bir teklifi anladığından ve bu tekliften memnun olduğundan emin olun.

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 6

ARABULUCULUK AYRICALIĞI VE GİZLİLİK

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 6 ARABULUCULUK AYRICALIĞI VE GİZLİLİK¹

6.1 Arabuluculuk Ayricalığının Varlığı

Arabuluculuğun mahkemeler tarafından giderek hukuksallaştırılmasına ilişkin en somut görüşlerden biri arabuluculuk sürecine atfedilen ayrıcalığın ve gizliliğin incelenmesi ve bu yapılırken de arabulucunun gelecekte mecbur tutulabilirliğinin dikkate alınmasıdır. Arabuluculuk eğitmenleri ve arabuluculuk hizmeti sağlayıcılar uzun zamandır arabulucunun yargılamada uyumsuzluğa ilişkin, anlaşmaya varılmış olsun veya olmasın, önceden gerçekleştirilen arabuluculuğun içeriğine ilişkin tanıklık etmeye mecbur tutulamayacağı temelinde çalışmalarını sürdürmüşlerdir. Arabuluculara sağlanan bu güvenlik hissi genellikle tarafların arabuluculuk anlaşmasında sunduğu sözleşmesel bir koruma kaynaklıdır. Sektör için, arabuluculuğun özü sürece katılan kişilerin her durumda dürüst olabileceklerine ve birbirlerine karşı açık sözlü davranabileceklerine olan güvenlerine ve de söyledikleri herhangi bir şeyin veya sadece arabuluculuk amaçları doğrultusunda ortaya konulan dokümanların veya bir anlaşmaya varma çalışmaları yolunda vermeyi seçtikleri bir ödünün daha sonra mahkeme süreçlerinde delil olarak sunulması korkusu olmadan arabulucuya güvenebilmelerine dayanır.

Teamül hukuku ülkeleri bu konuda mahkemenin arabulucuya nasıl bir koruma sunacağı konusundaki yaklaşımlarıyla birbirlerinden ayrılırlar. Sayın Yargıç Michel Kallipetis tarafından gerçekleştirilen analize göre, iki farklı görüş vardır: Bazı yargı yetkisi alanları arabuluculuğun 'yardımlı ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakereler'den fazlası olmadığını düşünürken, diğerleri arabuluculuğun tamamen kendine özgü bir ayrıcalığının olduğunu düşünmektedirler. İlk görüşte, mahkemeler arabuluculuk ayrıcalığını veya gizliliğini aşına olduğumuz ve kolaylık açısından aşağıda listelenen bazı alışılmış zorluklara tabi olduğunu düşünürler. İkinci görüşte ise, bazı ülkeler arabuluculuk ayrıcalığını mutlak kabul eder ve arabuluculukta ortaya konulan delillerin hiçbirini kabul etmezken, bazıları da bu tür bir ayrıcalığın var olduğunu kabul ederken, aynı zamanda 'hukukun menfaatine' olduğunu düşündükleri delillerin mahkeme tarafından kabul edilmesine izin verirler.

¹ Bu bölüm için, ilk olarak Kasım 2009'da Hong Kong Barosu'nda bu konuda sunduğu bir çalışmadan faydalanmama izin verdiği için, öncü bir arabulucu ve Baro AUÇ Komitesi eski başkanı Sayın Yargıç Michel Kallipetis İCI Arb'a teşekkür borçluyum.

Arabuluculuğun giderek daha yaygın hale geldiği ve dava açmak yerine arabuluculuğa başvurmanın yargı tarafından daha çok teşvik edildiği dikkate alındığında, arabuluculuk gizliliği ve ayrıcalığı sorusunun ciddi anlamda incelenmesi ve bu konuda bir tür fikir birliğine varılması gerekmektedir.

İngiltere ve Galler'de mahkemeler arabuluculuğun bu yanını değerlendirmek için pek çok kez müdahalede bulunmuşlardır. Biraz daha geniş kapsamlı bir başlangıç noktası olarak, Unilever plc ve Proctor and Gamble² davasındaki tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakerelere ilişkin olarak, anılan müzakerelerde yapılan beyanların daha sonraki mahkeme sürecinde kabul edilmesine ilişkin mahkemenin yaklaşımı hakkında hukuki analiz ele alınabilir. Burada davacı, tüm haklar saklı kalma kaydına tabi oturumda ortaya konulan beyanları bir patentin ihlal edilmesi tehdidine karşı açılan davayı desteklemek için, o oturumda ileri sürüldüğü söylenen tehditlere dayanarak kullanmak istemiştir. Sayın Yüksek Yargıç Laddie'nin süreci bir istismar olarak değerlendirerek sonlandırma kararı Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Sayın Yüksek Yargıç Walker tüm modern otoriteleri incelemiş ve temel ilkeleri aşağıdaki gibi özetlemiştir [sayfa 2444 D'den 2445 G'ye]:

1. Konunun tüm haklar saklı kalma kaydına tabi görüşmelerin karara varılmış bir anlaşmanın sonuçlanıp sonuçlanmadığı olduğu durumda, bu görüşmeler mahkemede kabul edilebilir: Tomlin ve Standard Telephones and Cables Ltd Davası³
2. Müzakere delilleri müzakere sırasında taraflar arasında varıldığı bariz olan bir anlaşmanın yalan beyan, dolandırıcılık veya usulsüz etki gerekçeleriyle feshedilmesi gerektiği durumda da kabul edilebilir: Underwood ve Cox Davası⁴
3. Anlaşma kararına varılmamışsa bile, müzakere taraflarından birinin diğer tarafın tasarrufta bulunmayı planladığı veya gerçekten bulunduğu konuda yaptığı açık bir beyan önceden yapılan beyanın değiştirilmesinin yasaklanmasına neden olabileceği gerekçesiyle kabul edilebilir. Bkz. Neuberger J, Hodgkinson & Corby Ltd ve Wards Mobility Services Ltd Davası⁵

² [2000] 1 WLR 2436

³ [1969] 1 W.L.R. 1378

⁴ (1912) 4 D.L.R. 66

⁵ [1997] F.S.R. 178

4. Karara varılmış anlaşma veya önceden yapılan beyanın değiştirilmesinin yasaklanması dışında, delilin ortaya konmamasının yalancı tanıklığın, şantajın veya diğer 'bariz uygunsuzlukların' üstünün örtülmesine neden olması durumunda taraflardan birine diğer tarafın tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakerelerde söylediği veya yazdığı bir şey hakkında delil sunma izni verilebilir. Ancak, mahkeme yalnızca ayrıcalıklı bir durumdaki en somut istismar davalarında bu istisnanın uygulanmasına izin verir: Forster ve Friedland Davası⁶
5. Müzakerelerin delilleri (örneğin, kovuşturma yokluğu nedeniyle davanın düşürülmesi başvurusu hakkında) bir gecikmeyi veya bariz bir kabulü açıklamak için verilebilir, fakat bu istisna bu tür mektupların yazılmış olması ve yazıldıkları tarihler ile sınırlıdır: Walker ve Walker Davası⁷
6. Açık biçimde "giderler hariç tüm haklar saklı kalmak kaydıyla" olarak yapılan bir teklif için yapılan istisna açıkça anlaşılır biçimde taraflar arasındaki kamu politikası kuralını çeşitlendirme amaçlı açık veya örtük anlaşma olarak görülür: Rush & Tompkins ve GLC Davası⁸

Kallipetis, Sayın Yüksek Yargıç Robert Walker'ın (sayfa 2448H'den 2449B'ye kadar) hakimın tüm haklar saklı kalma kaydı kuralının kısmen kamu politikası kısmen de tarafların anlaşması tarafından konulduğunu tekrarladığı gözlemlerinin özellikle arabuluculuk ayrıcalığı konusu açısından önemli olduğuna inanmaktadır. Modern yaklaşım tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakerelerde kişilerin menfaatlerine ters düşen kabulleri korumaktır -

"belirlenebilir kabulleri ayırmak ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabi iletişimlerin diğerlerindeki korumayı kısıtlamak (özel bir neden olması haricinde) yalnızca uygulamada çok büyük zorluklar yaratmakla kalmayacak aynı zamanda da taraflara "anlaşmaya varmaya çalışırken davanın hem olgusal hem de hukuki tüm konularında serbest biçimde konuşabilmeleri ve bir anlaşmaya varabilmek için belirli olguları kabul etmeleri" konusunda koruma sağlama yönündeki altta yatan hedefe ters düşecektir" (Rush ve Tomkins Davası'ndan⁹ Lord Griffiths'ten alıntıdır).

⁶ C.A. (Civil Division) Transcript No. 205 of 1993

⁷ 23 Q.B.D. 335

⁸ [1989] AC 1280

⁹ [1989] A.C.1280 at 1300

Daha önce bu çalışmada da belirtildiği üzere, Halsey ve Milton Keynes General NHS Trust Davası¹⁰ Temyiz Mahkemesi'nin tarafları uyuşmazlıklarını çözmeleri konusunda teşvik etmesiyle çığır açan bir karardır. Temelde makul olmayan biçimde arabuluculuğu reddeden kişilere verilen maddi yaptırımlara odaklansa da, Sayın Yüksek Yargıç Dyson arabuluculuk kullanımına ilişkin olarak [14]'te daha geniş çapta gözlemlerde bulunmuştur:

“Başlangıçta tarafların AUÇ'de istedikleri pozisyonu alma hakkına sahip olmalarının ortak bir zemin olduğunu açıkça ortaya koyuyoruz (ve kabul ediyoruz) ve eğer sonuç olarak uyuşmazlıkta anlaşmaya varılamazsa, bu mahkemeyi ilgilendiren bir konu değildir. Baro tarafından da ileri sürüldüğü üzere, eğer arabuluculuk sürecinin bütünlüğü ve gizliliğine saygı duyulacaksa, mahkemenin sürecin neden anlaşmayla sonuçlanmadığını bilmemesi ve dolayısıyla araştırmaması gerekir.”

Bunun ardından, Reed Executive plc ve Reed Business Information Ltd Davası'nda,¹¹ taraflardan birinin makul olmayan biçimde arabuluculuğu reddettiği iddiasıyla bir giderlerin karşılanması talebi ileri sürmek için mahkemeden tüm haklar saklı kalma kaydına tabi yazışmalara bakması istenmiştir. Temyiz Mahkemesi Halsey'in maddi hukuku değiştirdiği yönündeki önermeleri reddetmiştir, yani tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakerelere verilen korumanın istisnai durumlar dışında mahkeme tarafından kaldırılamayacağını belirtmiştir.¹²

Venture Investment Placement Ltd ve Hal Davası'nda¹³ mahkeme bir tüm haklar saklı kalma kaydına tabi tartışmanın içeriğinin açıklanmasının önlenmesi yönünde karar vermiştir. Sayın Yargıç Reid doğru biçimde şu gözlemde bulunmuştur [paragraf 11'de]:-

“Arabuluculuk sürecinin gerçekten büyük bir özenle korunması gerekir. Arabuluculuk faaliyetlerinin tüm amacı tarafların birbirlerine karşı dürüst ve açık olabilmeleridir ve arabuluculuk faaliyetleri sırasında ortaya çıkan şeyler arabuluculuğun başarısız olması halinde daha sonra dava sürecinde taraflardan birinin lehine veya aleyhine kullanılamaz.”

¹⁰ [2004]1 WLR 3002

¹¹ [2004] 1 WLR 3026 per Jacob U [14]

¹² Walker ve Wilsher Davası'nda ileri sürülen kanun (1889) 23 QBD 335

¹³ [2005] EWHC 1227 (Ch)

6.2 Arabuluculuk Ayrıcalığına İtirazlar

Ancak, mahkemelerin taraflara arabuluculukta ortaya konulan bazı delilleri daha sonra gerçekleştirilen dava sürecinde ileri sürmelerine izin verdikleri bazı kararlar da olmuştur. Buradaki eğilim ' tüm haklar saklı kalma kaydı' çizgisini takip etmek ve delilleri tarafların bizzat bu ayrıcalıktan feragat ettikleri durumlarda kabul etmek veya mahkemenin delilin Unilever plc ve Proctor and Gamble davasında Walker Li tarafından ortaya konulan istisnalardan biri kapsamında kabul edilebilir olduğu yönünde ikna edildiği durumlarda kabul etmek şeklindedir.

Brown ve Patel Davası'nda¹⁴ Bayan Rice, Bay Patel'e mülk sattığını iddia etmiştir. Bayan Rice'ın tasfiye memuru Bay Brown, İflas Kanunu s.339 kapsamında Bay Patel'e satışın değerinin altında yapıldığı iddiasıyla dava açmıştır. Bayan Patel buna itiraz etmiş ve üç günlük bir duruşma belirlenmiştir. Duruşmadan kısa süre önce bir arabuluculuk oturumu gerçekleştirilmiştir ve bunun için taraflar standart biçimli bir AUÇ Grubu arabuluculuk anlaşması imzalamışlardır. Bu anlaşmada (başka şeylerin yanı sıra) şunlar ifade edilmiştir:

- (a) Halihazırda mahkemede açıklanmış olanlar haricinde, arabuluculuk için hazırlanan beyanlar ve dokümanlar için gizlilik uygulanacaktır, ve
- (b) Yazılı hale getirilmediği ve taraflar tarafından imzalanmadığı sürece hiçbir anlaşma hukuki olarak bağlayıcı olmayacaktır.

Arabuluculukta tarafların imzalayacağı yazılı bir anlaşmaya varılamamıştır. Yargılamada ortaya çıkan ilk husus uygulanabilir, kabul edilmiş bir anlaşma olup olmadığı olmuştur ve hakim her ne kadar daha sonradan bu tür delillerin kabul edilemez olduğuna karar verebilecek olduğunun farkında olsa bile, arabuluculuğun daha sonraki aşamalarında neler olduğuna dair deliller sunulmasına karar vermiştir. İlk olarak tüm haklar saklı kalma kaydına ve bu kuralın etkisine ilişkin istisnalara değinmiştir. Arabuluculuğu "yardımlı ve tüm haklar saklı kalma kaydına tabi bir müzakere" olarak tanımlamış ve özel bir ayrıcalık statüsü olmadığını belirtmiştir.

¹⁴ [2007] EWHC 625 (Ch)

Her ne kadar bir tür özel arabuluculuk ayrıcalığının olduğu veya ortaya çıkmaya başladığı tartışılsa da, gelecekte bu tür bir ayrıcalığın düşünülmesinin gerekebileceğini ifade etmesine rağmen, buna ilişkin mevcut bir otorite olmadığını belirtmiştir. Arabuluculuğu tüm haklar saklı kalma kaydına tabi bir müzakere olarak görmesine dayanarak, bu tüm haklar saklı kalma kuralına ilişkin, delillerin kabulüne izin veren istisnaların arabuluculuk için de geçerli olduğunu ileri sürmüştür.

Muller ve Linsley & Mortimer¹⁵ Davası ve Tomlin ve Standard Telephones and Cables Davası'ndaki kararları uygulayan hakim, mahkemenin tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakereler yoluyla ortaya çıkarılan bağlayıcı bir sözleşmeyi bulabileceğini ve uygulamaya koyabileceğini ileri sürmüştür ve bu tür bir kararı verebilmesi için tüm haklar saklı kalma kaydına tabi olayları, dokümanları ve teklifleri değerlendirmesi gerektiğine karar vermiştir.

Hakimin arabuluculukta ortaya konulan delilleri neden dinlememesi gerektiğine ilişkin ileri sürülen fakat hakim tarafından reddedilen pek çok argümanlar bazıları şunlardır: -

- (a) Arabuluculuk anlaşmasında yer alan Madde 1.4 yazılı hale getirilmediği ve taraflar tarafından imzalanmadığı sürece hiçbir anlaşmanın hukuki olarak bağlayıcı olmadığını açık biçimde ortaya koymuştur. Bu da gerçekleşmediği için, ortada bir anlaşma yoktur ve sanki bir anlaşmaya varılmış gibi delillerin alınması faydasızdır ve arabuluculuk sürecinin kendi kendine dayattığı formalitelere uymadığı sürece, hiçbir mahkeme burada (aksi şekilde) uygulanabilir bir anlaşma tutanağı bulamaz.
- (b) Arabuluculuk anlaşmasının gizlilik hükümleri tarafların olanlara ilişkin delil sunmalarını engellemektedir. Ancak, mahkeme ilk argümanı reddettiği için, arabuluculukta ortaya konulanların incelenmesinin önlenmesi için ikinci gerekçe etkili biçimde çürütülmüştür ve bu hükmün hakimin basitçe bir tüm haklar saklı kalma kaydına tabi müzakere olarak değerlendirdiği arabuluculuk sırasında mutabakata varılmış bir anlaşma olup olmadığının incelenmesini önlemeyeceği kabul edilmiştir.

Her ne kadar yediemin tarafından kabul edilmiş bir teklif 'masada bırakılmış' olsa da, hakim teklifin şartları açısından yeterince açık olmadığına; ve ayrıca arabuluculuk anlaşmasındaki Madde 1.4'ün hükümlerinin karşılanmadığına karar vermiştir.

¹⁵ [1996] PNLR 74

Dolayısıyla tarafların 'sözleşmeye tabi' şartlara ilişkin anlaşmaya vardıklarına karar vermiştir. Kabul edilmeye açık bir teklif bırakmayı kabul ederek Bayan Patel'in Madde 1.4'ün şartlarını değiştirdiği veya bunlardan feragat ettiği yönündeki argümanı reddetmiştir. Mutlak surette, tekliflerin bu aşamada sıklıkla açık bırakıldığını, böylece arabuluculukta bir anlaşmaya varılmış olmasından dolayı arabuluculuk anlaşmasının bir gün sonra hala geçerli bir teklif ve kabul üzerinde bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir.

2007 ve 2008 yıllarında trendin arabuluculuk gizliliğinin korunması yönüne doğru kaydığı görülmüştür. Cattley ve Pollard Davası'nda¹⁶ arabuluculuk taraflarından birine daha sonraki işlemlerle ilgili olan arabuluculuk dokümanlarını açıklaması emredilmiştir. Earl of Malmesbury ve Strutt ve Parker Davası'nda¹⁷ hakim diğer şeylerin yanı sıra her iki tarafın da arabuluculuktan önce verdikleri tekliflere ilişkin sundukları delilleri değerlendirdikten sonra giderlere ilişkin bir hüküm vermiştir. Kendilerinin bildikleri bir nedenden dolayı, avukat arabuluculuk içeriğinin açıklanması gerektiğini kabul etmiştir ve yalnızca tarafların gizlilik hakkı bulunduğu ve rıza ile bu haktan feragat edilebileceği varsayılmıştır.

Ancak Cumbria Waste Management ve Baines Wilson Davası'nda farklı bir sonuç ortaya çıkmıştır.¹⁸ Burada, Çevre, Gıda ve Kırsal İşler Bakanlığı (DEFRA) 2001 yılı bahar ve yaz dönemlerinde ortaya çıkan şap hastalığından kaynaklanan bir dizi davayla karşı karşıya kalmıştır ve bu İngiliz tarım ve turizmde bir krize neden olmuştur. Cumbria ile arabuluculuk yoluyla erkenden bir anlaşma sağlanmıştır. DEFRA tarafından ödenen miktarla tatmin olmayan Cumbria özgün sözleşmeyi hazırlayan avukatlara dava açmıştır. Bu avukatlar ulaşılan anlaşmanın ne derece makul olduğunu araştırmak için arabuluculuk belgelerinin açıklanmasını istemişlerdir. Kaçınılmaz olarak DEFRA'nın tüm haklar saklı kalma kaydı ayrıcalık iddiasının üstesinden gelebilmek için Muller'a güvenmişlerdir. Fakat hakim arabuluculukta yapılan beyanların doğruluğu veya yanlışlığının avukatlara karşı açılan davada tartışılacağını bulabilmiştir. DEFRA arabuluculukta yapılan beyanların bir kere açığa çıkarıldıktan sonra benzer şirketler tarafından bundan sonraki davalarda etkili biçimde delil olarak kullanılabileceğini ileri sürerek başarılı biçimde itirazda bulunmuştur. Avukatlar tüm haklar saklı kalma kuralına ilişkin Muller istisnası konusunda mahkemeyi ikna edememişler ve açıklama talebi reddedilmiştir.

¹⁶ [2007] Ch 353

¹⁷ [2008] EWHC 424 (QB)

¹⁸ [2008] EWHC 786

Bu alandaki en geniş kapsamlı tartışma Farm Assist Ltd ve DEFRA (No.2) Davası'nda Sayın Yargıç Ramsey tarafından verilen karar ile ortaya çıkmıştır.¹⁹

Bu davada, baş arabulucu olan Jane Andrewartha'nın, arabuluculukta anlaşmanın olduğu koşullara ilişkin ifade vermek üzere kendisinin tanık olarak çağrıldığı celbi iptal ettirmek için yaptığı başvuruyu reddetmiştir; çünkü Farm Assist'ten bir tasfiye memuru arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin yaklaşık dört yıl sonra itirazda bulunarak arabuluculuktaki anlaşmanın DEFRA'nın ekonomik zorlaması ile sağlandığını ileri sürmüştür.

DEFRA bu iddiaya Farm Assist'in elinde bulunan ve hukuki tavsiye ve bilirkişi tavsiyesi içeren ve arabuluculukta DEFRA ile anlaşmaya varma kararına doğru giderken aldığı tüm dokümanların açıklanmasını isteyerek karşılık vermiştir; bunlar arabuluculuk sırasında ve sonrasında, arabulucunun bulunduğu veya bulunmadığı tüm ortamlarda verilen tavsiyeleri içermektedir. Farm Assist, hukuk mesleği ayrıcalığının bu açıklamayı yapmasına izin vermemesine dayanarak buna itiraz etmiştir. DEFRA kendilerine dava açarak Farm Assist'in bu ayrıcalıktan feragat ettiğini ve bunun Farm Assist'in arabuluculuktaki düşünce şeklini somutlaştırdığını ileri sürmüştür.

Farm Assist Ltd ve DEFRA (No.1) Davası'nda²⁰ daha önceden Sayın Yargıç Ramsey bu tavsiyelerin hukuk mesleği ayrıcalığı nedeniyle açıklanabilir olmadığını ileri sürmüştür ve işlemlerin konusunun kendi başına Farm Assist'in tasfiye memurlarının bu ayrıcalıktan feragat ettiği anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Hakim aynı zamanda davayı düşürmeyi de reddetmiştir ve dolayısıyla tarafların dikkati DEFRA tarafından ekonomik zorlama ile Farm Assist'e yapıldığı iddiaya yönelik bizzat arabulucunun önemli bir tanık olarak çağırılıp çağırılmayacağına yönelmiştir. Arabulucunun konuyla ilgili yorumların yapılmış olabileceği ortak toplantılara katılmış; taraflar arasında teklif ve bilgi getirip götürmüş ve onlarla anlaşma şartlarını gizli biçimde tartışmış olması mümkündür.

¹⁹ [2009] EWHC 1102 TCC

²⁰ [2008] EWHC 3079 TCC; [2008] All ER (D)124

Birleşik Krallık'ta daha önce bir arabulucunun delil sunmaya mecbur tutulması yönünde bildirilmiş bir dava olmadığı için, bir tanık çağrısının, özellikle de her iki tarafın da rıza gösterdiği bir durumda geçerli olup olmayacağı önemli bir sorudur (tasfiye memurları arabulucunun halihazırda arabuluculuğun içeriğine ilişkin elinde herhangi bir belge veya konuya özgü bir hatırasının olmadığını belirtmesinden dolayı bunu kabul etmişlerdir).

İlgili imzalı arabuluculuk anlaşması (2003 tarihli) açık biçimde arabuluculuğun varlığına ilişkin olarak ve de arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkan tüm bilgilere ilişkin gizlilik öngörmüştür. Bunun içinde anlaşma şartları, spesifik "tüm haklar saklı kalma kaydı" ayrıcalığı kapsamındaki dokümanlar bulunmaktadır ve ayrıca arabulucunun "uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir dava veya tahkim sürecinde tanık, danışman, hakem veya bilirkişi olarak çağırılmaması gerektiği ve arabulucunun tarafların yazılı kabulü olmaksızın bu tür bir kapasiteyle gönüllü olarak hareket edemeyeceği" ifade edilmiştir.

Hakim anlaşmada yazılan arabulucunun tanık olarak çağırılması konusundaki kısıtlamanın söz konusu uyuşmazlık ile sınırlı olduğunu yorumlamış ve başka bir uyuşmazlığı, yani taraflardan birinin ekonomik zorlama kullanılarak arabuluculuk sırasında anlaşmaya varmaya zorlanması konusunu kapsayacak kadar geniş olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla uygulayıcıların standart biçimli arabuluculuk anlaşmalarındaki ifadeleri, tarafların söz konusu faaliyetten sonra arabulucuyu kullanmaları konusundaki kısıtlamaların genişliği açısından dikkatle kontrol etmeleri tavsiye edilir.

Arabuluculukta gizliliğin ve ayrıcalığın varlığına ilişkin geniş çaplı değerlendirmelerle, hakim mevcut yetkilere atıfta bulunarak aşağıdaki kararları vermiştir:

1. Gizlilik: Arabuluculuk işlemleri hem taraflar arasında hem de taraflar ile arabulucu arasında gizlidir. Bunun sonucunda, taraflar konulara arabuluculuk dışında atıfta bulunulabileceğini kabul etseler bile, arabulucu gizlilik hükmünü uygulayabilir. Mahkeme genellikle bu gizliliği muhafaza edecektir fakat adaletin menfaati açısından gizli konulara ilişkin delillerin sunulmasının gerekli olduğu yerde, Mahkemeler bu delillerin verilmesini veya oluşturulmasını emredebilirler veya buna izin verebilirler.

2. Tüm haklar saklı kalma ayrıcalığı: Arabuluculuk işlemleri bu kapsamdadır. Bu taraflar arasında var olan bir ayrıcalıktır ve taraflar bundan feragat edebilirler. Bu arabulucuya ait bir ayrıcalık değildir.
3. Diğer Ayrıcalıklar: Taraflardan birinin ortaya koyduğu ve arabulucuya gösterdiği dokümanlara ilişkin başka bir ayrıcalık varsa, bu taraf bu ayrıcalığı elinde tutar ve arabulucuya açıklanması ile veya tüm haklar saklı kalma ayrıcalığından feragat edilmesiyle bu ayrıcalıktan feragat edilmiş olunmaz.

Hakim mevcut durumu bulgularına uygulayarak tarafların "tüm haklar saklı kalma" ayrıcalığından feragat etme konusunda anlaştıklarını ve arabulucunun kısıtlı sayıdaki dokümanlarını ortaya koyduğunu; arabuluculukta bir görev suiistimali iddiasının davanın merkezinde yer aldığını; ilgili arabuluculuk anlaşmasındaki arabulucunun çağırılmasını engeller gibi görünen hükmün söz konusu durumda çağırılmasını engellemediğini; arabulucunun arabuluculuk sürecinde neler olduğuna dair yardım sunacak bir hatırası olmadığını söylediğini; arabulucunun "adaletin menfaati" adına tanık olarak çağırılması dışında, uygulanabilir bir gizlilik hakkı olduğuna karar vermiştir.

Ekonomik sıkıntıya ilişkin temel iddianın kaçınılmaz biçimde arabulucunun neler söylediği ve yaptığıının değerlendirilmesini içerdiği ve arabulucunun konuya ilişkin bir hatırası olmadığını söylemesinin bu doğrultuda çağırılıp sınanmaması için bir gerekçe olmadığına karar verdikten sonra, hakim "adaletin menfaatinin baskın biçimde söylenenler ve yapılanlara ilişkin sunulan delillerin lehinde olması"ndan dolayı arabulucunun gizlilik hakkına ilişkin "bir istisna olduğu"nu belirtmiştir.

Her ne kadar uygulayıcılar arabulucunun gizliliği uygulama konusunda bağımsız bir hakka sahip olduğunun belirtilmesinin önemini takdir etseler de, olgulara dayalı olarak bir istisna olup olmadığının bulunması kararı, tam olarak yanlış değilse de sakıncalı olabilir. Herhangi bir durumda arabuluculuğun sonucundan memnun olmayan tarafların - artık bağlı olmak istemedikleri bir anlaşmaya itiraz etmek için gerekçe bulunduğu veya karşı tarafın davranışlarından şikayet edildiğinde veya sadece giderlere ilişkin yükümlülükler konusunda bir tartışma çıkan durumlarda - arabulucuyu destek sağlayacak deliller sunmak için gelmeye mecbur tutmak isteyecekleri göz önünde bulundurulduğunda, hakimin neye dayanarak bu durumun kendi ortaya koyduğu genel kurala bir istisna olduğuna karar verdiğini anlamak zordur.

Hakim arabulucunun gizlilik hakkına ilişkin istisna konusunda Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı Sir Thomas Bingham'ın Re D (Minors)'daki kararından (Uzlaştırma: Bilgilerin Açıklanması) teselli aramıştır.²¹ Fakat daha sonra Kallipetis Mediator Magazine [Arabuluculuk Dergisi]'nde şu yorumu yapmıştır:²²

“Re D davasında mahkemenin açık biçimde başka bir pozisyonu ele aldığı kabul edilirken, Sayın Yargıç Ramsey'nin Yüksek Mahkeme Hukuk Dairesi Başyargıcı tarafından ortaya konulan üç bariz şartı göz ardı ettiği görülmektedir: 1. Karar tamamen çocukların refahı ile ilgilidir; 2. Karar sadece “tam olarak ... olarak anılan ayrıcalıkla ilgilidir ve gizliliğe ilişkin görevlerle hiçbir alakası yoktur ve bir gizlilik görevinin başka kamu menfaatini ilgilendiren hususlar tarafından hükümsüz kılınabileceği durumları tanımlamaya çalışmaz.” 3. Temyiz Mahkemesi “bilerek sadece bu davayı kapsamaya uygun şekilde, başka davaları kapsamayan bu yasayı ortaya koymuştur. Daha genel bir ifade bulma girişiminin istenen bir şey olmadığını düşündük. Bu karar tarafından kapsanmayan durumların ortaya çıkması halinde, bu davalara özgü koşullar ışığında bir karara varılması gerekecektir”.

Sayın Yargıç Ramsey aynı zamanda Sayın Yargıç Frances Kirkham (bir başka eğitimli arabulucu) tarafından Cumbria Waste Management ve Baines Wilson [2008] EWHC 786 Davası'nda verilen karara da uzunca bir atıfta bulunmuştur. Bu karar arabuluculuk toplumu tarafından arabuluculuk ayrıcalığının Mahkemeler tarafından muhafaza edilmesi gerekliliğini tanıyan memnuniyetle karşılanmış bir karar olarak övülmektedir. İlginçtir ki arabulucunun arabuluculuk sürecinde ortaya konulanlara ilişkin delil sunmasının gerektirilmemesi yönündeki bariz kararına atıfta bulunmamıştır.”

Dolayısıyla, Farm Assist'ten (No 2) yedi yıl sonra bile, arabuluculuk ayrıcalığına ilişkin tartışmalar hala sürmektedir. Bu karar zamanında büyük ilgi toplamıştır²³. Yorumcular genellikle bunun sınırlar arası uyumsuzluklarla ilgili olarak Avrupa Arabuluculuk Direktifi'ne de uygun olmadığı konusunda hemfikirdirler.

²¹ [1993] Fam 231

²² Kallipetis, Michel QC. Mediators Awake: the Ongoing Debate over Mediation Privilege [Arabuluculuk Ayrıcalığına İlişkin Süren Tartışma], Mediator Magazine, Temmuz 2009

²³ Calling all Mediators: A review of Farm Assist v DEFRA [Tüm Arabulucuları Çağırın: Farm Assist ve DEFRA davasına ilişkin bir inceleme] Tony Allen, CEDR Resolutions Magazine Temmuz, 2009 (www.cedr.com); Farm Assist: Mediators Get Another Dose of Disclosure [Farm Assist: Arabulucular Bir Doz Daha Açıklama Aldı] Bill Woods QC Mediator Magazine Temmuz 2009; Mediation Privilege? [Arabuluculuk Ayrıcalığı?] Sayın Yargıç Briggs, New Law Journal, 3rd and 10th Nisan 2009

Ancak durum Temyiz Mahkemesi'nde netleştirilebilecek değildir, en azından Farm Assist davasında böyle olmuştur, çünkü taraflar Sayın Yargıç Ramsey kararını açıklamadan önce bir anlaşmaya varmışlardır, bu da otoritenin değerinin sorgulanmasına neden olmaktadır.

İngiltere ve Galler Hukuki Arabuluculuk Konseyi arabulucular için bir Rehber Notu çıkarmıştır (Arabuluculuk Gizliliği - 8 Temmuz 2009). Burada arabuluculuk anlaşmalarının arabuluculuğun "tüm haklar saklı kalma" temelinde gerçekleştirildiğini belirtmeye devam etmesi; arabuluculuk faaliyetleri sırasında söylenenlerin gizli kalacağını açıkça anlaşılır bir şekilde ortaya koymaya devam etmesi; ve arabulucunun mahkemede delil sunmaya mecbur tutulamayacağı durumları kısıtlamaması gerektiği ileri sürülmektedir.

Heather Allen tarafından CEDR İnternet sitesi için Ocak 2013'de yazılan bir makale söz konusu dava sırasındaki pozisyonu derinlemesine tartışmaktadır: <http://www.cedr.com/articles/?item=Confidentiality-a-guide-for-mediators>.

İngiltere ve Galler'de arabulucuların mecbur tutulabilirliği Farm Assist davasından bu yana değişmemiştir. Bu yargı yetkisi alanları dışında Allen şu şekilde ifade etmektedir:

'Arabulucunun mecbur tutulabilirliği, arabuluculuk gizliliğine ilişkin AB Arabuluculuk Direktifi'nde kendine yer bulabilen tek konudur (an itibarıyla yalnızca Birleşik Krallık'taki AB devletlerinden tarafların dahil olduğu sınırlar arası uyuşmazlıklarda geçerlidir) ve o zaman da bile bu oldukça eksik biçimde olmuştur. Direktif arabulucuların kamu politikası açısından gerekli olduğu bazı nedenler haricinde (örneğin çocukların korunması, fiziksel veya psikolojik zararın önlenmesi olası nedenler olmak üzere) veya arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmanın uygulanması veya yerine getirilmesi için bilgi açıklanmasının gerekli olduğu durumlar haricinde dava veya tahkim sürecinde delil sunmak için çağrılmayacağını ortaya koymaktadır. Ancak, bunlara ağır basan bir istisna söz konusudur ve bu da, tarafların arabulucunun görünüşe bakılırsa arabuluculukta olan herhangi bir şeye ilişkin çağrılması konusunda anlaşmaya vardıkları durumdur ve bu yukarıdaki istisnalarla sınırlı değildir. AB Devletleri tarafından daha katı kurallar getirilebilir, fakat İngiltere ve Galler'deki problem bizim kurallarımızın daha katı olup olmadığının açıkça anlaşılır olmamasıdır, çünkü bu konu üzerinde üst düzey bir mahkeme otoritesi eksikliği vardır.'

Bölüm 7

GİDERLER

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 7 GİDERLER

Arabuluculuk bağlamında bir dizi maliyet konusu ortaya çıkmaktadır ve bunlar aşağıdaki başlıklar altında incelenmektedir:

- Arabuluculuk giderleri
- Dava giderleri ve AUÇ
- Arabuluculuk giderleri ve Şartlı Ücret Anlaşmaları (CFAs)
- Taraflardan birinin makul olmayan biçimde arabuluculuğu reddetmesi halinde diğer tarafın giderlerini karşılaması.

7.1 Arabuluculuk Giderleri

Arabuluculuk dış dünyadan bağımsız biçimde işlemez. Bir süreç olarak, tamamen sözleşmeye dayalıdır ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkta bir anlaşmaya varılmasını sağlayan uygulanabilir bir sözleşmenin ortaya çıkması ile sonuçlanması umulur. Bu doğrultuda, arabuluculuğun giderlerinden sorumlu olacak olan kişiler de bu sözleşmenin taraflarıdır. Bu giderler arabulucunun ücreti, varsa idare veya oda kirası ve yiyecek içecek için hizmet sağlayıcının ayrıca ücreti ve tarafların temsilcilerinin ve bilirkişilerinin veya muhasebeciler gibi diğer profesyonel katılımcıların ücretlerini kapsar.

Standart arabuluculuk anlaşmalarının çoğu giderlerin taraflar tarafından eşit olarak paylaşılmasını ve genellikle ödemenin önceden yapılmasını öngörür. Tarafların farklı bir tercihi görüşmelerini önleyen hiçbir şey yoktur ve bu bazen taraflar arasında ciddi bir eşitsizlik olduğunda veya taraflardan birinin diğer tarafı arabuluculuğa ikna etmeye çalıştığı durumlarda gerçekleşebilir. Arabuluculuk süreci sırasında, taraflardan biri anlaşmanın arabuluculuk giderlerinin öngörüldüğü dereceye kadar çeşitlendirilmesi yönünde bir anlaşma şartı getirebilir.

Karışıklıkların önlenmesi için arabuluculuğun giderleri arabuluculuk anlaşmasında uygun biçimde tanımlanmalıdır. Bazı durumlarda taraflar arabulucunun ücretini ve oda kirasını ödeyebilirler fakat uyuşmazlığın daha sonra mahkemeye taşınması halinde arabuluculuk giderlerini dava gideri olarak geri almaya çalışabilirler.

7.2 Dava Giderleri ve AUÇ

Arabuluculuğa başvurup başvuramaya karar verirken, maliyet konusu, özellikle de müvekkilin muhtemelen hangi giderleri geri alabileceği genellikle hayati öneme sahiptir. Bu konuyu değerlendirmeden önce, arabuluculuğun aslında ucuz olmadığını hatırlamak önemlidir: Arabuluculuk, ya yargıya giden ya da en azından yargıya giden aşamalarda ciddi düzeyde giderlerin yüklenildiği mahkeme sürecine karşı cazip bir alternatiftir.

Ancak arabuluculuk sektörünün arabuluculuğun tam ölçekli bir dava sürecine kıyasla ciddi bir para tasarrufu sağlayacağı yönündeki iddiası arabuluculuğun başarılı olacağı varsayımına dayanır. Arabuluculuğun başarısız olması halinde veya yalnızca anlaşma yolunda ivme yaratması fakat mahkemede de bazı adımların atılması gerekli olduğu durumlarda, arabuluculuk giderlerinin dava giderlerine eklenmesi gerekecektir. Eğer bu gerçekleşirse, başarısız bir arabuluculuğun maliyeti yüksek olabilir.

Arabuluculuğun maliyetli olmasına neden olabilecek birtakım sebepler vardır. Bunlardan bazıları şunlardır:

- Son yıllarda arabuluculuk süreci, hukukçu temsilcilerin ellerinde giderek çok sofistike hale gelmiştir. Dolayısıyla temsilciler farklı usuller ve farklı taraf vekilliği teknikleriyle olsa da, arabuluculuk hazırlığına da bir duruşma hazırlığı gibi yaklaşmaktadırlar (ve yaklaşmalıdırlar); gerçek müzakere parametrelerini belirlemek için gerekli olan müvekkil ile gerçekleştirilen ön-hazırlık konferansı da dahil olmak üzere yeterli hazırlık süresi ayırmak zorundadırlar.
- Ücretlerin randevu öncesi hazırlığı da dikkate alması ve ayrıca arabulucu için bir dava özeti hazırlamayı ve muhtemelen diğer tarafına da bir cevap hazırlamayı ve de randevudan önce arabulucu ile bireysel iletişim kurmayı da kapsamı gerekir.

- Arabuluculuk gününe ait ücretler değerlendirilirken, dava avukatı sabahın erken saatlerinde başlayan bir arabuluculuğun bile akşam geç saatlere kadar bir sonuca varmayabileceğinin bilincinde olmalıdır. Günlük bir ücret ödemenin yanı sıra mahkeme saatleri sonrası için de ek olarak saatlik ücret ödenmesi veya alternatif olarak bir buçuk günlük ücret ödenmesi gerekebilir.
- Ek olarak, arabuluculuk için bilirkişi tanıklığının gerekli olup olmayacağına ve eğer gerekliyse, ne şekilde yapılacağına, varsa randevu öncesinde raporların ve özetlerin karşılıklı alınıp verilmesine ilişkin yönergelere de karar verilmesi gerekecektir. Bu teklif edilen anlaşmanın mahiyetine veya işleyişine ilişkin mülkiyet, vergi veya başka muhasebe ile ilgili tavsiyeleri de kapsayabilir
- Tanık beyanları veya en azından özetleri gerekli olabilir.
- Tahkimde de olduğu gibi, taraflar arabulucunun ve mekanın giderlerine doğrudan katkıda bulunurlar.
- Arabuluculuk hizmeti sağlayıcıya ödenecek başka yan giderler (gizli veya açık) olabilir (örn. yiyecek içecek, fotokopi giderleri gibi). Bir AHS muhtemelen idare ücretinin içine kar unsuru da ekleyecektir.

Diğer taraftan, arabuluculuk dava sürecinden daha ucuz olabilir ve arabuluculuk sürecinin esnekliği bu tasarrufun sağlanmasının ardındaki nedendir. Örneğin:

- Sürecin hızı ücretlendirilecek zamanın kısıtlanmasını sağlar.
- Resmi bir yapının olmaması tarafların usulü seçme konusunda serbest oldukları anlamına gelir ve bu resmi veya gayriresmi olma derecesini de kapsar. Taraflar, vazgeçilmesi ciddi tasarruf sağlayacak hususları mutlaka bırakacaklardır.
- Kısım 20 davalarına veya üçüncü veya diğer ek kişilere ilişkin formalite yoktur. Usul dolayısıyla dava sürecindeki çok taraflı bir talepten çok daha ucuzdur.

- Arabuluculuk bir duruşma veya mahkeme değildir: Sürecin yargısal olmamasından dolayı, bulgulara varılması gerekmez. Deliller, açıklamalar ve dokümanlar ciddi anlamda azaltılabilir ve hatta tamamen dışlanabilir.
- Bir karar verilmesi veya temyizın değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkan bir maliyet yoktur.
- Ayrıca, arabuluculuk sürecinde, dava süreci arabuluculuk dışındaki dava giderlerinin daha da artmasını önlemek için anlaşma ile askıya alınabilir (ve HUK dava yönetimi kapsamında mutlaka alınacaktır).

7.3 Giderlerin Geri Alınabilirliği

Hangi giderlerin geri alınabileceğine ilişkin bir analiz, müvekkilin arabuluculuk ve mahkeme giderleri da dahil olmak üzere maliyete maruz kalmış olabileceği tüm durumları dikkate almalıdır.

Dava Sürecindeki Arabuluculuğun Giderleri

Taraflar arabuluculukta giderlerin akışını seçme konusunda özgürdürler. Dava sürecindeki kaybedenin kazanın giderlerini karşılaması şeklindeki geleneksel ilke genellikle çözüm sürecine yabancıdır çünkü buradaki temel yaklaşım her iki tarafın da katılım sağlayarak fayda elde ettiklerini hissetmeleri üzerinedir. Yukarıda da ileri sürüldüğü üzere, normalde aksi yönde bir anlaşma olmadığı sürece, tarafların her biri arabuluculuk giderlerini eşit olarak hizmet sağlayıcıya önceden öderler ve arabuluculuk giderlerinden taraflara düşen paya ilişkin yükümlülüğü ortaya koyan bir hüküm arabuluculuk anlaşmasına eklenir. Bu arabuluculuk giderlerinin arabuluculuk sürecinde bir sorun olmasının önüne geçer. Taraflar isterlerse bunu gündeme getirebilirler fakat bu ekstra ve gereksiz, anlaşmayı erteleyen ve engelleyen bir konu olacaktır. Dolayısıyla, aksi yönde bir anlaşma olmadığı sürece, arabuluculuk tarafları arabulucunun ücreti, oda kirası ve arabuluculuk hizmeti sağlayıcıya ödenen ücretin yarısını önceden ödemeyi ve kendi hukuki temsilcilerinin ücretini de kendileri karşılamayı beklemelidirler.

Arabuluculuktaki Dava Giderleri

Dava giderlerine ilişkin yükümlülük, arabuluculuğa konu olan talebin bir kısmını oluşturur. Bu tarafların temsilcilerinin arabuluculuktan önce yüzleşmeleri gereken bir konudur. Dolayısıyla arabuluculuk tarafları sürece katılırken şunları bilmeden tam anlamıyla hazırlanmış olmazlar:

- O güne kadar maruz kaldıkları giderlerin miktarı (arabuluculuk giderleri de dahil olmak üzere) - Bunun mümkün olduğunca spesifik olması gerekir.
- Gerekliyse görüşmelerin sonuna kadar maruz kalınacak olan giderlere ilişkin iyi bir tahmin.
- Ayrıntılı değerlendirmedeki toplam maliyetteki geri alınabilir/geri alınamaz unsurlara ilişkin makul bir tahmin (sırasıyla değerlendirmenin standart ve tazminat temellerine ilişkin).
- Kendi müvekkilinizin herhangi bir finansman düzenlemesinin etkisi, örn. tazminat temelli anlaşma, olay sonrası sigorta, üçüncü kişi finansman anlaşması gibi.

Ek olarak, arabuluculuk öncesinde veya sırasında, taraflar herhangi bir taraftan diğer tarafın o güne kadar maruz kaldığı giderlerin, gelecekteki muhtemel giderlerinin ve toplam faturalarının geri alınabilir/geri alınamaz unsurunun tahmini de dahil olmak üzere diğer tarafın giderlerine ilişkin ayrıntıları öğrenmelidir.

Arabuluculuğun başarısız olması halinde veya dava sürecinde arabuluculuk bitmeden önce bir anlaşma sağlanamaması durumunda, arabuluculuğa ilişkin hukuki giderler genellikle kazanan taraf tarafından dava giderlerinin bir parçası olarak talep edilir. Bu konu hala tam bir netlik olmayan bir alandır, özellikle de arabuluculuğun mahkeme tarafından emredildiği durumlarda bu söz konusudur. Ancak temsilcilerin aşına olması gereken, sıkça ileri sürülen iki argüman şu şekildedir:

- Arabuluculuk anlaşması, dava sürecinin dışında yer alan tamamlanmış bir ek sözleşmedir ve bu sebeple giderleri kendisi düzenler. Arabuluculuk anlaşmasının tarafların giderlere ilişkin yükümlülüğünü belirtmediği durumda, bu giderler maruz kalan taraf tarafından üstlenilir.

Eğer bu argüman geçerli kabul edilirse, bu durumda anlaşma kapsamında hesaba alınan giderler, örn. tarafların her birinin arabulucu ücretinin, oda kirasının ve arabuluculuk hizmeti sağlayıcıya ödenen diğer hizmet ücretlerinin bir kısmını ödemek için verdiği miktar karşılanacaktır fakat bunun dışında kalan tüm diğer giderler geri alınamaz nitelikte olacaktır.

- Arabuluculuk, uyuşmazlıktaki konuları HUK Kısım 44 kapsamında mahkemenin takdir yetkisi de göz önünde bulundurularak uygun gider emrine yansıtılması gerekecek şekilde daraltmıştır.¹

Normalde, mahkeme arabuluculukta ortaya çıkan masrafları dava sürecindeki giderlere ilişkin takdir yetkisini kullanma amacıyla açığa çıkaramaz. Bölüm 6'da da tartışıldığı üzere, başlangıç noktası hala arabuluculuk sürecinin içeriğinin tamamen tüm haklar saklı kalma kaydına tabii ve gizli olmasıdır. Ancak, birtakım gider kararları (örn. Shirayama Shokusan ve Danovo Davası² ve Halsey ve Milton Keynes General NHS Trust Davası³) mahkemenin arabuluculuk gerçekleştirilmediği durumlarda gerçekleştirilmiş olsaydı neler olabileceğine ilişkin varsayımda bulunabileceğini ileri sürmektedir.

Arabuluculuk Giderleri ve Kamu Finansmanı

Yasal Hizmetler Komisyonu ("LSC") kamu tarafından finanse edilen davaların azaltılması için arabuluculuk kullanımını desteklemektedir. Temyiz Mahkemesi, kamu tarafından finanse edilen davalarda arabuluculuk kullanılması gerektiğini en güçlü şekilde ifade etmiştir: Bkz. R (Cowl ve Diğerleri) ve Plymouth City Council Davası.⁴ Her ne kadar kamu finansmanı davacılar için giderek daha da uzak bir kavram haline gelse de, prensipte, kamudan şartsız bir yasal finansman yardımı almaya hak kazanan bir taraf adına hareket eden bir davacının arabuluculukta ödediği ücretleri geri almaması için bir neden olmadığı görülmektedir. Ancak, avukatlar her zaman arabuluculuk ücretlerinin geri alınabilir olduğunu LSC'ye danışarak teyit etmelidirler.

¹ Bkz. Kısım 44.3(4)(a) ve (b) ve (5)(b), (c) ve (d);

² [2003] EWHC 390 (Ch); [2004] 1 WLR 2985

³ a.g.e. [2004] 1 WLR 3002

⁴ [2001] EWCA Civ 1935; [2002] 1 WLR 803

7.4 Arabuluculuk Giderleri ve Şartlı Ücret Anlaşmaları

Şartlı Ücret Anlaşmaları ilk 1995 yılında izin verildiğinden bu yana bir dava finansmanı yolu olarak popüler hale gelmiştir. En basit şekliyle, şartlı bir ücret anlaşması ("CFA") bir avukatın anlaşılan sonuca ulaşamaması halinde müvekkilinden para almaması veya daha az alması temeline dayanarak müvekkili adına hareket etmesine imkan tanır. Ancak CFA yalnızca mevzuat tarafından ortaya konulan çeşitli kanuni gereklere uyduğu sürece uygulanabilir (genel olarak bkz. 1990 tarihli değiştirilen Mahkemeler ve Hukuki Hizmetler Kanunu, Kısım 58 ve 58A). Bu tür gereklere uymayan herhangi bir anlaşma genellikle uygulanamaz olacaktır ve kazanan tarafın avukatının maruz kalınan giderleri geri alamaması ile sonuçlanacaktır (bkz. Awwad ve Geraghty & Co Davası⁵).

CFA sistemi Hukuk Davalarındaki Giderlere ilişkin Jackson İncelemesi'nde⁶ sert eleştirilerin odağında kalmıştır ve Sir Rupert Jackson tarafından tavsiye edilen değişiklikler Nisan 2013'ten sonra sonuç vermeye başlamıştır. CFA düzeni kapsamında, avukatlar temel ücretlere ek olarak bir "başarı ücreti"ne hak kazanırlar ve bu nihai olarak başarısızlıkla sonuçlanan davaları alan avukatların giderlerini azaltmak amacıyla tasarlanmıştır. Bu temel ücretlerin belirli bir yüzdesi şeklinde hesaplanır ve %100'e kadar çıkabilir. Bunun gerekçesi de avukatlar için aldıkları ve kaybettikleri, dolayısıyla da para almadıkları CFA davalarını tazmin etmesidir. Avukat ve müvekkilin ilk anda başarı ücreti yüzdesindeki artışa karar vermelerine rağmen, kaybeden tarafın ödeyeceği nihai yüzde artışı çok daha az olabilir. Bunun nedeni, tarafların anlaşamamasından dolayı bu yüzdenin mahkeme tarafından belirlenmesidir. Jackson reformları başarı ücretlerinin artık kaybeden davalı tarafından üstlenilmemesi, bunun yerine davacıya verilen geri alınabilir tazminatlardan en fazla %25 olacak şekilde kesilmesi anlamına gelmektedir.

Buna ek olarak, Jackson müvekkillerin avukatlarıyla profesyonel ücretlerin herhangi bir tazminattan kesilmesi temeline anlaşabilecekleri tazminat temelli bir anlaşma ortaya koymuştur, fakat burada yine fiziksel yaralanma ve tıbbi kusur davalarındaki davacılar için üst sınır tazminatın %25'idir.

⁵ [2001] QB 570

⁶ Ocak 2010'da yayınlanmıştır.

Dava giderlerinin genellikle arabuluculuğa konu olan talebin bir parçası olmasından dolayı, arabuluculuk hazırlığının bir parçası olarak, tarafların temsilcilerinin kendilerinin ve diğer tarafın dava giderleri hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olmaları gerekir.

Kazanan tarafın CFA ve DBA veya başka bir üçüncü kişi tarafından finanse edildiği durumlarda, temsilcilerin aynı zamanda bunun anlaşma üzerindeki olası etkilerinin farkında olmaları gerekir. Örneğin:

- Anlaşmanın tazminat için bir tutarın ödenmesini ve CFA tarafından finanse edilen tarafın giderlerinin karşılanmasını öngördüğü durumlarda, ayrıntılı değerlendirmeye tabi olarak, taraflar bu giderlerin bir başarı ücreti içerip içermeyeceği konusunu netleştirmelidirler.
- Eğer anlaşma tazminat için ödenen para ile CFA tarafından finanse edilen tarafın giderleri için ödenen para arasında ayrım yapıyorsa, muhtemelen geri alınabilir giderlerin tam miktarı konusunda tartışmalar olacaktır. Bir başarı ücreti ödeneceği durumlarda, bu toplam giderler üzerinde ciddi bir artış etkisi yaratacaktır ve normalde bu unsur arabuluculukta tatmin edici bir sonuç için yapılan müzakerelerin önüne çıkan en büyük engellerden biridir.
- Anlaşmanın tazminatı ve CFA tarafından finanse edilen tarafın giderlerini de içeren tek bir toplu ödeme öngördüğü durumlarda, CFA tarafından finanse edilen temsilci ve müvekkilinin her birinin ne kadarını geri alabilecekleri konusunda açık olması gerekir. Bu tür maliyet-dahil tekliflerin müvekkil ile temsilcisi arasında ciddi sürtüşmelere neden olabileceği ileri sürülmektedir ve bu özellikle de bu miktarın diğer tarafın temel giderleri ve başarı ücretinin olduğundan fazla gösterildiği temeline dayanılarak hesaplandığı durumlarda geçerlidir. CFA tarafından finanse edilen temsilci bu sorunu tahmin etmeli ve arabuluculuktan önce müvekkili ile bir çözüm bulmalıdır. Aksi halde arabulucu kendisini avukat ve kendi müvekkili arasındaki müzakerelere yardımcı olmaya çalışırken bulabilir.

7.5 Mahkeme Tarafından Emredilen Arabuluculuğun Uygunluğu

Pek çok kez mahkemeler tarafların arabuluculuğa başvurmalarına yönünde karar vermiştir. Bu genellikle dava yönetimi yetkilerinin bir parçasıdır, fakat Halsey durumu arabuluculuğu güçlü bir öneri olmaktan ileri götürmüştür. Örneğin Kinstreet Ltd ve Balmargo Corporation Ltd Davası'nda⁷ taraflardan birinin itiraz etmesine rağmen, yargıya gitmenin neden olacağı maliyetin talep edilen miktardan fazla olması gerekçesiyle Arden J tarafların AUÇ kullanmasına karar vermiştir. Daha sonra Muman ve Nagasena Davası'nda⁸ Temyiz Mahkemesi hayır vakfından kişilerin açtığı bir davada, davacının isteğine karşı çıkarak taraflar uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözme girişiminde bulunana kadar süreci durdurmuştur. Başka bir örnek de Cable & Wireless Plc ve IBM UK Ltd Davası'nda⁹ Colman J'nin dava sürecini durdurarak ticari anlaşmadaki arabuluculuk hükmünü uygulamaya koyması şeklinde olmuştur, fakat bu yaklaşım daha yakın zamanlarda gerçekleşen Sulmerica CIA Nacional de Seguros SA ve Ensa Engenharia SA Davası'nda¹⁰ takip edilmemiş ve Temyiz Mahkemesi sözleşmede yer alan arabuluculuk hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sınırlamalar getirmiştir.¹¹

R (Cowl ve Diğerleri) ve Plymouth City Council Davası'nda¹² Temyiz Mahkemesi tarafların arabuluculuğa başvurmasını gerektirme yönündeki daha önceden ortaya konulan hukuki girişimlere açık biçimde destek vermiştir. Bu davada, mahkeme dava süreçlerinden mümkün olduğunca kaçınılmasının en önemli şey olduğunu ifade etmiş ve bunun yapılabilmesi için de hakimlerin tarafları arabuluculuktan kaçınmak için neler yaptıkları konusunda sorgulayabileceğini ve AUÇ girişimde bulunmama kararlarını gerekçelendirmeleri isteyebileceğini belirtmiştir.

Cowl davasındaki olgular şu şekildedir: Davacılar davalıya ait olan ve davalı tarafından işletilen bir yaşlı bakım evinde yaşamaktadırlar ve davalı bu yeri kapatmak istemektedir. Davacılar bu kapatma kararına ilişkin hukuki inceleme istemişlerdir. Davalı davacının hukuki inceleme başvurusunun, bağlayıcı olmayan bir karar verecek fakat davalı tarafından saygı duyulacak bağımsız bir panelin değerlendireceği bir şikayet olarak görülmesini teklif etmiştir.

⁷ [2000] CP Rep 62

⁸ [1999] EWCA Civ 764 [2000] 1 WLR 299

⁹ [2002] EWHC 2059 Comm; [2002] All ER (D) 277

¹⁰ [2012] EWCA Civ 638

¹¹ Bkz. yukarıdaki Not

¹² [2001] EWCA Civ 1935; [2002] 1 WLR 803

Hukuki inceleme başvurusunda bulunma izni Harrison J tarafından verilmiştir fakat esasa ilişkin duruşmada Scott Baker J davacıların aleyhine karar vermiş ve şikayet prosedürünün kullanılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Temyiz reddedilirken Temyiz Mahkemesi şikayet prosedürü şeklindeki bir AUÇ'nin uygulanabilir bir seçenek olduğunu değerlendirmiştir. Davacılar şikayete karşı çıkarken herhangi bir makul temel sunmamışlardır; bu prosedürün ve dolayısıyla da tarafların kamu tarafından finanse edilen bir dava sürecine başvurmadan bir çözüme ulaşmış olması gerekirdi. Kamu finansmanının söz konusu olduğu durumlarda AUÇ'ye başvurmamak mazur görülemez bir durumdur.

Bu davaların bir özelliği mahkemelerin, özellikle kamu fonlarının söz konusu olduğu durumlarda, bariz biçimde tarafları arabuluculuğa yönlendirme hevesleridir. Bunu yaparak arabuluculuğun rızaya dayalı sürecini baltalama riski altına girdikleri söylenebilir.

Belki bu tehlikenin farkına vardıkları için, mahkemeler 2004 yılından bu yana pek çok davada tarafların arabuluculuğa başvurmamasının emredilemeyeceğini, çünkü bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan Madde 6'ya aykırı olacağını açıkça ortaya koymuşlardır ve bunun en öne çıkan örneği de Halsey ve Milton Keynes NHS Trust Davası'dır. Ancak, iki ilke arasında, yani mahkemelerin arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmaların düzeyini artırmak istemeleri ve taraflara "mahkemede hesaplaşma hakkı"nın tanınması arasında hala bir gerilim vardır. Her iki ilkenin de uygulanacağı ana mekanizma uygun durumlarda makul olmayan biçimde arabuluculuğu (veya başka tür uygun bir AUÇ'yi) reddeden tarafa diğer tarafın giderlerini karşılama kararı verilmesidir. Temsilcilerin her davada müvekkillerinin davranışlarının diğer tarafın giderlerini karşılamalarına neden olmayacağından emin olmak için uyanık olmaları gerekir.

7.6 Taraflardan Birinin Arabuluculuğa Katılmaması Halinde Diğer Tarafın Giderlerini Karşılması

Tarafları AUÇ/arabuluculukta bulundukları pozisyonu değerlendirmeye zorlama mekanizması HUK Kısım 44.4'te belirtilen hukuki giderler rejiminin bir etkisidir. Kısım 44.4(3) kapsamında, "giderlere ilişkin karar verirken (eğer verilecekse), mahkeme tüm koşulları dikkate almalıdır ve buna şunlar dahildir: (a) Tüm tarafların davranışları." Dolayısıyla, hakimlerin gider konularına ilişkin karar verirken tarafların davranışlarını da dikkate almaları HUK tarafından ortaya konulan mecburi bir gerektir.

Kısım 44.4(3) kapsamında, " tarafların davranışları şunları kapsar -(a) işlemler öncesinde veya sırasında sergilenen davranışlar ve özellikle tarafların ilgili bir dava öncesi protokolü takip edip etmeme dereceleri;... (c) tarafların davalarını veya belirli bir iddia veya konuyu izlerken veya savunurken sergiledikleri tavır".

Temyiz Mahkemesi'nin Dyson v Leeds City Council (No. 1)¹³ Davası'nda verdiği ve ağır basan hedefe ve de diğer tarafın giderlerini üstlenme emri verme yoluyla "çıkardığımız teşvik edici seslerin reddedilmesine ilişkin sağlam bir duruşa sahip olmak" da dahil olmak üzere mahkemenin davaları yönetme görevine atıfta bulunulan kararının ardından, içtihat hukuku hızlı biçimde ve AUÇ lehine gelişmiştir. Daha sonraki davaların özel bir yanı mahkemelerin tüm hukuk alanlarındaki davaların AUÇ yoluyla sonuçlandırılmasını teşvik etme fırsatından yararlanmış olmaları ve kazanan tarafın diğer taraftan gelen arabuluculuk tekliflerini bir gerekçe göstermeksizin reddettiği durumlarda giderlerinin azaltılmasına hazır olduklarını göstermiş olmalarıdır. Dyson davasının ardından R (Cowl ve Diğerleri) ve Plymouth City Council Davası gelmiştir (yukarıya bakınız).

Temyiz Mahkemesi'ndeki diğer tarafın giderlerini karşılama yönünde karar vermesi akımı gerçek anlamda Dunnett ve Railtrack Davası¹⁴ ile başlamıştır (Brooke, Robert Walker ve Sayın Yüksek Yargıç Sedley). Burada davacı davalının demiryolu hattının yakınında bir çiftlik kiralamıştır. Bu hattı geçen bir bağlantı kapısı açık bırakılmış ve davacının üç tane atı başıboş şekilde demiryoluna girmeleri sonucunda ölmüştür. Davacı, kusurdan dolayı tazminat talep etmiştir. Talep hem ilk derece mahkemesinde hem de Temyiz Mahkemesi'nde reddedilmiştir. Temyiz izni verirken, Sayın Yüksek Yargıç Schiemann şiddetle AUÇ olasılığını, özellikle de arabuluculuk yoluyla varılan bir anlaşma sağlanmasını önermiştir. Davacı AUÇ istemiş fakat başarılı olacağından emin olduğunu ve arabuluculuğun ona hiçbir faydası olmayacağını ileri süren davalı buna karşı çıkmıştır. Temyiz Mahkemesi'nde kazanmasına rağmen, davalı temyiz giderlerinin karşılanmasından mahrum edilmiştir. Mahkeme davalarda sıklıkla davacı tarafın sadece bir özür ve ne olduğuna dair bir açıklamayla tatmin olabileceğini ve bunun da AUÇ kullanılarak denenebileceğini ifade etmiştir. HUK Kısım 1.1. kapsamındaki ağır basan hedefin ileri taşınmasının avukatın görevi olduğu vurgulanmıştır; eğer taraflar AUÇ'yi hiç düşünmeden reddederlerse, giderlerin kararlaştırılması sırasında da bunun sonuçlarına katlanırlar.

¹³ [2000] CP Rep 42

¹⁴ [2002] EWCA Civ 302 [2002] 1 WLR 2434

Öncü kararı verirken, Sayın Yüksek Yargıç Brooke'un politika hususlarından etkilendiği görülmektedir ve bu aşağıdaki paragrafta da bellidir:

“Mahkeme kararının bu kısmının tanınır hale gelmesinin avukatların HUK Kısım 1'de ortaya konulan ağır basan hedefi geliştirilme görevlerine ve de bu davada da olduğu gibi mahkeme tarafından teklif edildiğinde hiç düşünmeden AUÇ'yi reddederlerse bazı rahatsız edici maddi sonuçlarla karşılaşma ihtimalleri olduğuna dikkat çekmesi umulmaktadır.”

Aynı zamanda, verilen kararda davacının bir özür veya açıklamayla mutlaka tatmin olacağı gibi bir söylem olmaması da belki önemlidir. Ayrıca, mahkeme arabuluculuğun reddedilmesine karşın yapılan bu tür anlaşma tekliflerine bakmayı açık biçimde reddetmiştir.

Temyiz Mahkemesi'nin Dunnett Davası'ndaki yaklaşımı daha sonra başka birtakım davalarda da uygulanmıştır. Bazıları şunlardır:

- Neal ve Jones Motors Davası¹⁵: Kazanan tarafın geri alınabilir giderleri mahkemenin arabuluculuk önerisini kabul etmemesinden dolayı £5.000 azaltılmıştır.
- Royal Bank of Canada ve Secretary of State for Defence [Savunma Bakanı] Davası¹⁶: Lewison J'nin bir ev sahibi ve kiracı davasında davalı tarafından kira sözleşmesini bozma beyanında bulunulup bulunulmadığına karar vermesi gerekmiştir. Davalı davayı esastan kazanmıştır. Ancak davacı birkaç kez arabuluculuğa başvurma konusundaki istekliliğini dile getirmiştir. Her ne kadar Lordlar Kamarası Başkanlığı hükümet daireleri ve kurumlarının davalarını AUÇ yoluyla çözmelerini gerektiren resmi bir taahhüt verse de, mahkeme davalının bu taahhüde uymadığını ifade etmiştir. Hakim arabuluculuğa başvurma konusundaki istekliliğin giderleri kimin üstleneceğine karar verme noktasında önemli bir konu olduğunu ileri sürmüştür. Dolayısıyla, giderlere ilişkin bir emir vermemiş, böylece davayı kazanmış olan hükümet dairesini cezalandırmıştır.

15 [2002] EWCA Civ 1730

16 [2003] EWHC 1841 (ChD)

- Virani ve Manuel Revert YCIASA Davası¹⁷: Temyiz Mahkemesi'nin davacının tazminatının hangi para biriminde ödeneceğine karar vermesi gerekmiştir. Temyizde bulunma izni başvurusuna ilişkin olarak temyiz talep eden davalıya tek Sayın Yüksek Yargıç tarafından Temyiz Mahkemesi'nin arabuluculuk hizmeti teklif edilmiştir. Bu teklife karşın, temyiz talep eden davalı herhangi bir arabuluculuk türüne girmeyi reddetmiştir. Bu ret kazanan tarafın giderlerinin standart olan ID-I değerlendirmesine göre değil tazminata göre değerlendirilmesi şeklinde cezalandırılmasına neden olmuştur.

Ancak tüm mahkemeler körü körüne Dunnett'i takip etmemiştir: Hurst ve Leeming Davası'nda¹⁸ Lightman J kaybeden dava tarafının diğer tarafın arabuluculuğu reddetmesinden dolayı maddi olarak cezalandırılmasını sağlamaya çalıştığı davalarda, bu tür itirazların esasa ilişkin olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur; bu tür bir itiraz ancak arabuluculuğun o şartlar altında gerçek bir başarı olasılığının olmadığına gösterilmesi halinde cezadan kurtulabilir. Lightman J'nin AUÇ'ye karşı gösterdiği bariz ilgiye rağmen, mevcut davada arabuluculuğu teklif eden tarafın karakteri ve tutumundan dolayı arabuluculuğun gerçek bir başarı olasılığına sahip olmadığına karar vermiştir ve kazanan tarafı maddi olarak cezalandırmayı reddetmiştir. Her ne kadar hakimın yaklaşımı daha nüanslı olsa da, buradaki bir çekince mahkemenin arabuluculuğa başvurulmuş olsaydı neler olabileceğinin dikkate alması gerekliliğidir. Hakimlerin çoğunun arabuluculuk sürecine ilişkin oldukça kısıtlı bir deneyime sahip oldukları dikkate alındığında, bu uygulamanın spekülatif olma riski vardır.

Kısa bir süre sonra, Société Internationale de Telecommunications Aeronuatiqes SC ("SITA") ve Watson Wyatt Davası'nda; Maxwell Batley (Kısım 20 Defs)¹⁹ Park J'nin süreç boyunca üç kere sunduğu arabuluculuk tekliflerinin kazanan taraf tarafından reddedildiği gerekçesiyle kaybeden tarafın yaptığı giderlere ilişkin başvuruyu değerlendirmesi gerekmiştir. Hakim arabuluculuğun gerçek bir başarı olasılığına sahip olup olmayacağı konusunu başlangıç noktası olarak kullanmamıştır. Aslında, hem Dunnett hem de Hurst ve Leeming davalarından farklı bir yol izlemiştir.

¹⁷ [2003] EWCA Civ. 1651; [2004] Lloyd's Rep 4

¹⁸ [2001] EWHC (Ch) 1051 [2003] 1 Lloyds Rep 379

¹⁹ [2002] EWHC Ch 2401

Konuya ilişkin olarak kaybeden tarafın aleyhinde karar vermiştir. Arabuluculuk tekliflerinin reddedilmesinin makul olduğu kararına varırken, teklif eden tarafın arabuluculuk teklifinde arabuluculuğa hazırlanmak için ayırdığı sürenin uzunluğunu, teklif eden tarafın hedefini, yani diğer tarafın üçüncü bir kişiyi sürece katarak anlaşmaya katkı sağlaması gerektiğini düşünmesini (uyuşmazlığın teklif eden ve edilen arasında sonuçlandırılması yerine) ve arabuluculuk teklifi kapsamındaki katı şartları dikkate almıştır.

Valentine ve Allen, Nash & Nash Davası'nda²⁰ Temyiz Mahkemesi, davacının arazi tecavüzü iddiasıyla engelleme kararı talep ederek açtığı davanın sonucuna yaptığı temyiz itirazını reddetmiş ve giderleri davacı üzerine bırakmıştır. Mahkeme davacının arabuluculuk teklifinin diğer taraf tarafından reddedilmiş olmasının, kaybeden temyiz tarafının diğer tarafın temyize karşı savunma giderlerini karşılaması şeklindeki normal düzenin etkisini azaltmadığına karar vermiştir. Çünkü diğer tarafın uyuşmazlıkta anlaşma sağlama konusunda ciddi anlamda çaba gösterdikleri barizdir.

Bu durum, hatırlanacağı üzere mahkemenin anlaşma sağlamak için alternatif girişimlere bakmayı reddettiği Dunnett davasındaki olgularla somut biçimde karşıtlık içindedir.

Konular daha sonra Halsey ve Milton Keynes General NHS Trust Davası'nda²¹ Temyiz Mahkemesi tarafından netleştirilmiştir. İlk davada (Halsey), Ölümcül Kazalar Yasası kapsamında bir davacının ileri sürdüğü talep reddedilmiştir ve hakim, davacının arabuluculuk teklifini reddetmiş olmasına rağmen davalının giderlerinin davacı tarafından karşılanmasına karar vermiştir. Davacı daha sonra giderlere ilişkin temyize gitmiştir. İkinci davada (Steel ve Joy vd.) ilk davalı ikinci davalıya karşı katkı davasını kaybetmiştir. İlk davalının arabuluculuk teklifini reddetmiş olmasına rağmen ikinci davalının giderlerinin karşılanmasına karar verilmiştir. İlk davalı yükümlülük ve giderlere ilişkin temyize gitmiştir. Temyiz Mahkemesi Halsey Davası'ndaki davacının ve Steel ve Joy Davası'ndaki ilk davalının giderlere ilişkin temyizlerini reddetmiştir. Bu karara varırken mahkeme şu ilkeleri ortaya koymuştur:

- Gerçek anlamda isteksiz tarafları uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeleri konusunda zorlamak bu kişilerin mahkemeye erişim hakları önüne kabul edilemez bir engel koymak anlamına gelecektir.

²⁰ [2003] EWCA Civ 1274

²¹ a.g.e. [2004] EWCA Civ 576 [2004] 1 WLR 30C2

- Kazanan tarafın AUÇ'yi reddetmesinden dolayı giderlerinin tamamının veya bir kısmının karşılanmamasına karar verilirken, bunun HUK Kısım 44.3(2)'deki genel kurala bir istisna olduğu ve bu genel kuraldan neden sapılması gerektiğini açıklama yükümlülüğünün de kaybeden tarafın üzerinde olduğu akılda bulundurulmalıdır.
- Bu tür bir sapma, kazanan tarafın davanın tüm koşulları dikkate alındığında makul olmayan biçimde davrandığı gösterilmediği sürece gerekçelendirilmemiştir.

Fakat mahkeme aşağıdaki faktörleri dikkate alınması gereken önemli fakat kapsamlı olmayan faktörler olarak değerlendirmiştir:

- Uyuşmazlığın mahiyeti: Bazı konular doğası gereği AUÇ'ye uygun değildir.
- Davanın esasları: Taraflardan birinin güçlü bir davaya sahip olduğu yönündeki makul inancı AUÇ'yi reddetmesinin makullüğü ile ilgili olacaktır, aksi halde maddi yaptırım korkusu haksız anlaşmaların ortaya çıkarılması için kullanılabilir. Eğer bu beyan edilen inanç gerçekten doğru değilse veya makul değilse, mahkeme bu noktada uyanık olacaktır. Davanın eşit bir dengeye sahip olduğu durumlarda, kişinin inancının makul olduğu durumlar haricinde reddetmenin makul olduğu değerlendirilirken taraflardan birinin kazanabileceğine dair inancının az dikkate alınması hatta hiç alınmaması gerekir.
- Diğer anlaşma yöntemleri için girişimde bulunup reddedilmiş olup olmadığı.
- Arabuluculuk giderlerinin orantısız biçimde yüksek olması.
- Gecikme: Bu husus arabuluculuğun sürecin geç bir aşamasında teklif edilmesi ve bu noktada kabul edilmesinin duruşmayı geciktireceği durumlarda ilgilidir.
- Arabuluculuğun makul bir başarı olasılığına sahip olup olmadığı: Bu ilgili bir faktördür fakat belirleyici değildir. Normalde makul bir başarı olasılığının olduğunu gösterme yükümlülüğü kaybeden tarafın üzerinde olacaktır (bkz. Hurst ve Leeming Davası).

- Mahkemenin arabuluculuğu teşvik edip etmediği: Mahkeme arabuluculuğu ne kadar teşvik etmişse, kaybeden tarafın kazanan tarafın reddinin makul olmadığını gösterme yükümlülüğünden kurtulma şansı o kadar azalacaktır.
- Kamu kurumlarının özel bir pozisyonda olmaması.

Halsey Davası'nda çözümlenemeyen bir nokta mahkemelerin gelecekte tarafların arabuluculuğu reddetmesinin ne kadar makul olduğunu değerlendirirken taraflar arasında alınıp verilen "tüm haklar saklı kalma kaydına tabi" dokümanlar veya müzakereleri delil olarak alıp alamayacaklarıdır.

Reed Executive ve Reed Business Information Davası'nda²² Temyiz Mahkemesi hakimlerin bunu yapamayacağına karar vermiştir. Halsey "tüm haklar saklı kalma kaydına tabi" materyallerin kabul edilemez olduğuna dair yasayı değiştirmemiştir (her iki tarafın da rızası olan durumlar hariç). Ancak, giderler konusunda mahkeme tarafından herhangi bir "Calderbank" materyaline bakılabilir. Sayın Yüksek Yargıç Jacob tarafından belirtildiği üzere, mahkemenin "tüm haklar saklı kalma kaydına tabi" materyallere bakamaması, bazı durumlarda mahkemenin taraflardan birinin arabuluculuğu reddetmesinin makul olup olmadığına karar verememesi anlamına gelir.

Mevcut davada, Temyiz Mahkemesi temyizi kazanan Reed Business Information ("RBI") tarafının temyiz duruşmasından önce arabuluculuğu reddetmesinin makul olmayan bir davranış olmadığını düşünmüştür. RBI birinci derece mahkemesinde kaybettiği için, müzakerede zayıf bir pozisyona düşmüştür; ayrıca teklif geç bir aşamada yapılmıştır; buna ek olarak da mahkeme RBI'nın başarılı olma olasılığına dair makul (ve sonradan anlaşıldığı üzere gerekçeli) bir inancı olduğuna dair tatmin olmuştur. Bu şartlar altında mahkeme AUÇ ihtimalinin giderler açısından dikkate alınması gereken ilgili bir faktör olmadığına karar vermiştir.²³

Daniels ve Commissioner of Police For The Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası'nda,²⁴ Temyiz Mahkemesi davacının giderlere ilişkin temyizini reddederken Halsey'de çizilen yolu izlemiştir. Birinci derecede, davacı taraf olan polis memuru, davalıya karşı açtığı fiziksel yaralanma davasını kaybetmiş ve giderleri üstlenmesi emredilmiştir.

²² [2004] EWCA Civ 887 [2004] 1 WLR 3026

²³ Cf. Burchell ve Bollard Davası [2005] EWCA Civ 358; [2005] BLR 330. Temyiz Mahkemesi taraflardan birinin yasal işlemler başlamadan önce diğer taraftan gelen makul bir müzakere talebini göz ardı etmemesi gerektiğini söylemiştir.

²⁴ [2005] EWCA Civ 1312

Temyizin bir parçası olarak, davalının müzakereyi reddetmesinin, anlaşmaya varmak için sunduğu Kısım 36 tekliflerini de reddetmesi ile açıkça görüldüğü üzere, makul olmadığını ve dolayısıyla giderlerin bir kısmını ödemesi gerektiğini iddia etmiştir. Temyiz reddedilirken, Temyiz Mahkemesi Halsey'de ortaya konulan yaklaşımı benimsemiştir. Sorunun müzakereyi reddetmenin ne derece makul olduğu olan bu davada önceki kararda ortaya konulan tüm ilkelerin ilgili olmayabileceğini de dikkate alarak, Sayın Yüksek Yargıç Dyson iki konunun ilgili olduğunu ve bunların davanın esasları ve arabuluculuğun makul bir başarı olasılığının olup olmadığı olduğunu belirtmiştir. Bir kamu kurumunun başkalarını caydırma amacıyla ileri sürülen dayanaksız (olduğu düşünülen) iddialara karşı duran bir yaklaşım sergilemesinin tamamen makul olduğunu gözlemlemiştir. Şu şekilde devam etmiştir: "Eğer rutin olarak dayanaksız olduğunu düşündükleri iddialarla karşılaşan davalılar bunlara karşı durmak isterlerse ve bunları savuşturmak için ödeme yapmak yerine (hava parası olsa bile) bunlara karşı koymak isterlerse, bu durumda mahkeme bunları makul olmayan davranışlar olarak niteleme konusunda ve nihayetinde davayı kazanırlarsa giderlerinin karşılanmasından alıkoyma konusunda ağır olmalıdır."

Hickman ve Blake Laphorn Davası'nda²⁵ Jack J'nin Halsey'i bir avukat kusuru davasının kaybeden davalıları arasındaki bir gider tartışması bağlamında değerlendirmesi gerekmiştir. Hakim ilk ve ikinci davalını, sırasıyla bir avukatı ve dava avukatını, bir fiziksel yaralanma davasındaki davranışları nedeniyle kusurdan sorumlu bulmuştur. Avukat yüksek giderler çıkmadan önce arabuluculuğa gitmeye hazırlanmış olduğunu fakat bundan hiçbir şey elde edemediğini çünkü dava avukatının müzakerelere veya arabuluculuğa katılmayı reddettiğini iddia etmiştir. Bu şartlar altında, davacının davaya ilişkin giderlerinin iki davalı tarafından birden değil, yalnızca dava avukatı olan davalı tarafından ödenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu talebi reddederken, hakim nihai olarak ödenen miktara yakın bir miktar ödenerek anlaşma sağlanabileceğine dair sağlam bir olasılık olduğunu kabul etmiştir. Ancak, avukat olan davalı hakimi dava avukatı olan davalının arabuluculuğu reddetmesinin makul olmadığı konusunda tatmin edememiştir ve özellikle de davalıların davayı değerlemeleri arasındaki büyük farkları dikkate almıştır. Jack J davaya ilişkin "ticari" bir görüşe sahip olmayı reddetmenin illa ki makul olmayan bir davranış olmak zorunda olmadığını gözlemlemiştir.

²⁵ [2006] EWHC 12 (QB)

Diğer tarafın giderlerini karşılama emri verme trendi bu yargı yetkisi alanında özellikle Sayın Yüksek Yargıç Jackson İncelemesi'nin ardından ve hatta Sayın Yüksek Yargıç Jackson'ın incelemesinde, yeni değiştirilen HUK Kısım 36'nın kendi kendine yeten bir kod olarak yürüyeceği yönündeki görüşünü zayıflatma derecesinde sürmektedir:

Temyiz Mahkemesi'nde PGF 11 SA ve OMFS Co 1 Ltd Davası²⁶ Sayın Yüksek Yargıç Briggs'in Halsey yargı yetkisi alanını, mahkemenin en ciddi ve aleni arabuluculuğu reddetme durumlarında kazanan tarafa kaybeden tarafın giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemesini emretme yetkisine sahip olması ve bir arabuluculuk teklifi karşısında sessiz kalmanın da makul olmayan biçimde reddetme anlamına gelmesi şekilde genişlettiği bir davadır. Bu dava ev sahibi olan PGF tarafından kiracı olan OMFS'ye karşı ileri sürülen üç bakımsızlık iddiası içermektedir. Süreç boyunca her iki taraf ta çeşitli Kısım 36 tekliflerinde bulunmuştur. PGF iki kez OMFS'yi arabuluculuğa davet etmiş fakat karşılığında sessizlikle karşılaşmıştır. Davada duruşmadan bir gün önce anlaşma sağlanmıştır ve PGF dokuz ay önce yapılan bir Kısım 36 teklifini kabul etmiştir.

PGF arabuluculuk tekliflerine karşılık vermemiş olmasından dolayı OMFS'ye normalde Kısım 36 teklifinin sağladığı giderlerden korunma faydalarının sağlanmaması gerektiğini iddia etmiştir. PGF ayrıca arabuluculuk teklifine cevap vermemenin reddetme sebepleri ne olursa olsun makul olmadığını ileri sürmüştür.

Takdir yetkisini kullanarak, Kıdemli Hakim bu görüşe katılmış ve OMFS'nin "ilgili dönem" olan tekliften sonraki 21 gün için giderlerinin karşılanmasını reddetmiştir. OMFS temyize gitmiştir. Temyizi reddeden Sayın Yüksek Yargıç Briggs şunu söylemiştir:

"Bu mahkemenin, AUÇ El Kitabı'nda yer alan Bölüm 11.56'daki tavsiyeyi güçlü biçimde onaylama zamanı gelmiştir: AUÇ'ye katılma teklifi karşısında sessiz kalmak, genel bir kural olarak, makul olmayan bir harekettir..."

Daha sonra kararında da şunları söylemiştir:

"Bana göre Halsey kararında ortaya konulan prensipler ve rehber ilkelere ilişkin gerçekleştirilen bu mütevazı genişletmenin ardında sağlam uygulama ve politika gerekçeleri vardır..."

²⁶ [2013] EWCA Civ 1288

Bir arabuluculuk teklifine cevap vermeyen taraflar, kabul edecek veya etmeyecek olmaları önemli olmaksızın maddi yaptırımlarla karşılaşabilirler. Verilen kararın farklı Halsey faktörleri arasındaki karşılıklı ilişkiyi açıklamaya ve gelecekteki değişiklikleri gerekçelendirmeye yönelik ilkeli bir yaklaşımın önemini vurguladığı ileri sürülmektedir. Sayın Yüksek Yargıç Briggs tarafından gözlemlendiği üzere 'bu tavsiye doğrudan bir reddetme veya sessiz kalma yerine yapıcı biçimde AUÇ'ye katılma çağrısı olarak iyi biçimde özetlenebilir.'

O zamandan bu yana, konuya ilişkin giderek büyüyen bir içtihat hukuku ortaya çıkmıştır ve bu alandaki davalara en yeni eklenen Phillip Garritt-Critchley vd. ve Andrew Ronnan ve Solarpower PV Limited Davası'dır.²⁷ Bu dava daha da ileri giderek arabuluculuğun ne zaman düşünülmesi gerektiğine ilişkin kriterler tanımlamıştır, çünkü çok uzak olmanın arabuluculuğu reddetmek için makul bir cevap olmadığı ileri sürülmüştür.

Davanın merkezinde, bir şirketteki belirli hisselerin uyuşmazlık konusu olan bağlayıcı bir anlaşma kapsamında temlik edilmemiş olduğu iddiaları bulunmaktadır. Davacılar iddia mektuplarında AUÇ imkanlarını araştırma konusundaki istekliliklerini dile getirirken, davalılar hem verdikleri cevapta hem de Dava Hazırlık Anket Formu'nda arabuluculuğu reddetmiş ve buna gerekçe olarak da tarafların birbirlerinden "çok uzak" olduklarını ileri sürmüşlerdir. Aynı şekilde, davalıların kendi davalarından emin olduklarını belirttikleri ve mahkemede kazanan taraf olacaklarından şüphe duymadıkları söylenmiştir.

Dava için bir duruşma günü belirlenmiştir, bundan önce de davacılar bir Kısım 36 teklifi sunmuştur fakat bu kabul edilmemiştir, bundan önce uyuşmazlıkta anlaşma sağlanması ve hukuki giderlerin dörtte üçünün karşılanması yönünde bir karşı teklif davalılar tarafından ileri sürülmüştür. Dört günlük bir duruşma gerçekleştirilmiş ve henüz bir karar verilmemiştir, bu sırada da davalılar yapılan Kısım 36 teklifini kabul etme düşüncesiyle tekrar değerlendirmiş ve sonunda beklendiği gibi kabul etmişlerdir.

Davalıların arabuluculuğa katılma isteğinin olmaması davacıları tazminat arayışına girmeye itmiştir. Sayın Yargıç Waksman davacıların lehine karar vermiş ve davalıların arabuluculuğa katılma konusunda isteksiz olmalarının bu kararın temel nedeni olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Bu kararda Sayın Yargıç Waksman arabuluculuğun mahiyetine ilişkin olarak çok sayıda gözlemde bulunmuştur ve bu gözlemleri uyuşmazlık taraflarına yeni temel rehber ilkeler sunmaktadır.

²⁷ [2014] EWHC 1774 (Ch)

Bir yapı anlaşması uyuşmazlığının, söz konusu senaryoların çeşitliliğinden dolayı arabuluculuğa en uygun aday olduğunu söylemiştir, bu da davalıların bir orta yol bulmak için birbirlerinde "çok uzakta" oldukları inancının temelsiz olduğu anlamına gelmektedir. Sonuçta, durumu tartışmadan bir orta yol olmadığını nasıl bilebilirler'?

Aynı şekilde, taraflar arasındaki kötü hisler ve kuşkular da bir arabuluculuk teklifinin terslenmesi için geçerli bir neden değildir, çünkü bu bir davaya konu olan uyuşmazlıklarda görülen ortak bir dinamiktir ve tabi ki arabulucunun var olma nedeni birbirlerine tamamen zıt olan iki tarafı bir araya getirmektir. Hakim aynı zamanda davalıların kendi davalarının gücüne ilişkin inatlarını da gerçekçi bulmadığını vurgulamıştır çünkü - eğer davaları bu kadar baskın olsaydı duruşmasız bir yargılama isterlerdi.

Hukuk analizcileri kararın sonuçlarını, kendi kurumları için briefing notları yoluyla vurgulama konusunda hızlı davranmışlardır. Pannone'den Peter Barnard kararın "arabuluculuğun yargı tarafından sıkı biçimde desteklendiği ve tarafların ve uygulayıcıların AUÇ'ye katılmayı reddetmenin olası sonuçlarını dikkatli biçimde değerlendirmeleri gerektiği mesajını pekiştirdiğini" açıklamış ve davacılara tavsiyede bulunmuş, öte yandan da Taylor Wessing'den Edward Cooper diğer tarafın arabuluculuğa veya başka bir AUÇ türüne başvurmayı teklif ettiği durumlarda "çoğu durumda bu teklifi göz ardı etmenin veya reddetmenin çok riskli olacağını" yazmıştır.

Ancak uygulamaya yönelik bir bakış açısından bakıldığında, otorite içtihat hukukunun yüksek dava harçlarından kaçınmak için ne zaman arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin çekişmeli bir yol göstermesine bir diğer örnektir. Halihazırda arabuluculuğa katılmanın giderlerine, ücretlerin geri alınabilirliğine, ne zaman arabuluculuğa başvurulması gerektiğine ve de arabuluculuk teklifine cevap vermeme şeklindeki hukuki duruşun makul bir davranış olmadığına ilişkin verilmiş hükümler vardır.

Phillip Garritt-Critchley üzerinde düşünülecek başka noktalar sunmaktadır:

- Davanın esaslarına ilişkin, anlaşma fikrini araştırmayı bile reddedecek kadar veya tam bir duruşmasız yargılamaya gitmeyecek kadar aşırı derecede güven duyma riski;
- En aksi ve şiddetli kavgalar gibi görünen durumlar bile arabuluculuktan kaçınmayı gerekçelendirmek için yeterli olmayabilir çünkü arabulucunun görevi tarafları bir araya getirerek bu tür anlaşmazlıkların üstesinden gelmektir;

- Tarafların makul olmadığını düşündüğü şeyler mahkeme tarafından aksi şekilde görülebilir. Davalıların arabuluculuğu tamamen reddetmesi, diğer tarafın gerçekçi veya makul olmayan taleplerde bulunduğunu düşündükleri durumda bile kabul edilmemiştir. Eğer taraflar oturup sahip oldukları algıları tartışmazlarsa burada talebin makul olup olmadığını anlamanın bir yolu yoktu.

Arabuluculuğu reddetmek maliyetli bir hata olabilir. Güçlü bir dava söz konusu olsa bile, bir zafer veya daha iyi bir anlaşma teklifi elde etmek için arabuluculuktan kaçınmanın bedeli yüksek olabilir.

Laporte vd. ve The Commissioner of Police of the Metropolis [Büyükşehir Emniyet Müdürlüğü] Davası'nda²⁸ davacı taraf arabuluculuk teklif etmiştir. Davalı, davacı (ve da mahkeme) tarafından bir kereden çok AUÇ'yi düşünme konusunda teşvik edilmiş olmasına rağmen, teklifi kabul etmemiştir. Yargılamada, davalı maddi konuların hepsinde kazanmıştır. Ayrıca, mahkeme arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilmiş olması durumunda anlaşmaya varma ihtimalinin olmasına rağmen bunun hiçbir şekilde kesin olmadığı sonucuna varmıştır.

Giderlere ilişkin takdir yetkisini kullanırken, mahkeme davalının süreçteki davranışlarını değerlendirmiş ve uygun Halsey faktörlerini de dikkate almıştır. Mahkeme davalının giderlerinin yalnızca üçte ikisinin karşılanmasına ve dolayısıyla üçte biri kadar maddi yaptırıma maruz kalmasına karar vermiştir. (Davalının £100.000 talep etmiş olması ve mahkemenin ara gider olarak £50.000 vermiş olması bu yaptırımın ciddi miktarda bir para olabileceğini ortaya koymaktadır).

- Mahkeme tarafından dikkate alınan 'davranış' faktörlerinden birisi, mahkemenin davalıya davacının arabuluculuk teklifine belirli bir zamana kadar cevap vermesini emretmesine rağmen, davalının bunu belirtilen tarihten çok sonrasına kadar yapmamış olmasıdır.
- Verilen karar arabuluculuk teklif etmiş olan bir davacının bir cevap almak için nasıl "uygun bir gayretle" diğer tarafı cevap vermeye zorlaması gerektiğine ilişkin bir öngörü sağlamaktadır.

²⁸ [2015] EWHC 371(QB) (19 Şubat 2015)

- Davalının "orantılı bir bağlılık ve odaklanmayla" AUÇ'ye katılma konusunda başarısız olduğu bulunmuştur. Ayrıca "AUÇ sürecine tam anlamıyla ve yeterli olarak katılma" konusunda da başarısızlık söz konusudur.
- Davacının arabuluculuk için ön şartlar üzerinde ısrar etmesi muhtemelen bir hata olurdu, fakat bunu yapmaya yaklaşmış olsalar da gerçekte yapmamışlardır.

7.7 Olası Zorluklar

Davaların çoğunda, arabuluculuğun başarıya ulaşma ihtimalinin ortaya çıkarılması spekülasyon bir çalışma olmaya mahkumdur. Eğer dava yargıya taşınırsa bu durumda muhtemelen mahkemenin herhangi bir Calderbank yazışmasına erişimi olacaktır fakat bunun Reed Executive davasında Sayın Yüksek Yargıç Jacob tarafından gözlemlendiği kadar kapsamlı bir resim sunmaması riski söz konusudur. Aşıkare surette, mahkeme arabuluculuğun başarı ihtimalini değerlendirme konusunda yetersiz kalacaktır. Az sayıda hakim arabuluculuk konusunda kapsamlı deneyim sahibi olmasından dolayı, bu hakimlerin arabuluculuğun başarısına veya diğer Halsey faktörlerinden birine ilişkin değerlendirmeleri daha az tahmin edilebilir olabilir.

Giderlerin geri alınabilirliği hemen hemen her zaman dava stratejisinin kilit sorularındandır. Önde gelen otoriteler, arabuluculuğu reddetmenin artık uyuşmazlık yönetimi konusunda tavsiye sunan uygulayıcılar için yüksek bir risk içerdiğini ileri sürmektedirler. Halsey kararının ne kadar eski olduğu göz önünde bulundurulduğunda, arabuluculuğun en azından değerlendirilmeye uygun olmadığı çok az sayıda dava vardır.

Bölüm 8

ARABULUCULUK TARAF VEKİLLİĞİ İÇİN PAZAR OLUŞTURMAK

[Boş bırakılmıştır.]

Bölüm 8

ARABULUCULUK TARAF VEKİLLİĞİ İÇİN PAZAR OLUŞTURMAK

Yirmi beş yıllık geçmişine rağmen Birleşik Krallık'taki hukuki/ticari arabuluculuk sektörü açılan davaların sayısına göre hala nispeten az görünmektedir. Bu ölçüme göre, CEDR tarafından yılda iki kez gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyetleri anketi yavaş kademeli büyüme göstermekte ve arabuluculuk sektörünün hukuki uyuşmazlıkların en fazla %4'ünü ele aldığını ortaya koymaktadır. Ancak Hukuk Derneği (/Baro) ve Baro Konseyi gibi kurumlar arabuluculuğu normatif bir süreç olarak tanıtmada konusunda çok az çaba göstermişlerdir ve hukukçu arabuluculara sadece eğitim ve biraz destek sağlamışlardır. Yeni taraf vekilliği becerileriyle bir pazar oluşturmak isteyen arabuluculuk temsilcileri için arabuluculuk tarihinin eğitici bir öykü sunması gerekmektedir.

8.1 Arabulucuların Deneyimi

İngiltere, Galler ve İskoçya yargı yetkisi alanları dahilinde 10.000'den fazla eğitimli arabulucu vardır fakat muhtemelen sadece 80-100 kadarı kendilerini tam zamanlı arabulucu olarak tanımlamaktadırlar. Bu durum aile ve istihdam işlerinde kamu finansmanının ve giderlerin geri alınabilirliğinin kaldırılması sonucunda iş yükleri katlanarak arttığı görülen aile veya işyeri arabulucuları için söz konusu değildir. Daha yüksek bir sayı olarak, hukuki arabulucuların muhtemelen 250-350'si düzenli olarak ara sıra da olsa avukat, mülk veya inşaat uzmanı veya bilirkişi tanık olarak yürüttükleri kendi mesleki faaliyetlerine ek olarak arabuluculuk faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bunun ötesinde, eğitimi, gözlemciliği veya asistanlığı tamamlayan ve nitelik sahibi olan fakat sadece arabulucu olarak tutulan azımsanmayacak sayıda kişi vardır. Arabulucuların çoğu farklı çatışma çözümü becerilerini bir arada sunan faaliyetlerde bulunurlar, örn. arabuluculuk, kolaylaştırma, eğitim ve arabuluculuk farkındalığını teşvik etmek için yazı yazmak veya konuşma yapmak veya en azından bireysel becerileri ayırarak ve bunları daha geniş alanlarda uygulayarak arabuluculuk hizmetlerini ayrıştırmak gibi.

Bu kitabın yazıldığı sırada, Birleşik Krallık'taki piyasada arz o kadar fazla ki mevcut ticari davalar akredite edilmiş arabulucular arasında eşit olarak dağıtılsa, arabulucuların hiçbirine yılda iki veya üç davadan fazlası düşmez. Bu piyasa koşulları altında, fiyatlandırma duygusal ve rekabet keskindir.

Pazarda aşırı sayıda arabulucu bulunduğu iddia edilmektedir fakat aslında bu tartışmalıdır. Buradaki husus doygunluk ile ilgili değildir, çünkü pazar tartışmasız biçimde büyümektedir - özellikle mahkeme harçlarındaki aşırı artış ve Jackson'ın %50-55 düzeyine indirdiği giderlerin geri alınabilirliğine ilişkin gerçekçi hedefler nedeniyle - asıl konu eşit olmayan iş dağılımı ve pazarın bölünmesidir. Yeni oluşan pazarların çoğu ve de uzmanlaşmış pazarların neredeyse tamamı gibi, en üstte görülen uygulayıcılar pazardaki diğer kişilere kıyasla daha zengin ve daha görünür hale gelmektedirler.

Arabuluculuk sektörü piramit şeklinde bir yapı oluşturmıştır. En uçta arabuluculuğun yıldızları bulunur. Bu başarılı, ileri düzeyde aranan, nispeten daha çok para kazanan profesyonellerin kariyerlerinin zirvesinde olmalarının bir nedeni vardır. Bunlar ya 1990'lı yılların başlarında arabulucular için yeni bir iş modeli yaratmış olan yenilikçilerdir, ya da ikinci dalgada yer alan, 1990'lı yılların ortalarında eğitim almış ve daha sonra fiyat, özel bir alanda uzmanlık, hizmet kalitesi ve hatta kişiliklerinin etkileriyle kendilerine bir iş oluşturmuş profesyonel arabuluculardır. İşler sahip oldukları deneyim ve şöhretten dolayı onlara gelir ve bu artık pazarda mevcut olan çok sayıdaki seçeneğe ve özellikle fiyata dayanan seçeneklere rağmen böyledir. Kitlesel kişiselleştirme konsepti süpermarketteki şampuan için nasıl işe yarıyorsa arabulucular için de aynı şekilde işe yarar - her kullanıcı açık, düzenlenmeyen bir pazarda kimi isterse onu seçebilir. Pazardaki doygunluk arabulucuları işinden etmemiştir fakat iki etkisi olmuştur. Birincisi, ücretler üzerinde aşağıya doğru bir baskıya neden olmuş olmasıdır. İkinci olarak da, pazar müvekkillerin lehine hareket etmiştir, artık uyuşmazlık tarafları ilk tercihleri olan arabulucuyu beklememekte; bunun yerine listede aşağı inerek kendi müsaitlik durumlarına uygun başka birisini bulabilmektedirler.

Yeni arabulucuların çoğu bir iş kurabilmek için gereken kararlılık, beceri, düşünce yapısı ve hazırlığa sahip değildir. Gönüllü olarak veya toplum arabuluculuğuna girerek deneyim kazanmaya çalışırlar. Ancak para almadan çalışmak genellikle işten kar elde edebilmek için etkili bir yol değildir. Arabuluculuk müvekkillerinin önceden bedavaya aldıkları hizmete daha sonradan para vermeye karar verecekleri fikri mantığa aykırıdır. Muhtemelen daha etkili olacak bir çözüm pazara numune sunmaktır, bu da uzmanlığınızın bir kısmını ilişki kurma ve güven geliştirme karşılığında ücretsiz olarak sunmanızdır.

Gerçekte, arabuluculuk pazarının tamamı kendisini sahip olduğu değerden daha azına satmaktadır. Arabuluculuk insanların hayatlarına ve işlerine muazzam bir değer katan hayati öneme sahip bir hizmettir ve uygun biçimde profesyonel olarak ücretlendirilmeyi hak etmektedir. Uygulayıcılar hem karlı bir iş kurabilmeli ve iyi düzeyde geçim sağlayabilmeli hem de başkalarına hizmet verebilmelidirler.

8.2 Arabulucular ve Arabuluculuk Taraf Vekilleri Ne Kadar Ücret Talep Etmeli?

The Mediator [Arabulucu] dergisinde Eylül 2008'de yazan ve kıdemli arabulucuların ücretlendirme oranlarının dökümünü ilk kez yayınlayan editör Matthew Rushton, nesnel bir açıdan bakıldığında, arabulucuların ve baş temsilcilerin veya taraf vekillerinin arabuluculukta üstlendikleri göreceli iş yükleri dikkate alındığında, arabulucuların da müvekkillerden tarafların temsilcilerinin talep ettiğinden daha az ücret talep etmemeleri gerektiğini ileri sürmüştür. Bu yalnızca iş yükü açısından değil aynı zamanda katma değer analizi açısından da gerekçeli bir harekettir.

Dolayısıyla, dava avukatlarının günlük on saat için £2.750 ila £6.500 civarında fatura çıkardıkları büyük çaplı bir ticari uyuşmazlıkta, arabulucuların da aynı faturayı çıkarması gerekir ve odadaki en çok kazanan avukatlarla eşitlik sağlamaları asgari bir mesleki zorunluluktur. Aradan geçen yıllara rağmen bu arabulucuların çoğu için hala sadece bir hayaldir. Ayrıca, bu miktarın her iki tarafa da mı fatura edileceği yoksa aralarında paylaşılması mı gerektiği konusu daha karmaşık soruların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Katma değer bazında, The Mediator [Arabulucu] dergisinin temasa geçtiği ekonomistler ve muhasebeciler arabulucuların bunu yapma konusunda haklı olacaklarına inandıklarını belirtmişlerdir. Aynı şekilde, bir davada ödenen yasal harcamalara oranla arabulucunun ücreti genelde o kadar düşüktür ki, bu miktarın ikiye katlanması bile çok küçük bir fark yaratacaktır.

Her ne kadar piyasa ücretleri arabulucuların sunduğu hizmetin değerini karşılamasa da, fiyata ilişkin pazarlık yapmayı engelleyecek bir strateji geliştirmek uygulayıcı fazlası bulunduğu yönünde güçlü bir algı bulunan bir pazarda gerçek bir zorluktur. Bir günlük arabuluculuk boyunca, benzer davalarda çalışmayı bekleyen arabuluculardan oluşan dilim, partnerlerin oranlarına kıyasla %60 daha az ücret talep etmektedir.

Saati saatine, Birleşik Krallık'taki en iyi arabulucuların kendilerine verdikleri finansal değer, Londra'da bir hukuk bürosunda maaşlı çalışan orta düzeyde bir avukata eşdeğerdir. Ve tarafların giderleri bölüştüğü durumlarda, iki taraflı bir davada bu ücret bahsedilen orta düzey avukatının yarısı kadardır ve bu çok taraflı uyuşmazlıklarda genellikle daha da azdır. Arabulucuların uyuşmazlıklara ne değer katabileceği sorusunu bile ele almadan önce, bu gerçekler göz önünde bulundurulduğunda, arabulucuların sundukları hizmet karşılığında talep ettikleri ücret oranlarının çok düşük olduğu gerçeğinin göz ardı edilmesi zordur.

Her ne kadar arabulucuların sadece pazarın ayakta kalmasını sağlayacak düzeyde ücret talep ettiği söylenmiş olsa da, arabuluculuk pazarındaki ücretlendirme, fiyatların henüz doğru düzeyi bulamadığı, yeni oluşan bir pazarda karakteristik olarak görülen bazı kalıpları takip eder. İlgili kıyaslamaların ve geçmiş örneklerin bulunmadığı bir pazarda, fiyatlandırma her zaman bir tahmin unsuru içerir çünkü ne satıcı ne de alıcı verilen hizmetin gerçek değerini ölçebilmek için gereken bilgiye sahip değildir.

Uzman arabuluculuk taraf vekili olarak bir iş geliştirmeye çalışan, pazara yeni giren biri için de benzer durumlar geçerli olabilir.

Yeni oluşan pazarlar, elbette ki pazarın yeni ürüne daha aşına hale gelmesiyle beraber olgunlaşırlar ve evrim geçirirler. Arabuluculuk pazarına özgü birtakım faktörler bu fiyat düzeltme sürecinde yıldırıcı olabilir. Birincisi, fiyatlandırmaya ilişkin bilgi rastlanması zor bir olgudur. Pazara ilişkin somut bir bakış oluşturabilmek için, arabulucuların geniş bir referans çerçevesine ihtiyacı vardır ve her ne kadar arabulucular fiyatlandırmayı birebir tartışsalar da, anlaşmalı fiyat belirleme veya rekabetçi olmayan davranış iddialarına maruz kalma korkusuyla gruplar ve paneller bu tür tartışmalardan haklı olarak uzak dururlar. İkincisi, arabuluculuk, sonsuz esnekliği ve çeşitliliği ile beraber - özellikle pazarın alt kesimlerinde - arabulucunun niteliklerine bakılmaksızın sabit fiyatlı bir ürün olarak satılır. Uyuşmazlıktaki miktarlarla ilgili oranlar belirlemek daha çok fiyat kümesine neden olur ve pazarın liyakate dayalı bir sistem tanımlama girişimlerine engel olur.

Yetersiz bilgi fiyatların etkili olmayan bir düzeyde tutulmasına katkı sağlar ve bu da pazara çok az prim verir ve çok az kişinin eline çok fazla iş verir. Genel olarak arabulucular ve çelişkili biçimde hizmet sağlayıcılar pazara ilişkin bilgiden daha fazla fayda sağlayacaklardır.

8.3 Arabulucular Ne Kadar Ücret Talep Ediyor?

Arabulucular genelde, bazı durumlarda günü on saat, bazıları da sekiz saatten hesaplayarak ücretlendirme yapma uygulamalarına, yaklaşık olarak aynı aralığa düşen günlük ücret oranları talep ederler. Söz konusu günde ek saat ücreti almak nispeten yaygındır, fakat bazı arabulucular alacakları ücretin arabuluculuğun ne kadar geç saate kadar sürdüğüne bakmaksızın arabuluculuk boyunca aynı olduğu görüşünü benimserler.

Arabulucuların hazırlık süreci için nasıl ücretlendirme yaptıkları büyük ölçüde farklılık gösterir. Kabul gören düşünce müvekkillerin sabit bir ücretle daha rahat ettikleri yönündedir ve bazı arabulucular hazırlık ücretini de günlük ücretlerine katan bir paket sunarlar. Bazıları tüm gerekli hazırlıkları günlük ücretlerine katarken; diğerleri üç ila on saat arasında değişen belirli miktarda hazırlık ve seyahati eklerler.

Bu tür paket anlaşmaların bariz olumsuz yanı, daha fazla hazırlık gerektiği durumda arabulucunun paket ücretinin amacından saparak saatlik ücret alması veya finansal olarak zarara girmesidir. İkinci durumda, arabulucu yeterli biçimde hazırlanmasını engelleyen finansal açıdan caydırıcı bir durumla karşı karşıya kalır. Fakat gerçekte arabuluculuğa konu olan uyuşmazlıkların çoğunda üç ila beş saat arasında veya daha az bir süre hazırlık yapabilmek için yeterlidir.

Kendilerini pazardaki fiyatın çok üzerine çıkarmamak adına arabulucular arasında yaygın olarak kullanılan uygulamalardan biri de düşük miktarların söz konusu olduğu davalarda daha düşük ücretler talep etmek, daha yüksek meblağların söz konusu olduğu davalarda ise daha yüksek ücretler talep etmektir.

Rushton, birkaç istisna dışında, arabuluculuk pazarının mesleğin ne kadar kendine güvensiz bir meslek olduğunu gösterdiğini iddia etmiştir. Düşürülmüş ücretler sunma, başta belirtilen sekiz veya on saatlik süreden fazlası için ücret almama ve hazırlığa çok fazla zaman ayrıldığında da bunu faturalandırmama davranışlarının altında yatan düşüncenin arabulucuların herhangi bir ücret karşılığında çalıştıkları için minnettar olmaları gerektiği olduğunu ileri sürmüştür.

Her ne kadar arabulucuların kendilerini hukuk mesleğinden ayırmaları doğru ve uygun olsa da, temsilcilerin ücretleri ile aldıkları ücretler arasındaki fark özellikle keskindir.

Önde gelen hukuk firmaları maliyete odaklı rekabet etmezler; bunun yerine daha az müvekkilden daha kaliteli işler almaya odaklanırlar ve az para ödeyen müvekkilleri agresif biçimde dışlarlar. Aynı zamanda çalıştıkları saat karşılığında ücretlendirme konusunda daha inatçıdırlar çünkü verdikleri hizmetin kalitesi ve sundukları değerden emindirler. Aynı şekilde, hukuk firmaları son on beş yılda ücretlerini aşırı derecede yükseltme konusunda da pişmanlık duymayan bir tavır sergilemişlerdir.

Hukuk piyasası açıktır ve ileri düzeyde rekabetçidir ve hem firmaların hem de bireysel avukatların niteliklerine ve yeterliklerine ilişkin yeterli bilgi mevcuttur. Bunun sonucunda da, Magic Circle hukuk firmaları (Birleşik Krallık'ta faaliyet gösteren en büyük beş firma) sahipleri tarafından yönetilen işletmeler adına hareket etmek için fiyatlarını alt düzey avukatların düzeyine düşürmezler. Rushton pazarın olgunlaşması ve fiyatların sabitleşmesine izin vermesi için tek yolun kesin biçimde en üstteki arabulucuların kimler olduğunun belirlenmesi (ki bu zor değildir) ve bu arabulucuların kendilerini en üst düzeydeki davalarda sınırlamasının sağlanması ve bunlar için de uygun ücretler talep etmesi (ki bu bariz biçimde muhtemelen daha zor olacaktır) olduğuna inanmaktadır. Bu olmaksızın bu pazar zayıf kalacaktır.

8.4 Arabuluculuk Taraf Vekilliği

Birleşik Krallık'taki hukuki/ticari arabuluculuk pazarı geçmişinin temsilcilere verebileceği bir ders varsa o da arabuluculuk taraf vekilliğini yeni bir pazar olarak satmaya çalışmamaları, bunun yerine mevcut uyuşmazlık çözümü pazarındaki yeni bir uzmanlık becerisi olarak ifade etmeleri olacaktır. Bu yeni oluşan pazarlarla ilişkilendirilen pazar payına ilişkin zorlukların ve eşit olmayan iş dağılımının önlenmesini sağlayacak ve umulur ki, piramit yapının gelişmesini engelleyecektir. Daha önemli olan konu ise arabulucu tarafından sunulan hizmetlerin ve arabuluculuk taraf vekilinin rolünün birbirinden somut biçimde ayrılmasıdır.

Bu kitabın özü okuyucuları arabuluculuk sürecinin ileri düzeyde sofistike bir yönetilen müzakere süreci türü olduğu ve duruşma sunumuna kıyasla müvekkiliniz için baş müzakereci, taraf vekili ve stratejist rollerini aktif biçimde oynayabilmek için daha az değil aksine daha çok hazırlığın gerektiği konusunda ikna etmektir. Bundan dolayı, arabuluculuk taraf vekili ücretlendirme yaparken normalde kullandığı dava veya danışmanlık ücretini baz alacaktır. Uzmanlık ücretleri genellikle fiyatta artış sağlayabilir ve sağlamalıdır da. Her şekilde, pazara dönük yaklaşım normalleştirme yönünde olmalıdır. Bir uzman olarak becerilerinizi tanıtmak, evet, ama normal bir pazar içinde - buradaki fikir, arabuluculuğun hala uyuşmazlık çözümünde normal bir yaklaşım olarak görülmesi gerekiyorsa, ileride bunun olacağı şeklindedir.

Arabuluculuk ücretleri konusunda bir akımı takip etmek kesinlikle önerilmez. Taraf vekilleri, özellikle de avukatlar birlikte bir arabuluculuk öncesi konferans ve hazırlık için tek bir temel ücret belirleyebilirler, fakat profesyonel ücretler göreve kattıkları değer doğrultusunda belirlenmelidir.

8.5 Pratiğiniz Nereden Gelecek?

Daha çok arabuluculuk ve AUÇ faaliyetinde bulunmak isteyen pek çok uygulayıcı, arabulucularla aynı trendi takip ederler. 'Rüya Tarlası' pazarlama tekniğine girerler ve işlerinin artacağını umarlar: Kendilerini panellerle ve eğitim sağlayıcılarla ilişkilendirirler. Toplumsal alanda hayır amaçlı çalışmalar yaparlar. Diğer avukatlar tarafından tavsiye edilmeyi beklerler: Pek çok avukat AUÇ çalışmalarını başkalarına tavsiye etmeyi tercih eder çünkü en iyi bildikleri uyuşmazlık çözümü dünyası budur. Bir dava avukatıysanız bile, bu şekilde tam zamanlı bir iş kurmanız uzun zaman alacaktır.

Ulusal, bölgesel ve yerel arabulucuların veya profesyonel uygulayıcı derneklerin kamuyu bilgilendirmesini ve size iş yaratmasını beklemek cazip bir seçenek değildir. Uygulayıcı derneklerin çoğu bunu yakın gelecekte gerçekleştirecek kaynaklara sahip değildir ve bunun bu derneklerin işi olup olmaması da tartışılan bir konudur.

Dolayısıyla başkalarını beklemekten vazgeçin. Arabuluculuk müvekkillerinizin kendi yaşamları, davranışları ve kararlarına ilişkin olarak sorumluluk almalarını beklediğiniz şekilde, kendi gerçekliğinizi yaratmaya başlayın. Süreci ve uzmanlığınızı olumlu biçimde pazarlayın ve şimdi başlayın. Bunu sürekli müvekkilleriniz ve firmanız ve çevreleri arasında uygulayın. Kavramı geliştirin ve AUÇ çalışmalarınızı kendi güçlü yanlarınıza ve yapmaktan hoşlandığınız görevlere dayandırın. İsteddiğiniz işi yapabilmek için hali hazırda sahip olduğunuz bilgi ve değerleri temel alarak bunların üzerine geleceği inşa edin.

Konuyu elinizdeki işe uygun olan bir araç olarak ele alın. Arabuluculuğu teklif etmek için beklemeyin ve uyuşmazlığı arabuluculuk tarafından yönetileceği noktaya taşıma konusunda proaktif olun ve bu kitapta önerilen teknikleri kullanın. Faaliyetlerinizi SCMA Arabuluculuk Taraf Vekilliği Standartları ile ilişkilendirerek profesyonelleştirin veya bir SCMA üyeliği ile markalaştırın.

Zamanı geldiğinde, bir SCMA Akredite Edilmiş Arabuluculuk Taraf Vekili (yerel) veya IMI Onaylı Arabuluculuk Taraf Vekili (uluslararası) olun.

Arabuluculuk Terimleri Sözlükçesi

Açılış Beyanları [Opening Statements]: Ortak açılış oturumunda, genellikle arabulucunun açış konuşmasından sonra yapılan sözlü sunumlar. Bu sunumlar, tarafların her birine, tüm duygularıyla ve kesinlik içinde, kendi davalarını kesintisiz olarak ifade etme fırsatı tanır.

Akran arabuluculuğu [Peer mediation]: Çoğunlukla öğrenciler ve gençlerin, kendi aralarındaki anlaşmazlıkları çözümlmek için birbirlerine yardım edecek biçimde eğitildikleri durumda, akran grupları arasında arabuluculuğun kullanılması. Bu tabir aynı zamanda, bir kuruluş bünyesindeki arabulucuların, kendi çalışma arkadaşları için arabuluculuk yaptığı durumlar için de kullanılır.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ) [Alternative Dispute Resolution]: Mahkemelerde dava açılmasına alternatif olarak uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan usuller dizisi. Bu usuller genel olarak, ya bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan hakem sıfatıyla ya da tarafların kendi çözümlerine ulaşmasında arabulucu veya uzlaştırıcı sıfatıyla hareket eden tarafsız üçüncü bir kişinin yardımını içerir. Bazı yorumculara göre, mahkeme kurallarının sınırı aşar biçimde yaklaşması, bu kısaltmanın kullanımının Dostane Uyuşmazlık Çözümü (ICC Kuralları), Uygun Uyuşmazlık Çözümü (yaygın kullanım) veya Hızlandırılmış Uyuşmazlık Çözümü (Grahame Aldous QC'ye atfen) biçiminde değişmesine yol açmıştır.

Anlaşma Başlıkları [Heads of Agreement]: Arabuluculuk sonunda imzalanan anlaşmanın temel koşullarının ortaya konulduğu kısmı.

Anlaşma Tutanağı [Settlement Agreement]: Müzakere sonucunda ulaşılan anlaşmanın başlıca koşullarını, açıkça anlaşılır dille ortaya koymaya yönelik kısa doküman. Hukukta sözleşme hükmündedir ve bu nedenle yasal, anlamı bakımından yeterince kesin, yapılabilir (yani önerilen çözümün uygulanması mümkün olmalı) ve uygulanabilir olmalıdır.

Arabulucu [Mediator]: Uyuşmazlık taraflarının, uyuşmazlıkları hakkında mutabık oldukları bir çözüme ulaşmalarına yardım eden tarafsız, eğitilmiş, karşılıklı kabul edilen, tarafsız üçüncü kişi. Arabuluculuk, arabulucu olmadan yapılamaz; arabulucunun varlığı, tarafların kendi başlarına doğrudan müzakereye girdikleri durumda var olmayan yeni bir dinamik yaratır.

Arabuluculuk [Mediation]: Tarafsız, eğitimli, karşılıklı kabul edilen, tarafsız üçüncü kişinin, iki (veya daha fazla) uyuşmazlık tarafının, bir uyuşmazlığı nasıl çözümleneceklerini belirlemelerine yardım ettiği, gizliliğe tabi olarak yürütülen esnek süreç. Ulaşılabilecek her türlü anlaşmanın koşullarını arabulucu değil, uyuşmazlığın tarafları belirler. Arabuluculuk genellikle, geçmişteki davranışlardan ziyade geleceğe odaklanır, kimin kusurlu olduğuyla veya somut olayın bulgularını tayin etmekle ilgilenmez. Hakimler veya hakemlerin aksine, arabulucuların taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi yoktur; yine de güçlü arabulucular, sonucu etkileyebilecek önemli yeteneklere sahip olabilirler. Arabulucular, iletişim ve müzakerenin kolaylaştırılmasına odaklanabilir; öte yandan, çözümler önerebilirler ve tarafları anlaşmaya ikna etmek için pozitif ve negatif teşvikler içeren kaldracı kullanabilirler.

Arabuluculuk Anlaşması [Mediation Agreement]: Gizlilik, anlaşma yetkisi, ödeme ve arabulucunun rolü dahil olmak üzere, arabuluculuğun yürütüleceği koşulları ortaya koyan belge.

Bağlayıcı Olmayan Tahkim [Non-Binding Arbitration]: Tahkime benzeyen, ancak bağlayıcı olmayan danışımsal süreç.

BATNA (Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif) [Best Alternative To A Negotiated Agreement]: Harvard Müzakere Programı'ndan Roger Fisher ve William Ury tarafından geliştirilen, müzakere eden tarafların seçeneklerini değerlendirmelerini sağlayan bir ölçü. BATNA, bir tarafın müzakerelere son vermesi halinde umabileceği en iyi sonuçtur. Tarafların, anlaşmaya varamamasının risk analizini anlamaları için, arabuluculuğa katılmadan önce kendi BATNA'larını ayrıntılı olarak bilmeleri tavsiye edilir. BATNA yalnız bir hukuk davası ve giderlerinin değeriyle veya riskiyle sınırlı tutulmamalı, aynı zamanda kaybedilen fırsatlar veya iş, itibar kaybı ve önemli başka şeylerin kaybına değer biçilmesini de kapsamalıdır.

Belirleyici dava değerlendirmesi [Determinative case appraisal]: Uyuşmazlığın taraflarının kendi savları ve kanıtlarını bir tarafsız kişiye (değerlendirici) sunduğu; tarafsız kişinin de, uyuşmazlığın olgularına ilişkin hiçbir tespit yapmaksızın, uyuşmazlığın çözülebileceği en etkili yola ne olacağına ilişkin tespit yaptığı süreçtir.

Belirleyici uyuşmazlık çözümü [Determinative dispute resolution]: Bir uyuşmazlık çözüm uygulayıcısının uyuşmazlığı değerlendirdiği (tarafların resmi kanıtlarını dinlemeyi de içerebilir) ve bir tespit yaptığı süreçtir. Belirleyici uyuşmazlık çözüm süreçlerinin örnekleri tahkim, bilirkişi tespiti ve özel yargılamadır.

Ortak Oturumlar (genel/yüz yüze) [Joint Sessions (Plenary/Face to face)]: Arabuluculukta, müzakere eden tarafların arabulucu tarafından bir araya getirildikleri aşama. Ortak açılış oturumunda, bir yuvarlak masa toplantısında arabulucunun açış konuşmasını müteakip her taraf kısa sunum yapar; bu oturumda gündem belirlenebilir ve duygusal sorunların kontrollü biçimde dile getirilmesi için fırsat sağlayabilir.

Ortak veya hibrid [Combined or hybrid]: Bu özelliği taşıyan uyuşmazlık çözüm süreçlerinde, tarafsız kişi birden çok rol oynar. Örneğin, uzlaştırma ve konferans usulü görüşmede, uyuşmazlık çözüm uygulayıcısı görüşmeleri kolaylaştırabilir, bunun yanı sıra uyuşmazlığın esası hakkında tavsiyeler verebilir. Med-arb gibi hibrid süreçlerde uygulayıcı, önce bir süreci (önce kolaylaştırıcı sonra muhtemelen değerlendirici biçimde arabuluculuk) ve ardından başka bir süreci (tahkim) kullanır.

Çatışma çözümü [Conflict resolution]: Taraflar arasında çatışmanın sona erdirilmesi. İletişim, yeni anlayış ile kolaylaştırılan, bazen de resmi anlaşma ile sonuçlanan süreç.

Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü (ÇUÇ, e-ÇUÇ, siber AUÇ) [ODR (On-line Dispute Resolution, eADR, cyber-ADR)]: Uyuşmazlık çözüm sürecinde ilişkin iletişimin büyük bir kısmının veya tamamının başta çevrimiçi toplantı platformları olmak üzere elektronik olarak yürütüldüğü arabuluculuk hizmeti. ÇUÇ, tarafları ve arabulucuyu seyahat masrafları, oda ve destek personeli tutma giderlerinden kurtarır; özellikle de, tarafların farklı ülkelerde olduğu durumda çok faydalıdır.

Çok taraflı [Multi-party]: Çatışma veya uyuşmazlığın ikiden fazla kişi, hane, kurum veya kuruluşu içerdiği durum.

Danışmanlık [Counselling]: İnsanların kişisel ve kişiler arası sorunları ve konularını çözümlmelerine yardım etmeye yönelik geniş bir süreçler yelpazesi. Danışmanlık tabiri, Aile Hukuku Kanunu'nda özel anlam taşır ve Birincil Uyuşmazlık Çözümü (bkz. BUÇ) olarak yer almıştır. Müşteriler, uyuşmazlık çözüm hizmeti sağlayıcıları profesyonel sıfatıyla tutan bireyler veya kuruluşlardır. Müşteri illaki uyuşmazlığın tarafı olmayabilir, ancak başkaları arasındaki uyuşmazlığın çözülmesine yardım etmek üzere bir uyuşmazlık çözüm hizmeti sağlayıcıyı tutabilir.

Dava açma [Litigation]: Tarafsız bir üçüncü kişinin ("hakim") savlar hakkında kanıtları incelediği ve tarafların savlarını dinlediği, ardından devlet yetkisini kullanarak uygulanabilir bağlayıcı bir hüküm verdiği dava açma ve yargılama süreci. Dava açma, düşmanca ve aleni bir süreçtir ve sonucunda genellikle bir kazanan ve kaybeden tayin edilir.

Davacı, müşteki [Claimant, complainant]: Dava gerekçesini ileri süren veya sorunu dile getiren kişi/kurumu belirtmek için kullanılan tabir.

Davalı [Respondent]: Hakkında şikayet yapılan kişi veya kuruluş.

Değerlendirici arabuluculuk [Evaluative Mediation]: Tarafların, arabulucudan bağlayıcı olmayan tavsiye istedikleri ve aldıkları arabuluculuk yaklaşımı. Arabulucu, tarafların talebi üzerine, davanın esası veya taraflar arasındaki belirli sorunlar hakkında önerilerde bulunmak veya görüşlerini bildirmek suretiyle, nispeten aktif veya müdahaleci bir rol üstlenir. Bu süreci kullanarak taraflar, bir davanın muhtemel sonuçlarını "test" edebilirler. Arabulucu, bunu takiben, yargılama sonucu hakkında kendi değerlendirmelerini veya tahminlerini de sunabilir. Bu süreç genellikle, taraflar arasındaki uçuşurumun büyük, sorunların nispeten karmaşık ve risklerin yüksek olduğu daha zor davalarda kullanılır.

Dönüştürücü arabuluculuk [Transformative mediation]: Elverişli koşullarla çözümden ziyade, taraflar arasındaki ilişkiye odaklanan arabuluculuk modeli. Arabulucunun esas işlevi, taraflar arasında güçlenme ve tanımanın ortaya çıkabileceği ve gelişebileceği bir ortam yaratmaktır.

Eş-arabuluculuk [Co-mediation]: Aynı arabuluculukta iki veya daha fazla arabulucunun kullanıldığı süreç. Eş-arabuluculuk; uyuşmazlık konularını tespit etmek, seçenekler geliştirmek, alternatifleri değerlendirmek ve bir anlaşmaya varmak için çaba harcamak üzere arabulucuların bir ekip halinde çalışmasına imkan tanır. Arabulucular genellikle kolaylaştırıcı yaklaşım benimser; bu yaklaşımda, arabulucunun uyuşmazlığın içeriğine veya çözümüne ilişkin olarak danışman veya belirleyici rolü yoktur, ancak çözüme yönelik arabuluculuk süreci hakkında tavsiye verebilir veya süreci belirleyebilir.

Farklı biçimde ifade etme [Reframing]: Durumun daha olumlu biçimde algılanmasını sağlamak amacıyla, daha olumlu kelimeler, kelime ve koşulların karakteri ve fikirlerin ifade edildiği sıranın kullanılması yoluyla, bir tarafın dilini değiştirmeyi içeren, arabulucular tarafından kullanılan bir yöntem.

Gerçeklik Testi [Reality Testing]: Tarafların beklentilerini azaltmak üzere arabulucular tarafından en yaygın biçimde kullanılan yöntem. Bu araç, davasının güçlü yönleri, gerçek BATNA'sı, arabuluculuk sonuçsuz kalırsa olabilecek maliyetleri bizzat değerlendirmesi ve sonuçlar bakımından hipotezler kullanması suretiyle, bir tarafın kendi pozisyonunun gerçekliğini anlamasını sağlamaya yöneliktir. Aracın kullanılması özel duyarlılık gerektirir, ancak tarafların kendi pozisyonlarını ayarlamasına ve daha esnek olmasına yardım etme bakımından hayati önem taşıyabilir.

Gizlilik [Confidentiality]: Arabuluculukta verilen bilgilerin, kanunların uygulanması veya hukukun işletilmesiyle sağlanan koruma nedeniyle, süreç dışında olanlara verilemezlik derecesi.

İşyeri arabuluculuğu [Workplace mediation]: Resmi şikayet veya disiplin prosedürlerine alternatif olarak, veya iş mahkemesinde dava açmadan önce, mutabakatla çözüm sağlanıp sağlanmayacağını görmek üzere işteki uyuşmazlıkları çözmeye yönelik gayriresmi bir yöntem. İstihdamın sona ermesinden sonra, bu prosedüre genellikle **İstihdam Arabuluculuğu** denir.

Kolaylaştırıcı Arabuluculuk [Facilitative Mediation]: Tarafsız kişinin, tarafların kendi çabalarıyla anlaşmaya varmalarına yardım ettiği arabuluculuk yaklaşımı. Arabulucu süreçten sorumludur, ancak içerikten sorumlu olanlar taraflardır. Bu yaklaşıma bazen “menfaat temelli arabuluculuk” da denir. Bu süreçte, sonucun kontrolü tamamen tarafların ve temsilcilerinin ellerindedir. Arabulucu iletişimi teşvik eder ve ilgili tüm bilgilerin paylaşılmasını sağlayarak, çözüm için seçenekler yaratılmasına yardım eder. Arabulucu aynı zamanda, tarafların sorunlarıyla menfaatlerini ayırt etmelerine de yardım eder.

Kolaylaştırıcı Uyuşmazlık Çözümü [Facilitative Dispute Resolution]: Tarafsız kişinin, uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlık konularını tespit etmesi, seçenekler geliştirmesi, alternatifleri değerlendirmesi ve bazı konular veya uyuşmazlığın tamamı üzerinde mutabakata varmaya çalışmasına yardım ettiği süreç. Kolaylaştırıcı süreç örnekleri Arabuluculuk, kolaylaştırma ve kolaylaştırılmış müzakeredir.

Konferans usulü görüşme [Conferencing]: Tarafların ve/veya vekillerinin ve/veya üçüncü kişilerin uyuşmazlıktaki konuları tartıştıkları toplantıları kasteden genel bir tabir. Bu tabir ayrıca, sorunları ele almak ve ulaşılan anlaşmayı desteklemek üzere destek (hizmetleri) sağlamak amacıyla, çok sayıda taraf/paydaşın, toplantıda diğer destekçiler ve/veya diğer bireyler ve ilgili kuruluşlar da dahil olmak üzere, katıldığı daha geniş çaplı arabuluculuğu da kastedebilir. Konferans usulü görüşmeye katılan kurumlara örnek olarak polis, sosyal hizmetler, kampanya grupları ve anlaşma önerilerinden etkilenenler verilebilir.

Mağdur-Fail Uzlaştırması [Victim-Offender Mediation]: (bkz. ayrıca Onarıcı Adalet) Taraflardan birinin diğerine karşı suç işlemesi nedeniyle doğan uyuşmazlığın taraflarının, bir uzlaştırmacı yardımıyla bir araya geldiği süreç.

Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim): Tarafların uyuşmazlığı arabulucuya götürmeyi, anlaşmaya varamazlarsa, aynı tarafsız üçüncü kişinin bağlayıcı hakemliğine başvurmayı kabul ettikleri süreç. Taraflar, yapacakları sözleşme ile, arabuluculuk vasıtasıyla yürütülen müzakerelerin anlaşmayla sonuçlanmaması halinde, arabulucuya hakeme “dönüşme” ve hukuken bağlayıcı bir karar verme yetkisi verir.

Hukuki/ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk [Civil / Commercial mediation]: İki şirket veya iki ticari/tüzel kişinin uyuşmazlığın tarafları olduğu ticari uyuşmazlıklarda yaygın olarak kullanılan arabuluculuk türü. Birleşik Krallık’ta genellikle kolaylaştırıcı bir süreçtir; arabulucu bir gün boyunca taraflarla görüşür ve bilgi toplamak, gerçeklik testi yapmak, müzakereleri yönetmek ve anlaşmaya gözetmenlik yapmak üzere, taraflar ile hem ortak hem de özel toplantılar yapar. Diğer arabuluculuk biçimleri ise, bunun aksine, özel toplantıları kabul etmeyebilir veya birkaç haftalık süreye yayılabilir.

Mekik arabuluculuğu [Shuttle mediation]: Herkes için kabul edilebilir bir çözüm bulununcaya kadar, arabulucunun taraflara ayrı ayrı konuştuğu, tarafların ihtiyaç ve önerilerini diğer tarafa ilettiği süreç. Bu tekniğe aynı zamanda “özel toplantılar yapma” denir; bazen tarafların bir araya gelmeye istekli olmadığı durumlara mahsus olarak kullanılır, ancak ilişkilerin yeniden kurulmasında ortak toplantılar kadar etkili olmayabilir. Arabulucu, farklı odalarda bulunan taraflar arasında gidip gelebilir, veya sürecin tamamında veya bir kısmında taraflarla farklı zamanlarda bir araya gelebilir.

Müdahaleci [Interventionist]: Üçüncü kişinin proaktif katılım derecesi.

Müzakere [Negotiation]: Uyuşmazlık taraflarının, örneğin bir arabulucu gibi üçüncü kişinin yardımı olmaksızın, kendi başlarına anlaşmaya çalıştıkları süreç.

Nihai Teklif Tahkimi ("beyzbol") [Final Offer Arbitration ("baseball")]: ABD kaynaklı olan bu tahkim biçiminde, tarafların her biri kendi "nihai teklif"lerini ayrı ayrı hakeme iletir. Hakem, dinlediği savlara dayalı olarak sunulan teklif ile talep arasında seçim yapar. Uzun yıllar boyunca beyzbol oyuncularını ile takımları arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için kullanıldığından, bu sürece "beyzbol tahkimi" denilmektedir.

Onarıcı Adalet [Restorative Justice (RJ)]: Suçun neden olduğu zararı tazmin etmek amacıyla mağdurlar, failer ve toplumları desteklemek için arabuluşsal tekniklerin kullanıldığı, tercih edilen yaklaşımın arabuluculuk olduğu, süreç.

Konsensus oluşturma [Consensus building]: Bir uyuşmazlığın taraflarının, bir kolaylaştırıcının da yardımıyla, olguları ve paydaşları tespit ettiği, görüşülecek konular üzerinde anlaştığı ve seçenekleri değerlendirdiği süreç. Tarafların, daha iyi iletişim, ilişki ve sorunlar hakkında mutabık olunan anlayış geliştirmesine yardım eden görüşmeler vasıtasıyla yakınlık kurmasını sağlar.

Özel Oturum [Caucus]: Arabulucu ile uyuşmazlığın bir tarafı veya profesyonel danışmanları arasında yapılan özel toplantılar. Özel oturumlar gizlidir; burada tartışılan hiçbir şey, bilgiyi verenin açık izni olmadan karşı tarafa iletilemez. Özel oturumlar genellikle, her tarafın önemli konu ve ihtiyaçlarını incelemek, güçlü yönlerin yanı sıra zayıf yönler konusunda da açık olmaya teşvik etmek ve anlaşma seçeneklerini tartışmak için kullanılır.

Sahiplenme [Ownership]: Arabuluculukta anlaşmanın sahiplenilmesi önemlidir; tarafların kendi sorunlarına kendileri için karşılıklı olarak tatminkar bir çözüm buldukları, kararı başkalarının vermediği veya kendilerine empoze edilmediği gerçeğini vurgular.

Süreç Öncesi Tarafsız Değerlendirme (SÖTD) [Early Neutral Evaluation (ENE)]: Olgular, kanıtlar veya hukuki esasın ön değerlendirmesi. Bir uyuşmazlığın taraflarının, kendi savlarını ve kanıtlarını nitelikli, eğitimli bir tarafsız kişiye erken bir aşamada sunarak, muhtemel sonuç hakkında bağlayıcı olmayan görüşünü aldıkları süreçtir. Uyuşmazlıktaki temel konulara ilişkin bu belirleme sonucunda, taraflar ilave müzakereler yapmak suretiyle uyuşmazlığı çözmeye çalışabilirler.

Tahkim [Arbitration]: Tarafların, hakem adı verilen tarafsız üçüncü bir kişinin kararıyla bağlı olmayı kabul ettikleri, hakemin kararının genellikle mahkeme kararı gibi tescil ve hukuken uygulanabildiği, uzun zamandır kullanılan geleneksel özel süreç. Tahkim genellikle, örneğin uluslararası ticaret, sevkiyat ve yük taşımacılığı gibi belirli ticari kurumlar ve sektörlerin ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde yapılandırılır; tarafların da katılımıyla hazırlanan daha az biçimsel usulleri, kısa sunumlar vardır ve tarafsız kişi(ler)in dikkati bölünmez. Hakem, keşif talepleri ve uyuşmazlıklar hakkında kararlar verir. Süreç bağlayıcı olabilir veya olmayabilir.

Taraflar [Parties]: Uyuşmazlık çözüm süreci yoluyla ele alınan uyuşmazlığın içinde olan kişiler veya kurumlardır. Dava açma bakımından bu tabir genellikle, dava gerekçesine sahip olan kişi veya kurumu, yani davacıyı; ve aleyhine dava açılan tarafı, yani davalıyı (veya duruma göre sanığı) kasteder. AUÇ'de ise bu tabir, süreçteki tüm katılımcıları kastedecek biçimde geniş anlamıyla kullanılır.

Tarafsız [Impartial]: Sürecin sonucu bakımından arabulucuların hiçbir menfaatinin olmaması gerektiğine ilişkin temel ilke. Çözüme hiçbir yatırım yapmaksızın çalışmak.

Tarafsız Değerlendirme [Neutral Evaluation]: (bkz. SÖTD) Uyuşmazlık taraflarının, davanın salt esasına ilişkin olarak bağlayıcı olmayan bir değerlendirme yapmak üzere yansı bir kişiyi tuttukları süreç.

Tarafsız kişi [Neutral]: Arabulucu, hakem, yargılayıcı, özel hakim, kolaylaştırıcı, Uyuşmazlık Kurulu üyesi ve panelistler dahil olmak üzere, AUÇ sürecini kolaylaştıran birey.

Tarafsız Uzman [Neutral Expert]: Uyuşmazlık konusu olan teknik bir sorunu çözümlmeye yardım etmek amacıyla kullanılan gerçekleri araştırma; bu işlem kendi başına, bağlayıcı olmayan bir süreç olabileceği gibi, daha büyük bir bağlayıcı olmayan sürecin parçası da olabilir.

Tazminat [Reparation]: Kayıp veya zararı karşılama eylemi. Bu tazminat mali, duygusal olabilir veya çalışma biçiminde yerine getirilebilir. Onarıcı Adalet AUÇ süreçlerinde tazminat, ya suçun mağdur(lar)ına ya da toplumun diğer üyelerine ödenir.

Toplum arabuluculuğu [Community mediation]: Toplumdaki bireyler ve/veya gruplar arasındaki çatışmaları çözümlmek veya grup veya toplum temelli sorunları ele almak için uygulanan arabuluculuk.

Toplum Arabuluculuğu Hizmeti [Community Mediation Service]: Devlet dışı veya toplum kuruluşu tarafından sağlanan arabuluculuk hizmeti.

Toplum arabulucusu [Community mediator]: Toplumu temsil eden bir kuruldan seçilen bir arabulucu.

Uyuşmazlık çözümü [Dispute resolution]: Mahkeme bünyesinde veya dışında olsun, uyuşmazlıkların çözülmesi için kullanılan tüm süreçleri kasteder. Uyuşmazlık çözüm süreçleri kolaylaştırıcı, danışımsal, değerlendirici, bağlayıcı olmayan görüş veya belirleyici olabilir. Yargısal belirleme dışında kalan uyuşmazlık çözüm süreçlerine genel olarak AUÇ denir.

Uyuşmazlık danışmanlığı [Dispute counselling]: Bir uyuşmazlık çözüm uygulayıcısının (uyuşmazlık danışmanı) uyuşmazlığı incelediği ve uyuşmazlığın taraflarına veya bir tarafına, değerlendirilmesi gereken konular, mümkün ve arzu edilebilir olan sonuçlar ve bunlara ulaşma yolları hakkında danışmanlık sağladığı süreç.

Uyuşmazlık tarafları [Disputants]: İster birbiriyle ister ilave taraflarla, ister dava açılmış ister açılmamış durumda, birbiriyle uyuşmazlık halinde olan kişiler/kuruluşlar.

Uzlaştırma [Conciliation]: Tarafsız üçüncü kişinin, bağlayıcı olmayan görüşler sunmak suretiyle aktif rol oynadığı veya anlaşma koşullarını önerdiği bir uyuşmazlık çözüm süreci. Bu tabir arabuluculukta kullanılır; aradaki fark, görüş sunması yasak olan arabulucudan yerine, tavsiye veya görüş sunabilen uzlaştırmacının var olmasıdır. Arabuluculuk veya uzlaştırma süreçlerinden hangisinin daha aktivist olduğu konusunda uluslararası tutarlılık yoktur, arabuluculuk tabiri, ticari uyuşmazlıklarda üçüncü kişinin kolaylaştırıcılığını ifade eden daha genel tabir olarak gittikçe artan oranda benimsenmektedir. Uzlaştırmacı, anlaşma koşulları için önerilerde bulunabilir, muhtemel anlaşma koşulları için tavsiye verebilir ve uyuşmazlığın veya çözümün içeriği hakkında danışımsal rol oynayabilir ancak belirleyici rol oynayamaz.

Bilirkişi Tespiti [Expert Determination]: Hakim veya hakemden ziyade, uzman olarak hareket eden bağımsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlık hakkında karar vermek üzere taraflarca atandığı süreç. Temyiz hakkı yoktur, sonuç kesindir.

Üst Yönetici Divanı [Executive Tribunal]: Tarafların, kendi en iyi hukuki savlarını, tarafsız başkan olarak görev yapan bir arabulucu veya uzman ile taraflardan üst yöneticilerin yer aldığı divana resmi fakat kısa olarak sundukları, bazen "mini yargılama" da denilen süreç. Sunumlardan sonra, üst yöneticiler toplanarak (arabulucu veya uzman katılımıyla veya olmaksızın), dinledikleri sunumlara göre anlaşma için müzakere yaparlar.

Yardımcı Arabulucu (Arabuluculuk Gözlemcisi) [Assistant Mediator (Mediation Observer)]: Süreçte deneyim kazanmak ve baş arabulucuya eşlik etmek üzere arabuluculuk oturumuna katılan, yeni eğitimden geçmiş arabulucu. Yardımcının rolü baş arabulucu tarafından belirlenir; genellikle not tutma, gözleme, taslakları kaleme alma, eş-arabuluculuk yapma ve mesajları iletmeyi içerir.

Yargılama [Adjudication]: Tarafsız bir üçüncü kişinin davanın sonucu hakkında bir şekilde karar verdiği uyuşmazlık çözüm süreçleri kategorisini tanımlayan genel bir tabir. İngiltere ve Galler’de, bu tabir özellikle, 1996 tarihli Konut Hibeleri, Yapılaşma ve Dönüşüm Kanunu ve halef kanuni düzenlemeler kapsamındaki yapı uyuşmazlıkları için geçerlidir; bu yasal düzenlemelerde, mahkemede dava veya tahkim usulleri uygulanmaksızın, sözleşmesel uyuşmazlıklar hakkında yargısız (/hızlı usulde) geçici bağlayıcı kararlar verilir.

Yuvarlak masa toplantısı [Round table meeting (RT)]: Sorunları tartışmak ve izlenecek yolu kararlaştırma üzere, uyuşmazlığa dahil olan herkesin bir araya geldiği, arabulucu veya taraf temsilcileri tarafından yönetilen toplantı. Bu aşama, mekik arabuluculuğunda kullanılmaz. Örneğin kişisel zarar tazmin talebi, boşanmada mali paylaşım gibi bazı uyuşmazlıklarda, yuvarlak masa toplantısı arabuluculuktan önce yapılabilir.

Yüz Yüze (F2F) (Ortak Oturumlar) [Face to Face (F2F) (Plenary/Joint Sessions)]: Uyuşmazlığa dahil olan herkesin arabulucu tarafından bir araya getirildiği, sorunların tartışıldığı ve nasıl bir yol izleneceği konusunda karara varıldığı, arabulucu tarafından yönetilen toplantı. Bu aşama, mekik arabuluculuğunda kullanılmaz.

EKLER

Ek No	Sayfa
Avrupa Mevzuatı ve Araçları	
I. 2008/52/AT sayılı Direktif	247
II. 2013/11/AB sayılı Direktif	258
III. 524/2013/AB sayılı Tüzük	294
IV. Arabulucu Seçmek: IMI Karar Ağacı	319
V. SCMA Arabuluculuk Taraf Vekilliği Standartları	332
VI. IMI Olé! Dava Analiz ve Değerlendirme Aracı	346
VII. Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları	365
Örnek Belgeler	
VIII. Özel Arabulucu için Arabuluculuk Anlaşması Örneği	369
IX. Kurumsal Hizmet Sağlayıcılar için Model Arabuluculuk Anlaşması ...	374
X. Anlaşma Tutanağı Örneği	379
XI. Tomlin (Durdurma) Emri Örneği	381

[Boş bırakılmıştır.]

[here]

Ek I. 2008/52/AT sayılı Direktif

Hukuki ve ticari konularda arabuluculuğun bazı yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü

AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ,

Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'yı ve bu Antlaşma'nın özellikle 61(c) maddesi ve 67(5) maddesinin ikinci bendini göz önünde tutarak,

Komisyon'un önerisini göz önünde tutarak,

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin Görüşü'nü göz önünde tutarak¹,

Antlaşma'nın 251. maddesinde belirtilen usul uyarınca hareket ederek²,

Aşağıdaki gerekçelerle:

- (1) Topluluk, kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma ve geliştirmeyi kendisine amaç edinmiştir. Topluluk bu maksatla, diğerleri arasında iç pazarın uygun işleyişi için gerekli olan, hukuki konularda adli işbirliği alanında önlemler kabul etmiştir.
- (2) Adalet erişimi ilkesi temel ilkedir, ve adalet daha iyi erişimi kolaylaştırmak amacıyla, Avrupa Birliği Zirvesi, 15 ve 16 Ekim 1999'da Tampere'deki toplantısında, üye devletlerin alternatif, yargı dışı usuller oluşturmaları için çağrı yapmıştır.
- (3) Konsey, 2000 yılının Mayıs ayında hukuki ve ticari hukuk uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yöntemleri konusunda temel ilkelerinin oluşturulmasının, adalet erişimi kolaylaştırmak ve düzeltmek amacıyla, hukuki ve ticari hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde yargı dışı usullerin gelişmesi ve uygulanması için önemli bir adım olduğunu belirterek bu yöntemler hakkında kararlar almıştır.
- (4) Komisyon, 2002 yılının Nisan ayında, alternatif çözüm yöntemleri ile ilgili Avrupa Birliğindeki mevcut durumu inceleyerek ve arabuluculuğun kullanılmasını yaygınlaştırmak için alınabilecek önlemler hakkında üye devletler ve ilgili taraflarla geniş istişareler başlatarak, hukuki ve ticari hukuk alanında alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında bir Yeşil Kitap sunmuştur.

¹ ABRG C 286, 17.11.2005, s.1.

² Avrupa Parlamentosu'nun 29 Mart 2007 tarihli görüşü 2007 (ABRG C 27 E, 31.1.2008, s.129). 28 Şubat 2008 Konsey Ortak Tutumu (henüz ABRG'de yayımlanmamıştır) ve Avrupa Parlamentosu'nun 23 Nisan 2008 tarihli tutumu (henüz ABRG'de yayımlanmamıştır).

- (5) Avrupa Birliğinin özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasının bir parçası olarak, adalete daha iyi erişimi güvence altına almak amacı, yargı yolu kadar yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de kapsamalıdır. Bu Direktif özellikle arabuluculuk hizmetlerine erişim konularında iç pazarın uygun işleyişine katkıda bulunmalıdır.
- (6) Arabuluculuk, tarafların ihtiyaçlarına uygun olarak şekillendirilmiş usullerle, hukuki ve ticari meselelerdeki uyuşmazlıkların ekonomik ve hızlı bir şekilde yargı dışı çözümünü sağlayabilir. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların gönüllü olarak yerine getirilme ve taraflar arasındaki dostane ve sürekli ilişkileri koruma olasılığı daha yüksektir. Bu faydalar sınır ötesi unsur taşıyan durumlarda daha belirgindir.
- (7) Arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını özendirmek ve arabuluculuğa başvuran tarafların öngörülebilir bir yasal temele dayanmasını sağlamak için özellikle hukuk usulünün kilit yönlerini belirleyen bir yasal çerçeve kabul etmek gerekmektedir.
- (8) Bu Direktifin hükümleri sadece sınır ötesi uyuşmazlıklardaki arabuluculuklara uygulanmalıdır, fakat üye devletlerin bu hükümleri iç arabuluculuk yöntemlerine uygulamasına da bir engel yoktur.
- (9) Bu Direktif arabuluculuk usulünde modern iletişim teknolojilerinin kullanılmasını hiçbir şekilde engellememelidir.
- (10) Bu Direktif, sınır ötesi bir uyuşmazlıkta taraf olan iki veya daha fazla kişinin, uyuşmazlıklarının çözümünde bir arabulucunun yardımıyla dostane bir anlaşmaya varmak için gönüllü olarak bizzat çaba gösterdikleri usullere uygulanmalıdır. Direktif, hukuki ve ticari meselelere uygulanmalıdır. Bununla beraber Direktif, tarafların, uygulanacak hukuka göre üzerinde serbest tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı haklar ve borçlara uygulanmamalıdır.

- (11) Bu Direktif, sözleşme öncesi müzakerelere veya belirli yargısal anlaşma programları, tüketici şikâyeti programları, tahkim ve uzman kararı gibi bağlayıcı karar verme esasına dayanan usullere veya uyuşmazlığın çözümünde yasal olarak bağlayıcı olsun veya olmasın, resmi bir tavsiyede bulunan kişi ya da kuruluşlarca yönetilen usullere uygulanmamalıdır.
- (12) Bu Direktif, mahkemenin tarafları arabuluculuğa yönlendirdiği veya milli hukuka göre arabuluculuğa başvurmanın zorunlu olduğu davalara uygulanmalıdır.
- (13) Bu Direktif ile öngörülen arabuluculuk, tarafların arabuluculuk usulünün yönetiminden bizzat sorumlu oldukları, usulü istedikleri gibi düzenleyebildikleri ve her zaman bitirebildikleri gönüllü bir yöntem olmalıdır. Bununla birlikte, milli hukuka göre arabuluculuk usulü için mahkemelere yönelik belirli süre sınırları koymak mümkün olmalıdır. Bunun yanında mahkemeler, uygun olduğunda tarafların arabuluculuğa dikkatini çekebilmelidir.
- (14) Bu Direktifteki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuata, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi koşuluyla karşı değildir. Bu Direktifteki hiçbir hüküm, Direktif kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olduğu ölçüde, kendi kurallarıyla işleyen mevcut arabuluculuk sistemlerini etkilememelidir.
- (15) Bu Direktif, hukuki belirliliği sağlamak bakımından, tarafların arabuluculuk yoluyla çözmeye çaba gösterdikleri bir uyuşmazlığın, sınır ötesi bir uyuşmazlık olup olmadığını belirlemek için uygun zamanın hangisi olduğunu göstermelidir. Yazılı bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde, taraflar arabuluculuk yolunu başlatmak için özel olarak harekete geçtiklerinde arabuluculuğa başvurmaya karar vermiş sayılmalıdırlar.
- (16) Üye devletler, gizlilik, zamanasımı süreleri üzerindeki etki ve arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların tanınması ve uygulanmasıyla ilgili olarak karşılıklı güvenin sağlanması için uygun görecekları her türlü yolla, arabulucuların eğitimini ve arabuluculuk hizmetleriyle ilgili etkin kalite kontrol yöntemlerinin benimsenmesini teşvik etmelidirler.

- (17) Üye devletler, Ortak Pazar düzeyinde çözümlere başvurulmasını içerebilecek bu tür yöntemleri tespit etmeli ve bu hususta finansman kaynağı sağlamak zorunda tutulmamalıdır. Bu yöntemler, arabuluculuk sürecinin esnekliğini ve tarafların özerkliğini korumayı amaçlamalı ve arabuluculuğun etkin, tarafsız ve ehil bir şekilde yönetilmesini temin etmelidir. Arabulucular, İnternette herkesin erişimine de açık olması gereken Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları'nın bilincinde olmalıdırlar.
- (18) Komisyon, tüketicinin korunması alanında, tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümüyle uğraşan mahkeme dışı kuruluşların, kendilerine başvuran kişilere sunmaları gereken asgari kalite kriterlerini belirleyen bir Tavsiye³ kabul etmiştir. Bu tavsiyenin kapsamına giren arabulucular veya örgütlerin, tavsiyenin ilkelerine riayet etmesi teşvik edilmelidir. Komisyon, bu gibi kuruluşlarla ilgili bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmak için, üye devletlerin, bu tavsiyenin ilkelerini uygularken dikkate alacakları mahkeme dışı programlara ilişkin bir veri tabanı oluşturmalıdır.
- (19) Arabuluculuk sonunda ortaya çıkan anlaşmalara uyulması tarafların iyi niyetine bağlı olduğundan, arabuluculuk, dava yolunun yegâne alternatifi olarak görülmemelidir. Bu nedenle üye devletler, arabuluculuk sonunda yapılan yazılı bir anlaşmanın taraflarının, anlaşmalarına icra kabiliyeti kazandırma yetkisini tanımalıdır. Bir üye devlet yalnızca, anlaşmanın içeriğinin, devletin uluslararası özel hukuku da dâhil olmak üzere kanununa aykırı olması veya devletin hukukunun, özel bir anlaşmanın içeriğinin icra edilmesine imkân tanımaması halinde icra edilmesini reddedebilmelidir. Bu durum, anlaşmada düzenlenen borcun yapısı gereği icra edilmeyecek nitelikte olması halinde mümkün olabilir.

³ Tüketici uyuşmazlıklarının karşılıklı rızaya dayalı çözümünde yer alan mahkeme dışı kurumlar için ilkelere ilişkin 4 Nisan 2001 tarihli ve 2001/310/AT sayılı Komisyon Tavsiyesi (ATRG L 109, 19.4.2001, s.56).

- (20) Arabuluculuk sonunda yapılan ve üye devlette icra kabiliyeti tanınan bir anlaşma, uygulanacak topluluk hukuku veya iç hukuka uygun olarak diğer üye devletlerde de tanınmalı ve uygulanabilmelidir. Bu örneğin, hukuki ve ticari meselelerde mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve infazına ilişkin, 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001/AT sayılı Konsey Tüzüğü⁴ veya aile meseleleri ve velayet sorumluluğu meselelerinde mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve infazıyla ilgili, 27 Kasım 2003 tarih ve 2001/2003/AT sayılı Konsey Tüzüğü⁵ esas alınarak yapılabilir.
- (21) 2001/2003/AT sayılı Konsey Tüzüğü, taraflar arasındaki anlaşmanın başka bir üye devlette icra edilebilmesi için, anlaşmanın tarafların imzaladığı üye devlette icra edilebilir olması gerektiğini özel olarak belirtmektedir. Bu sebeple, bir aile hukuku uyuşmazlığı sonunda yapılan anlaşmanın içeriği, anlaşmanın imzalandığı ve uygulanmasının talep edildiği üye devlette icra edilmiyorsa, bu Direktif, tarafların, anlaşmalarını uygulayabilecekleri başka bir üye devlette yapmaları suretiyle, bu üye devletin kanununu dolanmalarını özendirmemelidir.
- (22) Bu Direktif üye devletteki, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın icra edilmesiyle ilgili hükümleri etkilememelidir.
- (23) Arabuluculuk sürecinde gizlilik önem taşır ve bu sebeple Direktif, daha sonraki bir hukuk davasında ve ticari davada ya da tahkimde, arabuluculuğun gizliliğinin nasıl korunacağı hususunda, hukuk usulü kurallarının asgari ölçüde uyumunu sağlamalıdır.
- (24) Üye devletler, tarafların arabuluculuğa başvurmasını özendirmek için, arabuluculuk girişimi başarısız olursa, zamanaşımı sürelerine ilişkin kuralların, tarafların mahkeme veya tahkime gitmelerini önlememesini sağlamalıdır. Üye devletler bu Direktifin, zamanaşımı süreleri hakkındaki milli hukuk kurallarını uyumlu hale getirmemesi halinde bile, bu sonucun gerçekleşeceğinden emin olmalıdır. Örneğin taşıma hukuku alanında olduğu gibi, üye devletlerde uygulanan uluslararası anlaşmalardaki zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümler bu Direktiften etkilenmemelidir.

⁴ ATRG L 12, 16.1.2001, s.1. Son olarak 1791/2006/AT sayılı Tüzükle (ABRG L 363, 20.12.2006, s.1) değiştirilen Tüzük.

⁵ ABRG L 338, 23.12.2003, s.1. Son olarak 2116/2004/AT sayılı Tüzükle (ABRG L 367, 14.12.2004, s.1) değiştirilen Tüzük.

- (25) Üye devletler, arabulucular ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlarla nasıl temas kuracağı konusunda halka bilgi vermeyi teşvik etmelidir. Üye devletler, hukukçuların müvekkillerini arabuluculuk imkânı hakkında bilgilendirmesini de özendirmelidir.
- (26) Daha iyi yasama hakkında Kurumlararası Anlaşmanın⁶ 34. maddesi uyarınca üye devletler, kendileri ve Topluluğun çıkarları için, mümkün olduğu kadar bu Direktif ile intibak önlemleri arasındaki karşılıklı ilişkiyi gösteren tasarılarını düzenlemeye ve bunları halka açık tutmaya teşvik edilmelidir.
- (27) Bu Direktif, temel hakların ilerletilmesi için çaba göstermekte ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesince tanınan ilkeleri gözetmektedir.
- (28) Bu Direktifin amacına üye devletlerce yeterli ölçüde ulaşılması mümkün olmadığı için ve uygulamanın etkileri veya kapsamı nedeniyle bu amaçların Topluluk düzeyinde daha iyi gerçekleştirilecek olması sebebiyle Topluluk, anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen yetki devri ilkesine uygun olarak önlemler alabilir. Bu maddede belirtilen ölçülülük ilkesine göre Direktif, bu amacını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacaktır.
- (29) Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Birleşik Krallık ve İrlanda'nın durumuna ilişkin Protokolün 3. maddesine göre, Birleşik Krallık ve İrlanda, bu Direktifin kabulü ve uygulanmasına katılmak istediklerini bildirmişlerdir.
- (30) Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Danimarka'nın durumuna ilişkin Protokolün 1 ve 2. maddelerine göre, Danimarka bu Direktifin kabulüne katılmamaktadır ve bu nedenle Direktif veya onun uygulanma konusuyla bağlı değildir,

İŞBU DİREKTİFİ KABUL ETMİŞTİR:

Madde 1

Amaç ve kapsam

1. Bu Direktifin amacı, arabuluculuğa başvurulmasını özendirmek ve arabuluculukla yargılama usulleri arasında doğru bir ilişki kurmak suretiyle, alternatif uyuşmazlık çözümüne erişimi kolaylaştırmak ve uyuşmazlıkların dostane çözümünü geliştirmektir.

⁶ ABRG C 321, 31.12.2003, s.1.

2. Bu Direktif, sınır ötesi uyuşmazlıklarda, uygulanacak ilgili hukuka göre tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri hak ve borçlar hariç olmak üzere, hukuki ve ticari meselelere uygulanacaktır. Direktif özellikle vergi, gümrük veya idari meseleler ya da Devletin egemenliğine dayanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğunu (acta iure imperii) kapsamayacaktır.
3. Bu Direktifte "Üye Devlet" terimi, Danimarka dışındaki üye devletleri ifade etmektedir.

Madde 2
Sınır ötesi uyuşmazlıklar

1. Bu Direktifin amaçları bakımından;
 - (a) Tarafların, uyuşmazlık çıktıktan sonra arabuluculuğa başvurmaya karar verdiği,
 - (b) Arabuluculuğa başvurulmasına mahkemece karar verildiği,
 - (c) Milli hukuka göre arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olduğu,
 - (d) 5. madde anlamında taraflara bir davette bulunulduğu tarihte, taraflardan en az birinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin diğer taraftan farklı bir üye devlet bulunması halinde, sınır ötesi bir uyuşmazlık mevcut olacaktır.
2. 1. paragrafa bakılmaksızın, 7 ve 8. maddeler anlamında bir sınır ötesi uyuşmazlık, taraflar arasında arabuluculuğu müteakiben, paragraf 1 (a), (b) veya (c) de belirtilen tarihte, tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeninden farklı bir üye devlette dava veya tahkim sürecinin başlatılması halinde de mevcut olacaktır.
3. Bir ve ikinci paragraflar anlamında yerleşim yeri, 44/2001/AT sayılı Konsey Tüzüğü'nün 59 ve 60. maddelerine göre belirlenecektir.

Madde 3
Tanımlar

Bu Direktifin amaçları bakımından aşağıdaki tanımlar esas alınır:

- (a) "Arabuluculuk", adlandırma veya başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlıkların çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri, planlanmış bir süreci ifade eder. Bu süreç taraflarca başlatılabilir, mahkemece önerilebilir veya emredilebilir ya da bir üye devletin hukukunca öngörülebilir.

Bu tanım, uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak herhangi bir dava sürecinde görevli olmayan bir hâkim tarafından yönetilen arabuluculuğu kapsar. Tanım, uyuşmazlık konusuyla ilgili dava sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için mahkeme veya davaya bakan hâkimce yapılan girişimleri kapsamaz.

- (b) "Arabulucu", arabuluculuğu etkin, tarafsız ve ehil biçimde yönetmesi istenilen herhangi bir üçüncü kişi olup, bu üçüncü kişinin ilgili üye devletteki isimlendirilmesine veya mesleğine ve arabuluculuğu yönetmek üzere atanma veya görevlendirme şekline bakılmaz.

Madde 4

Arabuluculuğun kalitesinin sağlanması

1. Üye devletler, uygun görecekları herhangi bir yolla, arabuluculuk hizmetlerinin koşullarıyla ilgili diğer etkin kalite kontrol yöntemleri yanında, arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşlar ve arabulucular tarafından gönüllü etik kuralların geliştirilmesini ve bu kurallara bağlılığı teşvik ederler.
2. Üye devletler, bir arabuluculuğun taraflarla ilgili olarak etkin, tarafsız ve ehil biçimde yönetilmesini sağlamak için, arabulucuların başlangıç ve ilave eğitimini teşvik ederler.

Madde 5

Arabuluculuğa başvurulması

1. Davayı görmekte olan mahkeme, uygun olduğunda ve davanın bütün koşullarını dikkate alarak tarafları, uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme, tarafları gerek görmesi ve kolaylıkla yapabilecek olması halinde, arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmaya davet edebilir.
2. Bu Direktif, dava açılmadan önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuatı, bu mevzuatın tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.

*Madde 6**Arbuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesi*

1. Üye devletler, tarafların veya diğer tarafın açık rızasıyla taraflardan birinin, arbuluculuk sonunda yapılan yazılı bir anlaşmanın icra edilebilir kılınmasını talep etmesini sağlarlar. Bu tür bir anlaşmanın içeriği, talebin yapıldığı üye devletin hukukuna aykırı olmadığı veya bu üye devletin hukuku anlaşmanın icra edilmesine olanak tanıdığı takdirde icra edilebilir.
2. Anlaşmanın içeriği, mahkeme veya diğer bir yetkili merci tarafından verilecek bir hüküm ya da kararla veya talebin yapıldığı üye devletin hukukuna uygun olarak resmi bir belgeyle icra edilebilir.
3. Üye devletler, 1 ve 2. paragrafa göre yapılacak bir talebi kabule yetkili olacak mahkeme veya diğer mercileri Komisyona bildireceklerdir.
4. Bu maddedeki hiçbir hüküm, 1. paragrafa uygun olarak icra edilebilir kılınan bir anlaşmanın, diğer bir üye devlette tanınması ve uygulanması için uygulanacak hükümleri etkilemeyecektir.

*Madde 7**Arbuluculuğun gizliliği*

1. Arbuluculuğun gizliliğe uyulacak şekilde yapılmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, üye devletler, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde, arbulucuların veya arbuluculuk sürecinin yönetimine katılan kişilerin, arbuluculuk sürecinde ortaya çıkan veya arbuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında, herhangi bir hukuk veya ceza davasında ya da tahkimde delil göstermeye mecbur tutulmamasını sağlarlar. Aşağıdaki istisnalar bu hükmün dışındadır:
 - (a) Bunun ilgili üye devletin kamu düzeni düşünceleri üstün geldiği için gerekli olması halinde, özellikle çocuğun üstün çıkarlarının en iyi şekilde korunmasını sağlamak veya bir kişinin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek gerektiğinde,
 - (b) Arbuluculuğun sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icra edilmesi için bu anlaşmanın içeriğinin açıklanması gerektiğinde,
2. 1. paragraftaki hiçbir hüküm üye devletlerin, arbuluculuğun gizliliğinin korunması için daha katı önlemleri koymasını engellemez.

*Madde 8**Arabuluculuğun zamanasını süreleri üzerindeki etkisi*

1. Üye devletler, bir uyuşmazlığı arabuluculukla çözme çabası içinde olan tarafların, arabuluculuk sürecinde zamanasını süresinin dolmasıyla, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra dava açma veya tahkime başvurma hakkından mahrum kalmamalarını sağlamalıdır.
2. 1. paragraf üye devletlerin taraf oldukları uluslararası anlaşmalardaki zamanasını sürelerine ilişkin hükümlere hâlel getirmez.

*Madde 9**Halka bilgi verilmesi*

Üye devletler uygun görecekları herhangi bir yolla, özellikle İnternet üzerinden, arabulucular ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşlarla nasıl temas kuracağı konusundaki bilginin halkın erişimine açık olmasını teşvik ederler.

*Madde 10**Yetkili mahkeme ve merciler hakkında bilgi*

Komisyon, üye devletlerce, 6. maddenin 3. paragrafına göre bildirilen yetkili mahkeme ve mercilerle ilgili bilgiyi uygun yollarla kamuya açık tutar.

*Madde 11**Gözden geçirme*

Komisyon en geç 21 Mayıs 2016'da, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne, bu Direktifin uygulanmasıyla ilgili bir rapor sunacaktır. Rapor, Avrupa Birliği genelinde arabuluculuğun gelişimini ve bu Direktifin üye devletlerdeki etkisini inceleyecektir. Gerek görülürse rapora bu Direktife işlenmek üzere öneriler eklenecektir.

*Madde 12**İç hukuka aktarma*

1. Üye devletler, bu Direktif hükümlerine uymak için gereken kanunları, tüzükleri ve idari kuralları en geç 21 Kasım 2010 tarihinde uygulanacak olan 10. madde müstesna olmak üzere, 21 Mayıs 2011 tarihinden önce yürürlüğe koyacaklardır. Üye devletler bunları derhal Komisyona bildireceklerdir. Üye devletlerce kabul edildiğinde bu önlemler, Direktife atıf içerecek veya bunların resmi olarak yayınında bu tür bir atıf eklenecektir. Bu atfın yapılma yöntemi üye devletlerce kararlaştırılacaktır.

2. Üye devletler bu Direktif kapsamına giren konularda kabul ettikleri milli hukukun temel hükümlerinin metinlerini Komisyona bildireceklerdir.

Madde 13
Yürürlük

Bu Direktif, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden 20. günde yürürlüğe girecektir.

Madde 14
Muhataplar

Bu Direktifin muhatabı üye devletlerdir.

Strazburg'da, 21 Mayıs 2008 tarihinde düzenlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu adına

Başkan

H.-G. PÖTTERING

Konsey adına

Başkan

J. LENARČIČ

Ek II.

2013/11/AB sayılı Direktif

2006/2004/AT/AT sayılı Tüzüğü ve 2009/22/AT sayılı Direktifi değiştiren, tüketici uyumsuzlukları için alternatif uyumsuzluk çözümüne ilişkin 21 Mayıs 2013 tarihli ve 2013/11/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi

(Tüketici AUÇ Direktifi)

AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ,

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'yı ve bu Antlaşma'nın özellikle 114. maddesini göz önünde tutarak,

Komisyon'un önerisini göz önünde tutarak,

Taslak yasama tasarrufunun ulusal parlamentolara gönderilmesini müteakip,

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin Görüşü'nü¹ göz önünde tutarak,

Olağan yasama usulü² uyarınca hareket ederek,

Aşağıdaki gerekçelerle:

- (1) Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın (ABİA) 169. maddesinin 1. paragrafı ve 169. maddesinin 2. paragrafının (a) bendi, Birliğin ABİA'nın 114. maddesi uyarınca kabul edilen önlemlerle yüksek düzeyde tüketici korumasına ulaşılmasına katkı yapmasını öngörmektedir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 38. maddesi, Birlik politikalarının tüketicinin yüksek düzeyde korunmasını sağlamayı amaçladığını öngörmektedir.
- (2) ABİA 26. maddesinin 2. paragrafı uyarınca, iç pazar, ürün ve hizmetlerin serbest dolaşımının teminat altında olduğu ve iç sınırların olmadığı bir alanı kapsamalıdır. İç pazar, tüketicinin yüksek düzeyde korunmasını teşvik etmesi gereken, daha iyi kalite, daha fazla çeşitlilik, makul fiyatlar ile ürün ve hizmetler için yüksek güvenlik standartları şeklindeki katma değeri tüketicilere sağlamalıdır.
- (3) İç pazarın parçalanması rekabet, büyüme ve Birlik içerisinde iş alanları açma açısından zararlıdır. İç pazarın düzgün işleyişine ve vatandaşların güvenliğini artırmaya karşı olan doğrudan ve dolaylı engellerin ortadan kaldırılması iç pazarın tamamlanması için gereklidir.

¹ ABRG C 181, 21.6.2012, s. 93.

² 12 Mart 2013 tarihli Avrupa Parlamentosu tutumu (henüz Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmamıştır) ve 22 Nisan 2013 tarihli Konsey Kararı.

- (4) Satış veya hizmet sözleşmelerinden doğan yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkların basit, etkili, hızlı ve az masraflı çözüm yollarına erişimi sağlamak tüketicilerin yararına olmalıdır ve bu yüzden onların pazardaki itimatlarını artırmaktadır. Erişim çevrim dışı işlemlere olduğu kadar çevrimiçi işlemlere de uygulanmalıdır ve özellikle tüketiciler sınır ötesi alışveriş yaptıklarında önemlidir.
- (5) Alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) tüketici ve tacirler arasındaki uyuşmazlıklara basit, hızlı ve az masraflı mahkemesiz çözümler teklif sunmaktadır. Ancak, AUÇ Birlik çapında henüz yeterli ve tutarlı bir şekilde geliştirilmemiştir. Tüketici uyuşmazlıklarının çözümünden sorumlu mahkeme dışı organlara uygulanabilen ilkelere ilişkin 30 Mart 1998 tarihli ve 98/257/AT sayılı³ ve tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümlerinde yer alan mahkeme dışı organlara yönelik ilkelere ilişkin 4 Nisan 2001 tarihli ve 2001/310/AT sayılı⁴ Komisyon Tavsiyeleri'ne rağmen, AUÇ'nin düzgün olarak kurulmaması ve Birlik çapında tüm coğrafi alanlarda veya iş sektörlerinde tatmin edici bir şekilde uygulanıyor olmaması üzücüdür. Tüketiciler ve tacirler, sadece bir AUÇ kurumuna şikayet dosyalamayı bilen vatandaşların küçük bir kısmı ile, mevcut mahkeme dışı tazminat mekanizmalarından hala haberdar değildir. AUÇ usullerinin mevcut olduğu yerlerde, nitelik düzeyleri üye devletlerde önemli ölçüde fark etmekte ve sınır ötesi uyuşmazlıklar genellikle AUÇ kurumlarınca etkili olarak ele alınmamaktadır.
- (6) Üye devletlerdeki AUÇ kapsam, kalite ve farkındalığındaki uyumsuzluklar önünde bir engel oluşturmakta ve pek çok tüketicinin sınır ötesi alışveriş yapmaktan kaçınmasının ve tacirlerle aralarındaki olası uyuşmazlıkların kolay, hızlı ve ucuz bir şekilde çözülemeyeceğine dair güvensizliklerinin nedenleri arasındadır. Aynı sebeple, tacirler yüksek kalite AUÇ usullerine yeterli erişimin olmadığı diğer üye devletlerdeki tüketicilere satış yapmaktan kaçınabilirler. Ayrıca, yüksek kalite AUÇ usullerinin yeterli bir şekilde bulunmadığı üye devletlerde yerleşik tacirler, bu tür usullere erişimi olan ve bu sayede tüketici uyuşmazlıklarını daha hızlı ve ucuz olarak çözebilen tacirlerle rekabet açısından dezavantajlı olurlar.
- (7) Tüketicilerin iç pazardaki potansiyeli tam olarak kullanması için, AUÇ bu Direktif tarafından kapsanan yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkların bütün türleri için geçerli olmalıdır, AUÇ usulleri Birlik çapında uygulanan tutarlı kalite gereklilikleriyle uyumlu olmalıdır, ve tüketiciler ve tacirler bu usullerin varlığından haberdar olmalıdır. Artan sınır ötesi ticaret ve kişilerin dolaşımı nedeniyle, AUÇ kurumlarının sınır ötesi uyuşmazlıkları da etkili bir biçimde çözümülemesi önemlidir.

³ ATRG L 115, 17.4.1998, s. 31.

⁴ ATRG L 109, 19.4.2001, s. 56.

- (8) Sivil, ticari ve ailevi sorunlarda alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin 25 Ekim 2011 tarihli ve tüketici ve vatandaşlara tek bir pazarın ulaştırılmasına ilişkin 20 Mayıs 2010 tarihli Avrupa Parlamentosu İlke Kararları tarafından desteklendiği gibi, tek pazara yönelik vatandaşları için sonuç veren herhangi bir bütünsel yaklaşım, öncelikli olarak basit, ödenebilir, yerinde ve ulaşılabilir tazminat sistemleri geliştirmelidir.
- (9) 'Tek Pazar Senedi - büyümeyi artırmak ve güveni güçlendirmek için on iki adım - "Yeni bir büyüme yaratmak için beraber çalışma" başlıklı 13 Nisan 2011 Bildiriminde, Komisyon büyümeyi artırmak, güveni güçlendirmek ve Tek Pazar'ı tamamlama yönünde ilerleme kaydetmek için olan on iki adımdan birisi olarak elektronik ticaret (e-ticaret) boyutunu içeren AUÇ hakkında mevzuat belirlemiştir.
- (10) Avrupa Birliği Zirvesi, 24-25 Mart ve 23 Ekim 2011 tarihli sonuçlarında, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'i 2012 sonu itibarıyla Tek Pazar'a yeni bir hız getirmek için öncelikli önlemlerin birinci setini kabul etmeye davet etmiştir. Ayrıca, Tek Pazar'ı yeniden canlandırmak için olan önceliklere ilişkin 30 Mayıs 2011 tarihli sonucunda, Avrupa Birliği Zirvesi, e-ticaretin önemini vurgulamış ve tüketici AUÇ sistemlerinin tüketici ve tacirlerin her ikisi için az masraflı, basit ve hızlı tazminat teklif edebildiğini kabul etmiştir. Bu sistemlerin başarılı icrası, bu Direktif kapsamında yer alan AUÇ kurumlarının karar verme maliyeti, şeffaflığı, esnekliği, hızı ve kalitesinden ödün vermeksizin sürdürülebilir politik taahhüdü ve tüm aktörlerin desteğini gerektirmektedir.
- (11) Çevrimiçi ticaretin ve özellikle Birlik ekonomik faaliyetinin bir desteği olarak sınır ötesi ticaretin artan önemi düşünüldüğünde, tüketici uyuşmazlıkları için düzgün işleyen bir AUÇ alt yapısı ve çevrimiçi işlemlerden oluşacak tüketici uyuşmazlıkları için düzgün bir şekilde entegre edilmiş çevrimiçi uyuşmazlık çözümü (ÇUÇ) çerçevesi Tek Pazar Senedi'nin iç pazarda vatandaşların güvenini artırma amacına ulaşmak için gereklidir.
- (12) Bu Direktif ve tüketici uyuşmazlıkları için çevrimiçi uyuşmazlık çözümüne ilişkin 21 Mayıs 2013 tarihli ve 524/2013/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁵ birbirine geçmiş ve birbirini tamamlayan iki yasama aracıdır. 524/2013/AB sayılı Tüzük, çerçeveye bağlı ve kalite AUÇ usulleri aracılığıyla AUÇ teklif eden AUÇ kurumları aracılığıyla, tüketici ve tacirlere çevrimiçi uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü için tek bir giriş noktası teklif eden bir ÇUÇ çerçevesinin kurulmasını sağlamaktadır. Birlik çağında kalite AUÇ kurumlarının mevcut olması, bu yüzden, ÇUÇ çerçevesinin düzgün çalışması için bir ön koşuldur.

⁵ Bkz. Bu Resmi Gazete'nin 1. sayfası.

- (13) Bu Direktif, ekonomik amaç gütmeyen kamu yararına hizmetlere uygulanmamalıdır. Ekonomik amaç gütmeyen hizmetler, ekonomik karşılık için yapılmayan hizmetlerdir. Sonuç olarak, ücret karşılığı olmaksızın devlet adına yapılan veya devletin yaptığı ekonomik amaç gütmeyen kamu yararına hizmetler, bu hizmetlerin sağlandığı yasal formdan bağımsız olarak bu Direktif tarafından kapsanmamalıdır.
- (14) Bu Direktif, sınır ötesi sağlık hizmetlerinde hasta hakları uygulamasına ilişkin 9 Mart 2011 tarihli ve 2011/24/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin⁶ 3. maddesinin (a) bendinde tanımlanan sağlık hizmetlerine uygulanmamalıdır.
- (15) AUÇ'nin düzgün işleyişinin Birlik içerisinde gelişmesi çevrimiçi ticaret alanı da dahil olmak üzere tüketicilerin iç pazardaki güvenlerini güçlendirmek ve sınır ötesi ve çevrimiçi ticaret fırsatlarının potansiyelini kullanmak için gereklidir. Bu gelişme üye devletlerdeki mevcut AUÇ usulleri üzerine inşa edilmeli ve onların hukuk geleneklerine saygı göstermelidir. Bu Direktifte belirtilen kalite gerekliliklerine uyumlu mevcut veya yeni kurulmuş düzgün işleyen uyuşmazlık çözüm kurumları bu Direktif kapsamında 'AUÇ kurumu' olarak düşünülmelidir. AUÇ'nin yaygınlaştırılması, Birlik vatandaşlarının makul bir süre içerisinde adil yargılanma haklarını kullanmalarını engelleyen mahkeme önünde bekleyen önemli ölçüde birikmiş davaların olduğu üye devletlerde önemli olduğunu ispatlayabilir.
- (16) Bu Direktif, muaf tutulan alanlar dışındaki tüm ekonomik sektörlerde, hem çevrimiçi hem de çevrim dışı, satış veya hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan akdi yükümlülüklerle ilişkin tüketici ve tacirler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmalıdır. Bu ücret karşılığında dijital içeriğin satımından veya sağlanmasından doğan uyuşmazlıkları da içermelidir. Bu Direktif, tacirler aleyhinde tüketiciler tarafından sunulan şikayetlere uygulanmalıdır. Tacirler tarafından tüketiciler aleyhine sunulan şikayetlere veya tacirler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmamalıdır. Ancak, üye devletlerin bu tür uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü için usullere ilişkin yeni hükümler kabul etmesini veya yürürlükteki hükümlerini muhafaza etmesini engellememelidir.
- (17) Üye devletlerin bu Direktif ile kapsanmayan usullere, örneğin tacir tarafından işletilen şikayet işleme usullerine ilişkin ulusal hükümleri sürdürmesine veya yenisini getirmesine izin verilmelidir. Bu tür iç şikayet işleme usulleri tüketici uyuşmazlıklarını erken evrelerde çözümlemek için etkili bir yöntem oluşturmaktadır.

⁶ ABRG L 88, 4.4.2011, s. 45.

- (18) Tüketici tanımı, kendi ticareti, işi, sanatı veya mesleği dışında hareket eden gerçek kişileri kapsamalıdır. Ancak, sözleşme kişinin ticaretinin kısmen içinde kısmen dışında bulunan amaçlarla akdedildiyse (çift amaçlı sözleşme) ve ticari amaç sözleşmenin tüm bağlamında baskın olmayacak şekilde sınırlandırıldıysa, bu kişi de tüketici olarak görülmelidir.
- (19) Bazı mevcut Birliğin hukuki tasarrufları halihazırda AUÇ'yi ilgilendiren hükümler içermektedir. Yasal kesinliği sağlamak için, uyumsuzluk halinde aksi açık bir şekilde belirtilmedikçe bu Direktifin hüküm sürmesi sağlanmalıdır. Özellikle, bu Direktif, halihazırda iç arabuluculuk sistemlerinde uygulanmasını engellemeksizin sınır ötesi uyumsuzluklar için Birlik düzeyinde arabuluculuk sistemleri için bir çerçeve belirleyen hukuki ve ticari uyumsuzluklarda arabuluculuğun belirli yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine⁷ hâlel getirmemelidir. Bu Direktif, 2008/52/AT sayılı Direktifte kapsanan AUÇ usulleri de dahil tüm AUÇ usulleri tiplerine yatay olarak uygulanılmasını amaçlamaktadır.
- (20) AUÇ kurumları Birlik çapında ve ayrıca üye devletlerin içerisinde de büyük ölçüde farklıdır. Bu Direktif, uzun ömürlü olarak kurulmuş, bir AUÇ usulü ile bir tüketici ve bir tacir arasındaki uyumsuzluğa çözüm sunan, ve bu Direktif uyarınca listelenmiş herhangi bir kurumu kapsamalıdır. Bu Direktif, üye devletler bu yönde karar verirse, taraflara bağlayıcı çözümler yükleyen uyumsuzluk çözüm kurumlarını da kapsayabilir. Ancak, bir tüketici ve tacir arasındaki tek bir uyumsuzluk için geçici olarak oluşturulan bir mahkeme dışı usul bir AUÇ usulü olarak düşünülmemelidir.
- (21) Ayrıca AUÇ usulleri Birlik boyunca ve üye devletler içerisinde büyük ölçüde farklıdır. AUÇ kurumunun dostane bir çözüme olanak sağlamak amacıyla tarafları bir araya getirdiği veya AUÇ kurumunun bir çözüm önerdiği veya AUÇ kurumunun bir çözümü uygulamaya koyduğu usuller şeklinde olabilirler. Ayrıca bu usullerden iki veya daha fazlasının bir kombinasyonu formunu da alabilirler. Bu Direktif, üye devletlerde AUÇ usullerinin üstlendiği forma hâlel getirmemelidir.
- (22) Uyumsuzluğun çözümünden sorumlu gerçek kişilerin işe alındığı veya tacirin kendisinin münhasıran ücretlendirildiği bir durumda, uyumsuzluk çözüm kurumları nezdindeki usuller çıkar çatışmasına açıktır. Bu yüzden, üye devlet bu usullerin bu Direktif kapsamında AUÇ usulü olarak tanınabileceğine karar vermemişse ve bu kurumların bu Direktif 'te belirtilen bağımsızlık ve tarafsızlık ile ilgili belirli gerekliliklerle tam bir uyum içinde olduğunu teyit etmediyse; bu usuller, prensip olarak, bu Direktifin kapsamı dışında tutulmalıdır. Bu tür usuller ile uyumsuzluk çözümü öneren AUÇ kurumları bağımsızlıklarını teyit eden belirli ilave gereklilikler de dahil bu Direktifte belirtilen kalite gerekliliklerine uyumlarının düzenli olarak değerlendirilmesine tabi olmalıdır.

⁷ ABRG L 136, 24.5.2008, s. 3.

- (23) Bu Direktif, ne tacir tarafından işletilen tüketici şikayetleri işleme sistemleri nezdindeki usullere ne de taraflar arasındaki doğrudan müzakerelere uygulanmamalıdır. Ayrıca, bir hakim tarafından bir uyuşmazlıkla ilgili adli işlemler sırasında, bu uyuşmazlığı çözmek için bulunulan girişimlere uygulanmamalıdır.
- (24) Üye devletler, bu Direktif tarafından kapsanan uyuşmazlıkların bu Direktifte belirtilen gerekliliklere uyan ve uyarınca listelenen bir AUÇ kurumuna sunulabileceğini teyit etmelidirler. Üye devletler, mevcut düzgün işleyen AUÇ kurumlarının üstüne inşa ederek ve uygulama alanlarını değiştirerek veya gerekliyse, yeni AUÇ kurumlarının oluşturulmasını sağlayarak bu yükümlülüğü yerine getirebilmelidirler. Bu Direktif, devlet memurlarının uyuşmazlık çözümünde görevli olduğu üye devletlerin tüketicinin korunmasına yönelik ulusal organları kapsamında çalışan mevcut uyuşmazlık çözme kurumlarının işleyişini engellememelidir. Devlet memurları hem tüketicilerin hem de tacirlerin çıkarlarının savunucusu olarak görülmelidir. Bu Direktif, üye devletlerin her perakende sektöründe belirli bir AUÇ kurumu oluşturmasını zorunlu kılmamalıdır. Gerekli olduğunda, AUÇ ile ve ona erişim yoluyla tam sektörel ve coğrafi kapsamı sağlamak için, üye devletler hangi AUÇ kurumunun artık yetkili olmadığı konusuna ilişkin uyuşmazlıklarla uğraşacak kalıcı bir AUÇ kurumunun oluşturulmasını sağlama imkanına sahip olmalıdırlar. Kalıcı AUÇ kurumları bir AUÇ kurumuna erişimde hiçbir açık olmadığını teyit ederek tüketici ve tacirler için bir korunma olmayı amaçlamaktadır.
- (25) Bu Direktif, üye devletlerin bu Direktifte belirtilen gereklilikler ile uygunluk içerisinde olan tüketici akdi uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözüm usullerine ilişkin mevzuat getirmesini veya muhafaza etmesini engellememelidir. Ayrıca, AUÇ kurumlarının etkin bir şekilde işlemlerini sağlamak için, bu kurumlar, içerisinde kuruldukları üye devletlerin kanunları uyarınca, belirli durumlardaki, örneğin bir uyuşmazlık aşırı komplike ve bu yüzden mahkemede çözülmesinin daha iyi olacağı durumlardaki, uyuşmazlıklarla ilgilenmeyi reddetmelerine izin verecek usul kurallarının getirilme veya muhafaza etme imkanına sahip olmalıdır. Ancak, AUÇ kurumlarının bir uyuşmazlıkla ilgilenmeyi reddetmesine izin veren usul kuralları, sınır ötesi uyuşmazlık durumları da dahil tüketicilerin AUÇ usullerine erişimine önemli ölçüde zarar vermemelidir. Bu nedenle, parasal bir eşik değeri sağlanırken, üye devletler bir uyuşmazlığın gerçek değerinin üye devletler arasında değişebileceğini ve sonuç olarak, bir üye devlette oransız olarak konulan yüksek eşik değeri diğer üye devletlerden tüketicilerin AUÇ usullerine erişimine zarar verebileceğini her zaman dikkate almalıdırlar. Üye devletler, ilk olarak şikayetin sunulduğu AUÇ kurumunun usul kuralları yüzünden ilgilenmeyi reddettiği durumlarda, tüketicinin şikayetini başka bir AUÇ kurumuna sunabilmesini sağlamak zorunda bırakılmamalıdırlar. Bu tür durumlarda, üye devletler AUÇ kurumlarının tam kapsamını sağlama yükümlülüğünü yerine getirmiş varsayılmalıdır.

- (26) Bu Direktif, bir üye devlette kurulan tacirlerin başka bir üye devlette kurulan bir AUÇ kurumu tarafından kapsanmalarına izin vermelidir. Birlik boyunca tüketicilerin AUÇ'ye erişimini ve kapsamını geliştirmek için, üye devletler başka bir devlette kurulan AUÇ kurumlarına veya farklı üye devletlerden tacirlerin aynı AUÇ kurumu tarafından kapsandığı bölgesel, ulus ötesi veya pan-Avrupa AUÇ kurumlarına dayanmalarına karar verecek imkana sahip olmalıdırlar. Başka bir üye devlette kurulan veya ulus ötesi veya pan-Avrupa AUÇ kurumlarına başvurmak üye devletlerin AUÇ kurumlarına tam erişimini ve kapsamını sağlama sorumluluğuna halel getirmemelidir.
- (27) Bu Direktif, bir tacir ve birkaç tüketici arasındaki özdeş veya benzer uyuşmazlıklarla müşterek olarak ilgilenen AUÇ usullerini getiren veya sürdüren üye devletlere halel getirmemelidir. Kapsamlı etki değerlendirmeleri çözümlerin Birlik düzeyinde önerilmesinden önce toplu mahkeme dışı çözümler üzerinde gerçekleştirilmelidir. Toplu iddialar için etkili bir sistemin bulunması ve AUÇ'ye kolay müracaat tamamlayıcı nitelikte olmalı ve bunlar, birbirini dışlayan usuller olmamalıdır.
- (28) Üye devletlerin, bu Direktif ile kapsanan bilgilerin işlenmesine ilişkin uyuşmazlıklar, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bireylerin korunmasına ve bu verilerin serbest dolaşımına ilişkin 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁸ uyarınca kabul ettiği kanun, ikincil düzenleme ve idari kurallarda belirtilen kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara uymalıdır.
- (29) Gizlilik ve mahremiyete AUÇ usulü süresince her zaman riayet edilmelidir. Üye devletler, müteakip hukukî veya ticari adli işlemler veya tahkimlerde AUÇ usullerinin gizliliğini korumaya teşvik edilmelidirler.
- (30) Üye devletler, yine de AUÇ kurumlarının sık gerçekleşen ve tüketiciler ile tacirler arasında uyuşmazlıklara yol açan herhangi sistematik veya önemli problemi kamuya açıkladığını teyit etmelidirler. Bu konuda nakledilen bilgilere tacirlerin standartlarını artırmak ve bilgi alışverişini ve en iyi uygulamaları kolaylaştırmak için bu tür problemlerden nasıl kaçınılacağı veya gelecekte nasıl çözüleceğine ilişkin tavsiyeler eşlik edilebilir.

⁸ ATRG L 281, 23.11.1995, s. 31.

- (31) Üye devletler AUÇ kurumlarının uyuşmazlıkları tüketici ve tacirin her ikisine karşı adil, pratik ve orantılı bir şekilde, şikayetin yapıldığı şartların tarafsız olarak değerlendirmesini temel alacak şekilde ve tarafların haklarına gereken özeni göstererek çözdüklerini teyit etmelidirler.
- (32) AUÇ kurumlarının bağımsızlığı ve bütünlüğü Birlik vatandaşlarının AUÇ mekanizmalarının kendilerine adil ve bağımsız bir sonuç önereceğine ilişkin güvenlerini kazanmak için çok önemlidir. AUÇ'den sorumlu gerçek kişi veya meslektaş organlar sonuçtan çıkarılabilecek herkesten bağımsız olmalı ve adil, tarafsız ve bağımsız bir şekilde karara ulaşmasını engelleyecek hiçbir çıkar çatışması içinde olmamalıdır.
- (33) AUÇ'den sorumlu gerçek kişiler sadece uyuşmazlığa karşı tutumlarını potansiyel olarak etkileyecek bir baskıya maruz kalmaları imkansızsa tarafsız olarak düşünülmelidir. Faaliyetlerinin bağımsızlığını sağlamak için, bu kişiler yeterli bir süre için atanmalı ve temsilcilerinden veya taraflardan herhangi bir talimata maruz kalmamalıdır.
- (34) Herhangi bir çıkar çatışmasının olmamasını sağlamak için, AUÇ'den sorumlu gerçek kişiler tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkileyebilecek veya çözmeleri istenilen uyuşmazlık ta taraflardan birisi ile aralarında çıkar çatışmasına neden olabilecek her türlü durumları açığa vurmalarıdır. Bu, AUÇ usulünün sonucunda doğrudan veya dolaylı mali çıkar veya ilgili kişinin taraflardan birisi veya daha fazlası için veya mesleki bir kuruluş için veya taraflardan birisinin üyesi olduğu bir ticaret ortaklığı için veya oradaki başka bir üye için hareket ettiği AUÇ amaçları dışındaki herhangi bir yetkiyi de kapsayacak şekilde görevden önceki üç yıl süresince taraflardan biri veya daha fazlası ile herhangi bir kişisel veya iş ilişkisi olabilir.
- (35) AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin çalıştırıldığı veya tacirden herhangi bir şekilde ücret aldığı durumlarda bu tür baskıların olmamasını sağlamak için özel bir ihtiyaç vardır. Bu yüzden, belirli gereklilikler üye devletlerin bu tür durumlarda uyuşmazlık çözüm usullerinin bu Direktif kapsamında AUÇ usulleri olarak nitelenmesine izin vermeye karar vermesi durumunda sağlanmalıdır. AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin işe alındığı veya tacirin üye olduğu bir mesleki teşkilat veya bir ticaret ortaklığından özel olarak herhangi bir şekilde ücret alacağı durumlarda, kendi görevlerini yerine getirmeleri için yeterli ayrı ve özel bir bütçeye sahip olmalıdırlar.

- (36) AUÇ'nin başarısı için, özellikle de AUÇ usullerine gerekli güveni sağlamak için, AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin hukuka dair genel bir anlayış da dahil gerekli uzmanlığa sahip olmaları gereklidir. Özellikle, bu kişiler yasal bir profesyonel olamaya zorlanmadan uyuşmazlığın yasal etkilerini anlamak için hukuk konularında yeterli genel bir bilgiye sahip olmalıdırlar.
- (37) AUÇ usullerine ilişkin belirli kalite ilkelerinin uygulanabilirliği hem tüketicilerin hem de tacirlerin bu usullere olan güvenini güçlendirmektedir. Bu kalite ilkeleri Birlik düzeyinde ilk olarak 98/257/AT ve 2001/310/AT sayılı Tavsiyelerde geliştirilmiştir. Bu Komisyon Tavsiyelerinde kurulan bazı ilkeleri bağlayıcı yaparak, bu Direktif Komisyona bildirilen bir AUÇ kurumu tarafından yürütülen tüm AUÇ usullerine uygulanacak bir dizi kalite gereklilikleri yerleştirmektedir.
- (38) Bu Direktif, yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkların içindeki tüketicilerin haklarını ve yüksek düzeyde korunmalarını sağlayacak AUÇ kurumları için kalite gereklilikleri belirlemiştir. Bu Direktif, üye devletleri bu Direktifte sağlananların ötesine giden kuralları kabul etmekten veya sürdürmekten alıkoymamalıdır.
- (39) AUÇ kurumları ulaşılabilir ve şeffaf olmalıdır. AUÇ kurumlarının ve AUÇ usullerinin şeffaflığını sağlamak için, tarafların bir AUÇ usulünü kullanmadan önce bilinçli bir karar almak için ihtiyaç duydukları açık ve erişilebilir bilgileri almaları gereklidir. Tacirler olan bu bilgilere dair hükümler, AUÇ hükümlerine katılımlarının ulusal hukuk kapsamında zorunlu olduğu yerlerde zorunlu kılınmamalıdır.
- (40) Düzgün şekilde işleyen bir AUÇ kurumu çevrimiçi ve çevrim dışı çözüm işlemlerini şikayetle ilgili tüm belgeler de dahil şikayet dosyasını aldığı tarihten başlayan ve AUÇ usulünün sonucunun açıklandığı tarihte biten 90 takvim gününden oluşan bir takvim aralığı içerisinde süratle tamamlamalıdır. Bir şikayet alan AUÇ kurumu AUÇ usulünü yürütmesi için gereken tüm belgeleri aldıktan sonra tarafları haberdar etmelidir. Taraflardan birisinin haklı gerekçelerle AUÇ usulünde yer alamayacağı durumu içeren yüksek derece karmaşık yapıya sahip belirli istisnai durumlarda, AUÇ kurumları söz konusu davanın incelenmesi taahhüdü amacıyla takvim aralığını genişletebilmelidir. Taraflar bu tür sürenin uzatıldığından ve uyuşmazlığın tamamlanması için gerekecek sürenin beklenen tahmini uzunluğundan haberdar edilmelidirler.

- (41) AUÇ usulleri tüketici için tercihen ücretsiz olmalıdır. Ücretlendirme uygulandığında AUÇ usulü tüketici için erişilebilir, cazip ve ucuz olmalıdır. Bu amaçla, ücretler nominal bir ücreti aşmamalıdır.
- (42) AUÇ usulleri, bir AUÇ usulleri kapsamında uyumsuzluğun taraflarının hakları ve yapacakları tercihlerin sonuçları hakkında tamamen bilgilendirilmesini temin edecek bir şekilde adil olmalıdır. AUÇ kurumları tüketicileri önerilen bir çözümü kabul etmeleri veya izlemelerinden önce hakları konusunda bilgilendirmelidir. Her iki taraf da kendi bilgi ve kanıtlarını fiziksel olarak mevcut olmaksızın sunabilmelidirler.
- (43) Tüketici ve tacir arasındaki şikayetleri AUÇ kurumuna bildirme yönündeki anlaşma uyumsuzluk somutlaşmadan önce akdedildiyse ve tüketiciyi uyumsuzluğun çözümü için dava açma hakkından yoksun bırakacak bir etkisi varsa, tüketici için bağlayıcı olmamalıdır. Ayrıca, bir çözüm dikte ederek uyumsuzluğu çözmeyi amaçlayan AUÇ usullerinde, dikte edilen çözüm sadece önceden taraflar bağlayıcı nitelikten haber edilmiş ve bunu özel olarak kabul etmişlerse, bağlayıcı olmalıdır. Tacir tarafından özel kabul ulusal kurallar bu tür çözümlerin tacirler üzerinde bağlayıcı olduğunu söylüyorsa gerekli olmamalıdır.
- (44) Tüketici üzerinde bir çözüm dikte ederek uyumsuzluğu çözmeyi amaçlayan AUÇ usullerinde, kanunların ihtilafının olmadığı bir durumda, dikte edilen çözüm tüketicinin tüketici ve tacirin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukuku nedeniyle anlaşmayla eksiltilemeyen hükümler tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmamalıdır. Kanunların ihtilafı olduğu bir durumda, satış veya hizmet sözleşmesine uygulanacak kanun akdi yükümlülüklerle uygulanacak hukuka ilişkin 17 Haziran 2008 tarihli ve 593/2008/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün (Roma I)⁹ 6. maddesinin 1 ve 2. paragrafları uyarınca kararlaştırıldığında, AUÇ kurumunun dikte ettiği çözüm tüketicinin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukuku nedeniyle anlaşmayla eksiltilemeyen hükümler tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmamalıdır. Kanunların ihtilafı olduğu bir durumda, satış veya hizmet sözleşmesine uygulanacak kanun akdi yükümlülüklerle uygulanabilecek hukuka ilişkin 19 Haziran 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nun¹⁰ 5. maddesinin 1 ve 3. paragrafları uyarınca kararlaştırıldığında, AUÇ kurumu tarafından dikte edilen çözüm tüketicinin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukukun emredici kuralları tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmamalıdır.

⁹ ABRG L 177, 4.7.2008, s. 6.

¹⁰ ATRG L 266, 9.10.1980, s. 1.

- (45) Etkin bir çözüm ve adil yargılama hakları Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde belirtilen temel haklardır. Bu yüzden, AUÇ usulleri mahkeme usullerinin yerine geçecek şekilde tasarlanmamalı ve tüketici veya tacirleri mahkemeler nezdinde çözüm arama haklarından mahrum bırakmamalıdır. Bu Direktif, tarafların yargı sistemine erişim haklarını kullanmalarını engellememelidir. Sonucu bağlayıcı olmayan bir AUÇ usulü ile çözilemeyen bir uyuşmazlık durumunda, tarafların o uyuşmazlığa ilişkin adli işlemleri başlatmaları engellenmemelidir. Üye devletler, bu amaca ulaşmak için uygun yolları seçmekte serbest bırakılmalıdırlar. Bu arada zaman aşımı veya kazandırıcı zaman aşımı sürelerinin bir AUÇ usulü süresince dolmadığını sağlayacak imkana sahip olmalıdırlar.
- (46) Etkili bir şekilde işlemesi için, AUÇ kurumları emrinde yeterli insan, malzeme ve mali kaynaklara sahip olmalıdır. Üye devletler, halihazırda çalışır vaziyette olan kurumların ödeneklendirilmesini kısıtlamaksızın, kendi topraklarındaki AUÇ kurumlarının uygun ödeneklendirilme şekline karar vermelidirler. Bu Direktif, AUÇ kurumlarının kamusal veya özel olarak ödeneklendirildiği veya kamu ve özel ödeneklerin bir kombinasyonu ile ödeneklendirildiği sorusuna halletmemelidir. Ancak, AUÇ kurumları özellikle özel ödenek şekillerini düşünmeye ve sadece üye devletlerin takdiriyle kamusal fonları kullanmaya teşvik edilmelidir. Bu Direktif, firmaların veya mesleki kuruluşların veya iş ortaklıklarının AUÇ kurumlarını ödeneklendirme imkanını etkilememelidir.
- (47) Bir uyuşmazlık doğduğunda, tüketicilerin hangi AUÇ kurumlarının şikayetleriyle ilgilenmek için yetkili olduğu hızlıca belirleyebilecek ve bir AUÇ kurumuna sunulan işlemlerde ilgili tacirin yer alıp almayacağını bilebilecek olması önemlidir. Tüketicilerle olan uyuşmazlıkları çözmek için AUÇ kurumlarını kullanmak isteyen tacirler kendilerinin kapsandığı AUÇ kurum veya kurumlarının adres ve İnternet sayfaları hakkında tüketicileri bilgilendirmelidirler. Bu bilgilendirme, açık, anlaşılır ve kolayca ulaşılabilir şekilde varsa tacirin İnternet sitesinde ve mevcut ise, tacir ile tüketici arasındaki satış veya hizmet sözleşmelerinin genel şart ve koşullarında sağlanmalıdır. Tacirler İnternet sitelerinde ve ilgili sözleşmelerin şartlar ve koşullarında kendi iç şikayet işleme usulleri veya bir AUÇ kurumuna gitmeden tüketicilerle uyuşmazlıkları çözüme amaçlı kendilerine ulaşabilecekleri diğer başka yollar hakkında ilave bilgileri verebilme imkanına sahip olmalıdır. Bir uyuşmazlık doğrudan çözilemediğinde, tacir ilgili AUÇ kurumları hakkındaki bilgiyi ve onları kullanıp kullanmayacağını kağıt üzerinden veya başka bir uzun süreli ortam üzerinden tüketiciye sağlamalıdır.

- (48) Tacirlerin tüketicileri kendilerini kapsayan AUÇ kurumları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü, bu Direktifte sağlanan ilgili bilgilendirme yükümlülüğüne ilave olarak uygulanması gereken Birliğin diğer hukuki tasarruflarında yer alan mahkeme dışı tazminat usulleri hakkında tüketicilerin bilgilendirilmesine ilişkin hükümlere halel getirmemelidir.
- (49) Bu Direktif, AUÇ usullerinde tacirlerin katılımının zorunlu olmasını veya bir tüketici hakkında şikayette bulunduğu bu usullerin sonuçlarının tacirler üzerinde bağlayıcı olmasını gerektirmemelidir. Ancak, tüketicilerin tazminat erişimine sahip olduğunu ve iddialarından vazgeçmek zorunda olmadıklarını teyit etmek için, tacirler mümkün olduğunca AUÇ usullerine katılmaya teşvik edilmelidir. Bu yüzden, bu Direktif tacirlerin bu tür usullerde katılımını zorunlu yapan veya teşvik veya yaptırımlara tabi tutan veya sonuçlarını tacirler üzerinde bağlayıcı kılan ulusal kurallara, bu mevzuat tarafların Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde öngörülen adli sisteme erişim hakkını kullanmalarını engellemediği sürece, halel getirmemelidir.
- (50) AUÇ kurumları üzerine yüklenecek gereksiz bir yükten kaçınmak için, üye devletler tüketicilerin bir AUÇ kurumuna şikayetini sunmadan önce problemi iki taraflı olarak çözmek çabasıyla tacir ile iletişime geçmesini teşvik etmelidir. Birçok durumda, böyle yapılması tüketicilerin uyuşmazlıklarını hızlıca ve erken bir aşamada çözmelerine izin verecektir.
- (51) Üye devletler, AUÇ'yi, özellikle de tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerini, geliştirirken, mesleki kuruluşların, iş ortaklıklarının ve tüketici kuruluşlarının temsilcilerini dahil etmelidirler.
- (52) Üye devletler, AUÇ kurumlarının sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde iş birliği yaptıklarını teyit etmelidirler.
- (53) AUÇ kurumları şebekeleri, örneğin mali hizmetler alanında mali uyuşmazlıkların çözüm şebekesi 'FIN-NET', Birlik çapında güçlendirilmelidir. Üye devletler, AUÇ kurumlarının bu tür şebekelerin bir parçası olmalarını teşvik etmelidirler.
- (54) AUÇ kurumları ve ulusal makamlar arasındaki yakın iş birliği tüketici korunmasına ilişkin Birliğin hukuki tasarruflarının etkili bir şekilde uygulanmasını güçlendirmelidir. Komisyon ve üye devletler, en iyi uygulamaların ve teknik uzmanlığın değişimi ve AUÇ usullerinin işleyişinden doğan problemlerin tartışılması için AUÇ kurumları arasındaki iş birliğine olanak sağlamalıdır. Bu tür bir iş birliği, Birliğin çıkacak olan Tüketici Programı aracılığıyla desteklenmelidir.

- (55) AUÇ kurumlarının düzgün ve etkin bir şekilde işlediğini teyit etmek için, bu kurumlar yakından izlenmelidir. Bu amaçla, her üye devlet bu fonksiyonu icra edecek yetkili bir otorite veya yetkili makamlar tanımlamalıdır. Komisyon ve bu Direktifteki yetkili makamlar bu Direktife uyan AUÇ kurumlarının listesini güncellemeli ve yayımlamalıdır. Üye devletler AUÇ kurumlarının, Avrupa Tüketici Merkezleri Ağı'nın, ve uygunsa bu Direktif uyarınca seçilen organların Komisyonun İnternet sayfasına bir bağlantı sağlayarak bu listeyi kendi İnternet sayfalarında ve ne zaman uygun olursa kendi yerlerinde uzun süreli bir ortam üzerinden yayımlamalarını sağlamalıdır. Ayrıca, üye devletler ilgili tüketici kuruluşlarını ve iş ortaklıklarını bu listeyi yayımlama konusunda teşvik etmelidir. Üye devletler, tüketiciler bir tacirle uyumsuzluk içine girdiğinde ne yapabileceklerine ilişkin bilginin uygun bir şekilde yayılmasını da sağlamalıdır. Ayrıca, yetkili makamlar kendi üye devletlerindeki AUÇ kurumlarının gelişimi ve işleyişine ilişkin düzenli raporlar yayımlamalıdır. AUÇ kurumları bu raporların hangi belirli bilgileri esas alması gerektiğini yetkili makamlara bildirmelidir. Üye devletler, AUÇ kurumlarının bu bilgileri tüketici şikayetleri ve soruşturmalarının sınıflandırılması ve raporlanması için uyumlaştırılmış metodun kullanımına ilişkin 12 Mayıs 2010 tarihli ve 2010/304/AB sayılı Komisyon Önerisini¹¹ kullanan böyle bilgileri sağlamalarını teşvik etmelidirler.
- (56) Üye devletlerin bu Direktife uyum sağlaması için kabul edilen ulusal hükümlerin ihlali için olan cezalara ilişkin kuralları belirlemesi ve bu kuralların uygulanmasını sağlaması gereklidir. Cezalar, etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.
- (57) Tüketicinin korunması mevzuatını uygulamadan sorumlu ulusal makamlar arasındaki iş birliğine ilişkin 27 Ekim 2004 tarihli ve 2006/2004/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (tüketicinin korunması iş birliğine ilişkin Tüzük)¹² bu Direktifin uygulanmasına ilişkin sınır ötesi iş birliğini güçlendirmek için Bu Direktife Eklerinde bir referans içermesi için değiştirilmelidir.
- (58) Tüketici çıkarlarının korunması amacıyla ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin 23 Nisan 2009 tarihli ve 2009/22/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi¹³ bu Direktifte belirtilen tüketicilerin toplu çıkarlarının korunması için Bu Direktife Eklerinde bir referans içermesi için değiştirilmelidir.

¹¹ ABRG L 136, 2.6.2010, s. 1.

¹² ABRG L 364, 9.12.2004, s. 1.

¹³ ABRG L 110, 1.5.2009, s. 30.

- (59) Üye devletler ve Komisyonun açıklayıcı belgelere ilişkin 28 Eylül 2011 tarihli Ortak Siyasi Beyannamesi¹⁴ uyarınca üye devletler gerekçelendirilmiş olan durumlarda iç hukuka aktarma belgelerinin karşılık gelen ilgili bölümleri ile bir Direktifin bileşenleri arasındaki ilişkiyi açıklayan bir veya daha fazla sayıda belge ile iç hukuka aktarma önlemlerinin bildiriminde eşlik etme yükümlülüğünü üstlenmiştir. Bu Direktife ilişkin kanun koyucu, söz konusu belgelerin aktarılmasını haklı gerekçelere dayanmış kabul eder.
- (60) Bu Direktifin amacı, yani yüksek düzeyde tüketici korumasına ulaşarak ve tüketicilerin mahkemelere olan erişimlerini yasaklamadan iç pazarın düzgün işleyişine katkıda bulunmak, üye devletler tarafından tamamen gerçekleştirilemeyeceği ve bu yüzden Birlik düzeyinde daha kolay gerçekleştirilebileceğinden, Birlik Avrupa Birliği Antlaşmasının 5. maddesinde belirtildiği gibi, kapsamlı yetki ilkesi uyarınca önlemler kabul edebilir. Orantılılık ilkesi uyarınca, söz konusu maddede belirtildiği gibi, bu Direktif o amaca ulaşmak için gerekenden öteye gitmez.
- (61) Bu Direktif, temel haklara saygı duyar ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve özellikle 7, 8, 38 ve 47. maddelerinde tanınan ilkeleri gözetir.
- (62) Avrupa Veri Koruma Denetçisi'ne, Topluluk Kurumları ve organları tarafından kişisel verilerin işlenmesi sırasında bireylerin korunmasına ve bu tür verilerin¹⁵ serbest dolaşımına ilişkin 18 Aralık 2000 tarihli ve 45/2001/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün 28. maddesinin 2. paragrafı uyarınca danışılmış ve 12 Ocak 2012 tarihinde bir görüş¹⁶ bildirmiştir,

İŞBU DİREKTİFİ KABUL ETMİŞTİR:

BÖLÜM I

GENEL HÜKÜMLER

Madde 1 *Konu*

Bu Direktifin amacı yüksek düzeyde tüketici korumasına ulaşarak, tüketicilerin gönüllülük esasına göre tacirlere olan şikayetleri için bağımsız, tarafsız, şeffaf, etkin, hızlı ve adil alternatif uyuşmazlık çözümü usulleri sunan kurumlara başvurabilmelerini sağlayarak iç pazarın düzgün işleyişine katkıda bulunmaktır. Bu Direktif, bu tür usullere katılımı zorunlu yapan ulusal mevzuata, bu mevzuatlar tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanımlarını engellemediği sürece, halel getirmez.

¹⁴ ABRG C 369, 17.12.2011, s. 14.

¹⁵ ATRG L 8, 12.1.2001, s. 1.

¹⁶ ABRG C 136, 11.5.2012, s. 1.

Madde 2
Kapsam

1. Bu Direktif, bir çözüm öneren veya dikte eden veya dostane bir çözüm bulmak amacıyla tarafları bir araya getiren bir AUÇ kurumunun araya girmesiyle, Birlik içerisinde kurulan bir tacir ve Birlik içinde ikamet eden bir tüketici arasındaki satış veya hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan akdi yükümlülüklerle ilişkin yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümlere yönelik usuller için uygulanır.
2. Bu Direktif, aşağıdakilere uygulanmaz:
 - (a) üye devletler, bu Direktif ve 6. maddenin 3. paragrafında belirtilen belirli bağımsızlık ve tarafsızlık gereklilikleri de dahil II. Bölümde belirtilen gereklilikler kapsamında bu usullere AUÇ usulleri olarak izin vermedikçe, uyuşmazlığın çözümünden sorumlu gerçek kişilerin işe alındığı veya tacirin kendisinin münhasıran ücretlendirildiği durumlarda uyuşmazlık çözüm kurumları nezdindeki usuller yerine getirilir;
 - (b) tacir tarafından işletilen tüketici şikayet işleme sistemleri nezdindeki usuller;
 - (c) ekonomik amaç gütmeyen kamu yararına hizmetler;
 - (d) tacirler arasındaki uyuşmazlıklar;
 - (e) tüketici ve tacir arasındaki doğrudan müzakere;
 - (f) bir hakim tarafından bir uyuşmazlıkla ilgili adli işlemler sırasında, bu uyuşmazlığı çözmek için bulunulan girişimler;
 - (g) tacir tarafından tüketici aleyhine başlatılan usuller;
 - (h) sağlık personeli tarafından hastalara, reçete yazma, dağıtım ile tıbbi ürün ve tıbbi cihazların temini dahil olmak üzere sağlık durumlarını değerlendirmek, korumak veya iyileştirmek için sağlanan sağlık hizmetleri;
 - (i) kamusal ileri veya yüksek eğitim sağlayıcıları.

3. Bu Direktif, uygulanmasından sonra tüketicilerin Birlik içerisinde yaşadıkları yerden bağımsız olarak yüksek-kaliteli, şeffaf, etkin ve adil mahkeme dışı tazminat mekanizmalarına erişimlerini sağlamak için AUÇ kurumları ve AUÇ usulleri için uyumlaştırılmış kalite gerekliliklerini belirler. Üye devletler, tüketicinin daha yüksek düzeyde korunmasını sağlamak için bu Direktifte belirtilen kuralların dışında kurallar sürdürebilir veya getirebilirler.
4. Bu Direktif, üye devletlerin, kendi topraklarında kurulan AUÇ kurumlarının bir çözüm dikte etme gücüne sahip olup olmadıklarını belirleme yetkinliğini kabul eder.

Madde 3

Birliğin diğer hukuki tasarrufları ile ilişki

1. Bu Direktifte aksi belirtilmediğinde, bu Direktifin herhangi bir hükmü Birliğin başka bir hukuki tasarrufunda belirtilen ve tüketici tarafından tacir aleyhine başlatılan mahkeme dışı tazminat mekanizmalarına ilişkin bir hükümlerle çelişirse, bu Direktifin hükmü geçerli olur.
2. Bu Direktif, 2008/52/AT sayılı Direktife hâlel getirmez.
3. Bu Direktifin 13. maddesi, bu maddeye ilave olarak uygulanacak Birliğin diğer hukuki tasarruflarında yer alan mahkeme dışı tazminat usullerine ilişkin tüketici bilgilendirilmesine ilişkin hükümlere hâlel getirmez.

Madde 4

Tanımlar

1. Bu Direktifin amaçları doğrultusunda:
 - (a) 'tüketici' kendi ticareti, işi veya mesleği dışındaki amaçlar için hareket eden herhangi bir gerçek kişidir;
 - (b) 'tacir' özel veya kamu mülkiyeti olup olmadığına veya eylemin bir tacir adına veya hesabına bir kişi tarafından yapılması da dahil olmak üzere eylemi yapan kişiye bakılmadan kendi ticareti, işi, sanatı veya mesleğine ilişkin amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir;
 - (c) 'satış sözleşmesi' tacirin ürünlerin mülkiyetini tüketiciye devretmesi veya devretmeyi garantilemesi ve tüketicinin bunun için olan ücreti ödemesi veya ödemeyi garantilemesini gerektiren ürün ve hizmetlerin her ikisini de içeren sözleşmeler dahil olmak üzere böyle sözleşmelerdir;

- (d) 'hizmet sözleşmesi' tacirin bir hizmeti sağlaması veya sağlamayı garantilemesi ve tüketicinin bunun için gerekli olan ücreti ödemesi veya ödemeyi garantilemesini gerektiren satış sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerdir;
 - (e) 'yurt içi uyumsuzluk' tüketicinin ürün veya hizmetleri sipariş ettiği zamanda, tacirin yerleşik bulunduğu, tüketicinin ikamet ettiği aynı üye devlette bir satış veya hizmet sözleşmesinden doğan akdi uyumsuzluktur;
 - (f) 'sınır ötesi uyumsuzluk' tüketicinin ürün veya hizmetleri sipariş ettiğinde tüketicinin tacirin kurulduğu üye devletten farklı bir üye devlette ikamet ettiği bir satış veya hizmet sözleşmesinden doğan akdi uyumsuzluktur;
 - (g) 'AUÇ usulü' 2. maddede atıfta bulunulduğu gibi, bu Direktifte belirtilen gerekliliklere uyan ve bir AUÇ kurumu tarafından yürütülen bir usuldür;
 - (h) 'AUÇ kurumu' nasıl isimlendirildiği veya atıfta bulunulduğu fark etmeksizin, dayanıklı bir temel üzerine kurulan ve bir AUÇ usulü ile bir uyumsuzluğun çözümünü öneren 20. maddenin 2. paragrafı uyarınca listelenen herhangi bir kurumdur;
 - (i) 'yetkili makam' bu Direktifin amaçları için bir üye devlet tarafından atanan ve ulusal, bölgesel veya yerel seviyede kurulan herhangi bir kamu makamıdır.
2. Bir tacir aşağıdaki yerlerde kurulur:
- tacir bir gerçek kişiye, iş yerinin olduğu yerde,
 - tacir bir şirket veya başka tüzel kişi veya gerçek ya da tüzel kişilerin ortaklığı ise, yasal merkezine, idare merkezine veya şube, acente veya başka diğer kuruluş da dahil iş yerine sahip olduğu yerde.
3. Bir AUÇ kurumu aşağıdaki yerlerde kurulur:
- gerçek bir kişi tarafından işletiliyorsa, AUÇ faaliyetlerini yürüttüğü yerde,
 - kurum tüzel bir kişi veya gerçek ya da tüzel kişilerin ortaklığı tarafından işletiliyorsa, o tüzel kişi veya gerçek ya da tüzel kişilerin ortaklığının AUÇ faaliyetlerini yürüttüğü veya yasal merkezine sahip olduğu yerde,
 - bir otorite veya başka kamusal organ tarafından işletiliyorsa, o otorite veya diğer kamusal organın merkezine sahip olduğu yerde.

BÖLÜM II**AUÇ KURUMLARINA VE AUÇ USULLERİNE UYGULANABİLECEK
GEREKLİLİKLER VE ERİŞİM***Madde 5**AUÇ kurumlarına ve AUÇ usullerine erişim*

1. Üye devletler tüketicilerin AUÇ usullerini erişimini kolaylaştırmalı ve bu Direktif tarafından kapsanan ve kendi topraklarında kurulmuş bir taciri içeren uyuşmazlıkların bu Direktifte belirtilen gerekliliklerine uyan bir AUÇ kurumuna sunulabileceğini teyit etmelidirler.
2. Üye devletler, AUÇ kurumlarının:
 - (a) tarafların AUÇ usullerine ilişkin bilgilere kolay erişimini sağlayan ve tüketicilerin çevrimiçi olarak şikayetlerini ve gerekli destekleyici belgeleri sunmasını sağlayan bir güncel İnternet sitesini sürdürdüğünü;
 - (b) taraflara kendi istekleri üzerine, uzun süreli bir ortam üzerinden (a) bendinde atıfta bulunulan bilgileri sağladığını;
 - (c) mevcut ise, tüketicinin çevrim dışı olarak şikayetini sunmasını sağladığını;
 - (d) taraflar arasında elektronik yollarla veya mevcut ise posta ile bilgi değişimini sağladığını;
 - (e) 524/2013/AB sayılı Tüzük ile kapsanan uyuşmazlıklar da dahil yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkları kabul ettiğini; ve
 - (f) bu Direktif ile kapsanan uyuşmazlıklarla uğraşıldığında, kişisel verilerin işlenmesinin AUÇ kurumunun kurulduğu üye devlette 95/46/AT sayılı Direktifi uygulayan ulusal mevzuatta belirtilen kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara uymasını sağlayacak gerekli önlemleri aldıklarını teyit eder.
3. Üye devletler, 1. paragraf kapsamındaki yükümlülüğünü mevcut hiçbir AUÇ kurumunun çözümü için yeterli olmadığı söz konusu paragrafta atıfta bulunulan uyuşmazlıklarla ilgilenmek için yetkili kalıcı bir AUÇ kurumunun mevcudiyetini sağlayarak yerine getirebilirler. Üye devletler, bu yükümlülüğü tacirlerin tüm kapsamı sağlama sorumluluğuna ve AUÇ kurumlarına erişimine hanel getirmeksizin farklı üye devletlerden tacirlerin aynı AUÇ kurumu tarafından kapsandığı bölgesel, ulus ötesi veya pan-Avrupa uyuşmazlık çözüm kurumlarına veya başka bir üye devlette kurulan AUÇ kurumlarına güvenerek yerine getirebilirler.

4. Üye devletler, kendi istekleri üzerine, AUÇ kurumlarının aşağıdaki gerekçelerle verilen bir uyuşmazlıkla uğraşmayı reddetmelerine izin verebilecek usul kuralları getirmelerine veya muhafaza etmelerine izin verebilirler:
- (a) tüketici şikayetini tartışmak ve ilk adım olarak sorunu doğrudan tacir ile çözmeye çalışmak için ilgili tacirle iletişime geçmek için hiçbir girişimde bulunmadıysa;
 - (b) uyuşmazlık anlamsız ve can sıkıcı ise;
 - (c) uyuşmazlık daha önce başka bir AUÇ kurumu veya bir mahkeme tarafından dikkate alınmış veya şimdi alınıyorsa;
 - (d) iddianın tutarı daha önce belirlenmiş bir eşik değerinin altına veya üstüne düşüyorsa;
 - (e) tüketicinin şikayetini tacire sunduğu tarihten sonra bir yıldan az olarak belirlenmeyen bir önceden belirlenmiş zaman kısıtlaması içerisinde, tüketici şikayetini AUÇ kurumuna sunmamışsa;
 - (f) bu tür uyuşmazlıklarla uğraşılması aksi durumlarda AUÇ kurumunun etkin çalışmasına ciddi bir şekilde zarar verebilir.

Bir AUÇ kurumu, kendi usul kuralları uyarınca, kendisine sunulan bir uyuşmazlık ile uğraşamaz olduğunda, o AUÇ kurumu şikayet dosyasını aldıktan sonraki üç hafta içerisinde uyuşmazlık ile uğraşmamasına ilişkin gerekçeleri nedenleriyle birlikte bir açıklama olarak taraflara sağlar.

Bu usul kuralları sınır ötesi uyuşmazlık durumları da dahil tüketicilerin AUÇ usullerine erişimine önemli ölçüde zarar vermemelidir.

5. Üye devletler, AUÇ kurumlarına AUÇ usullerine erişimi sınırlandırmak için önceden belirlenmiş parasal eşik değerleri kurmalarına izin verildiği durumlarda, bu eşik değerleri, tüketicinin AUÇ kurumlarının şikayet işlemesine olan erişimlerine önemli ölçüde zarar vermeyecek bir düzeyde belirlenir.
6. 4. paragrafta atıfta bulunulan usul kuralları uyarınca, bir AUÇ kurumu kendisine sunulan bir şikayetle uğraşamaz olduğunda, bir üye devlet tüketicinin şikayetini başka bir AUÇ kurumuna sunabilmesini sağlamakla yükümlü değildir.

7. Belirli bir ekonomik sektörde uyuşmazlıklarla uğraşan bir AUÇ kurumu, kendisini kuran veya ödeneklendiren kuruluş veya ortaklığın üyesi olmayan ancak o sektörde faaliyet gösteren bir tacir ile ilgili uyuşmazlıklarla uğraşmaya yetkili olduğunda, üye devlet o taciri ilgilendiren uyuşmazlıklarla ilgili olarak 1. paragraf kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılır.

Madde 6

Uzmanlık, bağımsızlık ve tarafsızlık

1. Üye devletler, AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin gerekli uzmanlığa sahip olduğunu ve bağımsız ve tarafsız olduğunu teyit ederler. Bu, bu tür kişilerin aşağıdakileri yaptığını teyit ederek garantiye alınır:
- (a) hukuk hakkında genel bir anlayışa ek olarak tüketici uyuşmazlıklarının alternatif veya adli çözümleri alanında gerekli bilgi ve becerilere sahip olduğunu;
 - (b) faaliyetlerinin bağımsızlığını ve haklı bir neden olmaksızın görevlerinden alıkonulmasından sorumlu olmamasını sağlamak için yeterli bir görev süresi için atanmış olduğunu;
 - (c) herhangi bir taraf veya temsilcilerinden gelen herhangi bir talimata maruz kalmadıklarını;
 - (d) usulün sonucuyla bağlantılı olmayacak şekilde ücretlendirildiklerini;
 - (e) bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını etkileyebilecek veya etkileyeceği görülebilen veya çözmeleri istenilen uyuşmazlığın herhangi bir tarafıyla bir çıkar çatışmasına neden olabilecek veya olabileceği görülen durumları AUÇ kurumuna gecikmeksizin gösterdiklerini. Bu tür durumların açığa çıkarılması yükümlülüğü AUÇ usulü boyunca devam eden bir gerekliliktir. AUÇ kurumu sadece bir gerçek kişiyi kapsadığında uygulanmaz.
2. Üye devletler, AUÇ kurumlarının 1. paragrafın (e) bendinde atıfta bulunulan koşulların olduğu durumda aşağıdakileri sağlayacak usullere sahip olduğunu teyit ederler:
- (a) ilgili gerçek kişi AUÇ usulünü yürütmek için görevlendirilecek başka bir gerçek kişi tarafından değiştirilmiştir; veya aşağıdaki hususta başarısız olmak
 - (b) ilgili gerçek kişi AUÇ usulünü yürütmekten kaçınmakta ve uygunsa AUÇ kurumu taraflara uyuşmazlığı bununla ilgilenmeye yetkili başka bir AUÇ kurumuna sunmuştur; veya aşağıdaki hususta başarısız olmak

- (c) koşullar taraflara ifşa edilmiş ve ilgili gerçek kişinin AUÇ usulünü, sadece taraflar durumdan ve itiraz etme haklarından bilgilendirildikten sonra itiraz etmemişlerse, yürütmeye devam etmesine izin verilmiştir.

Bu paragraf, 9. maddenin 2. paragrafının (a) bendine hâlel getirmez.

AUÇ kurumu sadece bir gerçek kişiyi kapsadığında, bu paragrafın birinci alt paragrafının (b) ve (c) bentleri uygulanır.

3. Üye devletler, 2. maddenin 2. paragrafının (a) bendinde atıfta bulunulan usullerin bu Direktif kapsamındaki AUÇ usulleri olarak izin verilmesine karar verdiğinde, 1 ve 5. paragraflarda belirtilen genel gerekliliklere ilave olarak, bu usullerin aşağıdaki belirli gerekliliklere uyduğunu teyit ederler:
 - (a) uyuşmazlık çözümünden sorumlu gerçek kişiler tüketici ve tacir kuruluşlarından eşit sayıda temsilciden oluşan bir meslektaş organ tarafından aday gösterilir ve şeffaf bir usulün sonucu olarak atanır;
 - (b) uyuşmazlık çözümünden sorumlu gerçek kişilere, faaliyetlerinin bağımsızlığını sağlamak için en az üç yıllık bir görev süresi verilir;
 - (c) uyuşmazlık çözümünden sorumlu gerçek kişiler uyuşmazlık çözüm kurumundaki görevi bittikten sonraki üç yıllık süre için tacir için veya bir mesleki kuruluş için veya tacirin üyesi olduğu bir iş ortaklığı için çalışmayı taahhüt etmez;
 - (d) uyuşmazlık çözüm kurumu tacirle herhangi bir hiyerarşik veya işlevsel bağlantıya sahip değildir ve tacirin çalışan birimlerinden açıkça ayrılmıştır ve görevlerini yerine getirmek için tacirin genel bütçesinde ayrı kendi emrinde yeterli bütçeye sahiptir.
4. AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin işe alındığı veya bir mesleki kuruluş veya tacirin üyesi olduğu bir iş ortaklığından özel olarak ücret aldığı durumlarda, üye devletler 1 ve 5. paragraflarda belirtilen genel gerekliliklere ek olarak, görevlerini yerine getirebilmelerini sağlayacak kendi emirlerinde ayrı ve adanmış bir bütçeye sahip olduklarını teyit eder.

Bu paragraf, ilgili gerçek kişilerin, taraflarınca çalıştırıldıkları veya ücretlendirildikleri mesleki kuruluş veya iş ortaklıklarının ve tüketici kuruluşlarının eşit sayıda temsilcilerinden oluşan bir meslektaş organın bir parçasını oluşturduğunda uygulanmaz.

5. Üye devletler, uyuşmazlık çözümünden sorumlu gerçek kişilerin meslektaş bir organın bir parçasını oluşturduğu AUÇ kurumlarının bu organda tüketicilerin ve tacirlerin çıkarlarının temsilcilerinin eşit sayıda olmasını öngördüğünü teyit ederler.
6. 1. paragrafın (a) bendindeki amaçlar için, üye devletler AUÇ kurumlarını AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin eğitimini sağlaması için teşvik eder. Böyle bir eğitim sağlandıysa, yetkili makamlar 19. maddenin 3. paragrafının (g) bendi uyarınca kendilerine söylenen bilgilere dayanarak, AUÇ kurumları tarafından kurulan eğitim programlarını izler.

Madde 7
Şeffaflık

1. Üye devletler, AUÇ kurumlarının kendi İnternet sitelerinde, istek üzerine uzun süreli bir ortam üzerinden ve uygun olduğunu düşündükleri diğer bir yöntemle aşağıdaki hususlara ilişkin açık ve kolay anlaşılabilir bilginin sağlandığını teyit ederler:
 - (a) posta adresi ve e-posta adresi de dahil iletişim bilgileri;
 - (b) AUÇ kurumlarının 20. maddenin 2. paragrafı uyarınca listelendiği;
 - (c) AUÇ'den sorumlu gerçek kişiler, atanma şekilleri ve görev süreleri;
 - (d) özel olarak bir tacir tarafından görevlendirilmiş veya ücretlendirilmişse, AUÇ'den sorumlu gerçek kişilerin uzmanlığı, tarafsızlığı ve bağımsızlığı;
 - (e) mevcut ise, sınır ötesi uyuşmazlık çözümlerini kolaylaştıran AUÇ kurumları şebekelerindeki üyelikleri;
 - (f) mevcut ise, tüm eşik değerler dahil yetkili oldukları uyuşmazlık türleri;
 - (g) bir uyuşmazlığın çözümünü düzenleyen usul kuralları ve 5. maddenin 4. paragrafı uyarınca AUÇ kurumunun verilen bir uyuşmazlığı reddedebileceği gerekçeler;

- (h) şikayetlerin AUÇ kurumuna sunulabileceği ve AUÇ usullerinin yürütüldüğü diller;
 - (i) AUÇ kurumunun uyuşmazlık çözümü için esas alabileceği kural türleri (örneğin yasal hükümler, eşitlikçilik mülahazaları, davranış kuralları);
 - (j) bir AUÇ usulü başlatılmadan önce karşılanması gereken tüketici tarafından sorunu tacirle doğrudan çözmek için yapılan girişim yükümlülüğü de dahil ön gereklilikler;
 - (k) tarafların usulden geri çekilip çekilemeyeceği;
 - (l) usulün sonunda hüküm masraflarına dair kurallar da dahil, taraflar tarafından üstlenilmesi gereken, varsa, masraflar;
 - (m) AUÇ usulünün ortalama uzunluğu;
 - (n) mevcut ise, taraflar üzerinde bağlayıcı etkiye sahip bir karar durumunda uygunsuzlukların cezası da dahil, AUÇ usulünün sonucunun hukuki etkisi;
 - (o) ilgiliyse, AUÇ kararının uygulanabilirliği.
2. Üye devletler, AUÇ kurumlarının İnternet sitelerinde, istek üzerine uzun süreli bir ortam üzerinden, ve uygun olduğunu düşündükleri diğer bir yöntemle, yıllık faaliyet raporlarını kamuya açıkladığını teyit ederler. Bu raporlar yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıklara ilişkin aşağıdaki bilgileri içerir:
- (a) alınan uyuşmazlıkların sayısı ve ilgili oldukları şikayetlerin türleri;
 - (b) sıklıkla meydana gelen ve tüketici ve tacirler arasında uyuşmazlıklara yol açan sistematik veya önemli problemler; bu bilgilere tacirlerin standartlarını artırmak ve bilgi ve en iyi uygulamaların değişimini kolaylaştırmak için bu tür problemlerden nasıl kaçınılacağı veya gelecekte nasıl çözüleceğine ilişkin tavsiyeler eşlik edebilir;
 - (c) AUÇ kurumunun ilgilenmeyi reddettiği uyuşmazlıkların oranı ve 5. maddenin 4. paragrafında atıfta bulunulan bu tür retler için olan gerekçelerin türlerinin yüzdeler payları;
 - (d) 2. maddenin 2. paragrafının (a) bendinde atıfta bulunulan usullerin durumunda, önerilen veya dikte edilen tüketicilerin lehinde ve tacirlerin lehinde olan çözümlerin ve dostane bir çözümle çözülen uyuşmazlıkların yüzdeler payları;

- (e) durdurulan AUÇ usullerinin ve biliniyorsa, bu durdurmaların sebeplerinin yüzdelik payları;
- (f) uyuşmazlığı çözmek için alınan ortalama süre;
- (g) biliniyorsa, AUÇ usullerinin sonuçlarıyla uyumluluk oranları;
- (h) mevcut ise, sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştıran AUÇ kurumlarının şebekeleri içerisindeki AUÇ kurumlarının iş birliği.

Madde 8
Etkililik

Üye devletler, AUÇ usullerinin etkili olduğunu ve aşağıdaki gereklilikleri yerine getirdiğini teyit ederler:

- (a) AUÇ usulü tarafların nerede olduklarından bağımsız olarak her iki tarafa da çevrimiçi ve çevrim dışı olarak kullanılabilir ve kolayca erişilebilir;
- (b) taraflar usule bir avukat veya bir hukuk danışmanı tutmaksızın erişir, ancak usul tarafları bağımsız tavsiye haklarından veya usulün herhangi bir aşamasında üçüncü bir kişi tarafından temsil edilmesi veya yarım edilmesi haklarından mahrum etmez;
- (c) AUÇ usulü ücretsizdir veya tüketiciler için nominal bir ücret ile erişilebilir;
- (d) bir şikayet alan AUÇ kurumu şikayete ilişkin ilgili bilgileri taşıyan tüm belgeleri alır almaz uyuşmazlık hakkında tarafları bildirir;
- (e) AUÇ usulünün sonucu AUÇ kurumunun eksiksiz şikayet dosyasını aldığı tarihten itibaren 90 takvim günü içerisinde açıklanır. Yüksek derecede karışık vakalarda, görevli AUÇ kurumu, kendi takdiriyle, 90 takvim günlük süreyi uzatabilir. Taraflar bu tür sürenin uzatıldığından ve uyuşmazlığın çözülmesi için gerekecek sürenin beklenen uzunluğundan haberdar edilir.

Madde 9
Adillik

1. Üye devletler, AUÇ usullerinde aşağıdakileri sağlamalıdır:
 - (a) taraflar, makul bir zaman aralığı içerisinde, kendi görüşlerini ifade etme, diğer taraf tarafından konulan iddia, kanıt, belge ve davanın maddi unsurlarından, uzmanların verdiği görüşlerden ve yaptıkları beyanlardan AUÇ kurumu tarafından haberdar edilmiş olma, ve bunlar üzerine yorum yapabilme imkanına sahiptir;
 - (b) taraflar bir avukat veya bir hukuk danışmanı tutmak zorunda olmadıkları, ancak bağımsız tavsiye arayabilecekleri veya usulün herhangi bir aşamasında üçüncü bir kişi tarafından temsil edilebileceği veya yardım alabileceği konusunda bilgilendirilir;
 - (c) taraflara yazılı veya uzun süreli bir ortam üzerinden AUÇ usulünün sonucu bildirilir, ve sonucun dayandığı gerekçelere dair bir beyan verilir.
2. Bir çözüm önererek uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan AUÇ usullerinde, üye devletler aşağıdaki hususları sağlar:
 - (a) Taraflar, usulün işleyişinden veya performansından memnun değillerse, herhangi bir aşamada usulden geri çekilme imkanına sahiptir. Usul başlamadan önce bu haktan haberdar edilirler. Ulusal kurallar AUÇ usullerinde tacirlerin zorunlu katılımını öngördüğünde, bu bent sadece tüketiciye uygulanır.
 - (b) Taraflar, önerilen bir çözümü kabul etmeden veya izlemeden önce, aşağıdakiler hakkında bilgilendirilir:
 - (i) önerilen çözümü kabul edip etmeme veya takip edip etmeme seçenekleri vardır;
 - (ii) usule katılım mahkeme işlemleri ile tazminat arama imkanını engellemez;
 - (iii) önerilen çözüm yasal kuralları uygulayan bir mahkemenin karar verdiği sonuçtan farklı olabilir.
 - (c) Taraflar, önerilen bir çözümü kabul etmeden veya izlemeden önce, böyle önerilen bir çözümü kabul etmenin veya izlemenin yasal etkileri hakkında bilgilendirilir.

- (d) Taraflar, önerilen bir çözüme veya dostane bir anlaşmaya rızasını ifade etmeden önce, makul bir süre düşünmeye izinlidir.
3. Ulusal hukuk uyarınca, AUÇ usulleri tüketici önerilen çözümü kabul ettiğinde, sonuçların tacir üzerinde bağlayıcı olduğunu öngördüğünde, 9. maddenin 2. paragrafı sadece tüketiciye uygulanabilir olarak okunur.

Madde 10
Serbestlik

1. Üye devletler, tüketici ve tacir arasındaki şikayetleri AUÇ kurumuna bildirme yönündeki anlaşmanın uyuşmazlık somutlaşmadan önce akdedildiyse ve tüketiciyi uyuşmazlığın çözümü için dava açma hakkından yoksun bırakacak bir etkisi varsa, tüketici için bağlayıcı olmamasını sağlarlar.
2. Üye devletler, bir çözüm dikte ederek uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan AUÇ usullerinde, dikte edilen çözümün sadece önceden tarafların bağlayıcı olabileceğinde haber edilmiş ve bunu özel olarak kabul etmişlerse, bağlayıcı olması gerektiğini sağlarlar. Tacir tarafından özel kabul ulusal kurallar çözümlerin tacirler üzerinde bağlayıcı olduğunu öngörüyorsa, gerekli değildir.

Madde 11
Hukuka Uygunluk

1. Üye devletler, bir çözümü dikte ederek uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan AUÇ usullerinin:
- (a) kanunların ihtilafının olmadığı bir durumda, dikte edilen çözüm tüketicinin kendisi ve tacirin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukuku nedeniyle anlaşmayla eksiltilemeyen hükümler tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmaz;
- (b) kanunların ihtilafı olduğu bir durumda, satış veya hizmet sözleşmesine uygulanacak kanun 593/2008/AT sayılı Tüzüğün 6. maddesinin 1 ve 2. paragrafları uyarınca kararlaştırıldığında, AUÇ kurumunun dikte ettiği çözüm tüketicinin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukuku nedeniyle anlaşmayla eksiltilemeyen hükümler tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmaz;

- (c) kanunların ihtilaflı olduğu bir durumda, satış veya hizmet sözleşmesine uygulanacak kanun akdi yükümlölüklerle uygulanabilecek hukuka ilişkin 19 Haziran 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nun 5. maddesinin 1 ve 3. paragrafları uyarınca kararlaştırıldığında, AUÇ kurumu tarafından dikte edilen çözüm tüketicinin alışkanlıkla ikamet ettiği üye devletin hukukun emredici kuralları tarafından kendisine verilen korunmadan mahrum kalması ile sonuçlanmaz.
2. Bu maddenin amaçları doğrultusunda, 'mutad ikametgah' 593/2008/AT sayılı Tüzük uyarınca belirlenir.

Madde 12

AUÇ usullerinin zaman aşımı ve kazandırılmış zaman aşımı süreleri üzerine etkisi

1. Üye devletler, bir uyuşmazlığı çözmek çabasıyla sonucunun bağlayıcı olmadığı bir AUÇ usulüne başvurabilen tarafların, bunun sonucunda AUÇ usulü süresince zaman aşımı veya kazandırılmış zaman aşımı sürelerinin dolmasının bir sonucu olarak ilgili uyuşmazlık için yargısal işlemleri başlatmasını engellemezler.
2. 1. paragraf üye devletlerin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda yer alan zaman aşımı veya kazandırılmış zaman aşımına ilişkin hükümlere halel getirmez.

BÖLÜM III

BİLGİLENDİRME VE İŞ BİRLİĞİ

Madde 13

Tacirler tarafından tüketicinin bilgilendirilmesi

1. Üye devletler, kendi topraklarında kurulan tacirlerin tüketicileri kendilerini kapsayan AUÇ kurum veya kurumları hakkında, tüketicilerle uyuşmazlıkları çözmek için bu kurumları kullanmak zorunda olduklarında veya kullanacaklarında, bilgilendirmesini sağlar. Bu bilgilendirme ilgili AUÇ kurum veya kurumlarının İnternet adreslerini içerir.
2. 1. paragrafta atıfta bulunulan bilgilendirme, açık, anlaşılır ve kolayca erişilebilir bir şekilde varsa tacirin İnternet sitesinde ve mevcut ise, tacir ile tüketici arasındaki satış veya hizmet sözleşmelerinin genel şart ve koşullarında sağlanır.

3. Üye devletler, tüketici ile kendi bölgesinde kurulmuş bir tacir arasındaki uyuşmazlık tüketicinin şikayetini tacire direk olarak sunmasından sonra çözülmediği durumlarda, tacirin uyuşmazlığı çözmek için ilgili AUÇ kurumlarını kullanıp kullanmayacağını belirten 1. paragrafta atıfta bulunan bilgilendirmeyi tüketiciye yapmasını sağlarlar. Bu bilgilendirme kağıt üzerinde veya uzun süreli başka bir ortam üzerinde olur.

Madde 14

Tüketiciler için yardım

1. Üye devletler, sınır ötesi satış veya hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin, tüketicilerin sınır ötesi uyuşmazlıklarıyla uğraşmaya yetkili başka bir üye devletteki AUÇ kurumuna erişim konusunda yardım alabilmesini sağlarlar.
2. Üye devletler, 1. paragrafta atıfta bulunan görev için sorumluluğu, Avrupa Tüketici Merkezleri Ağı'na ait kendi merkezlerine, tüketici kuruluşlarına veya diğer bir organa verirler.

Madde 15

Genel bilgiler

1. Üye devletler, AUÇ kurumlarının, Avrupa Tüketici Merkezleri Ağı merkezlerinin ve mevcut ise 14. maddenin 2. paragrafı uyarınca görevlendirilen organların İnternet sayfalarında, Komisyon İnternet sayfasına bir bağlantı sağlayarak, ve ne zaman uygun olursa kendi yerlerinde uzun süreli bir ortam üzerinden 20. maddenin 4. paragrafında atıfta bulunan AUÇ kurumlarının listesini yayımlamalarını sağlarlar.
2. Üye devletler, ilgili tüketici kuruluşlarını ve iş ortaklıklarını İnternet sitelerinde ve uygun olduğunu düşündükleri diğer yerlerde 20. maddenin 4. paragrafında atıfta bulunan AUÇ kurumlarının listesini kamuya açıklamalarını teşvik ederler.
3. Komisyon ve üye devletler tüketicilerin bu Direktifte kapsanan uyuşmazlıkların çözümü için AUÇ usullerine nasıl ulaşabileceğine dair bilginin uygun bir şekilde yayılmasını sağlar.
4. Komisyon ve üye devletler tüketici kuruluşlarının ve mesleki kuruluşlarının AUÇ kurumları ve usulleri hakkındaki farkındalığı artırmasını ve tüketici ve tacirlerin AUÇ kullanımını teşvik ettirecek eşlik eden önlemleri alır. Bu organlar ayrıca tüketicilerden şikayet aldıklarında yetkili AUÇ kurumlarına ilişkin bilgileri tüketiciye sağlaması için teşvik edilir.

*Madde 16**AUÇ kurumları arasında tecrübe değişimi ve iş birliği*

1. Üye devletler, AUÇ kurumlarının sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde iş birliği yapmasını ve yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olarak en iyi uygulamaların değişimini yapmalarını sağlarlar.
2. Komisyon AUÇ kurumlarının şebekeleşmesini ve en iyi uygulamalarının ve tecrübelerinin değişimini ve yayılmasını destekler.
3. Sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştıran AUÇ kurumlarının bir şebekesi Birlik içerisinde sektöre özgü bir alanda mevcutsa, üye devletler AUÇ kurumlarının o şebekenin bir üyesi olmak için o alandaki uyuşmazlıklarla uğraşmasını teşvik eder.
4. Komisyon 3. paragrafta atıfta bulunulan şebekelerin isim ve iletişim bilgilerini içeren bir liste yayımlar. Komisyon gerekli olduğunda bu listeyi günceller.

*Madde 17**Tüketicinin korunmasına ilişkin Birliğin hukuki tasarruflarını uygulayan ulusal makamlar ve AUÇ kurumları arasındaki iş birliği*

1. Üye devletler, AUÇ kurumları ile tüketicinin korunmasına ilişkin Birliğin hukuki tasarruflarının uygulanması için görevlendirilen ulusal makamlar arasındaki iş birliğini sağlarlar.
2. Bu iş birliği özellikle tüketicilerin sürekli şikayetlerini sunduğu belirli iş sektörlerindeki uygulamalara ilişkin bilgilerin karşılıklı değişimini içerir. Ayrıca teknik değerlendirme hükmünü ve bu tür ulusal makamların, bu tür değerlendirme bilgilendirmelerin kişisel uyuşmazlıkların çözümü için gerekli olduğu ve halihazırda kullanılabilir olduğu durumlarda, AUÇ kurumlarına yaptığı bilgilendirmeyi içerir.
3. Üye devletler, 1 ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan iş birliği ve karşılıklı bilgi değişiminin 95/46/AT sayılı Direktifte belirtilen kişisel verilerin kullanımına ilişkin kurallara uymasını sağlarlar.
4. Bu madde tüketicinin korunmasına ilişkin Birliğin hukuki tasarruflarını uygulamakla görevli ulusal makamlara uygulanan mesleki ve ticari gizliliğe ilişkin hükümlere halel getirmez. AUÇ kurumları mesleki gizlilik kurallarına veya kuruldukları yerdeki üye devletlerin mevzuatında belirtilen eşdeğer gizlilik görevlerine tabidir.

BÖLÜM IV

YETKİLİ MAKAMLARIN VE KOMİSYONUN ROLÜ

Madde 18

Yetkili makamların belirlenmesi

1. Her üye devlet, 19 ve 20. maddelerde belirtilen fonksiyonları yürütecek bir yetkili makam atar. Her üye devlet birden fazla yetkili makam atayabilir. Bu durumda üye devlet, atanan yetkili makamlardan hangisinin Komisyon için tek bir temas noktası olduğuna karar verir. Her üye devlet, yetkili makamı veya mevcutsa, atadığı tek temas noktası da dahil olmak üzere yetkili makamları Komisyona bildirir.
2. Komisyon, uygun olduğunda, 1. paragraf uyarınca kendisine bildirilen tek temas noktası dahil olmak üzere yetkili makamların bir listesini oluşturur ve bu listeyi Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlar.

Madde 19

Uyuşmazlık çözüm kurumları tarafından yetkili makamlara bildirilecek bilgiler

1. Üye devletler, kendi topraklarında kurulan ve bu Direktif kapsamındaki bir AUÇ kurumu olarak nitelendirilmeyi hedefleyen ve 20. maddenin 2. paragrafı uyarınca listelenen uyuşmazlık çözüm kurumlarının yetkili makamlara aşağıdakileri bildirmesini sağlarlar:
 - (a) isimleri, iletişim bilgileri ve İnternet adresleri;
 - (b) uyuşmazlık çözümünden sorumlu gerçek kişilere ilişkin bilgiler de dahil yapı ve ödeneklerine ilişkin bilgiler, ödeneklendirilmeleri, görev süresi ve kim tarafından işe alındıkları;
 - (c) usul kuralları; (d) mevcut ise, ücretleri;
 - (e) uyuşmazlık çözüm usullerinin ortalama uzunluğu;
 - (f) şikayetlerin sunulabileceği ve uyuşmazlık çözüm usulünün yürütülebileceği dil veya diller;

- (g) uyuşmazlık çözüm usulü tarafından kapsanan uyuşmazlık türlerine ilişkin bir beyan;
 - (h) 5. maddenin 4. paragrafı uyarınca verilen bir uyuşmazlığı uyuşmazlık çözüm kurumunun reddetmek için dayandığı gerekçeler;
 - (i) bu Direktif kapsamında kurumun bir AUÇ kurumu olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine ve II. Bölüm'de belirtilen kalite gerekliliklerine uyup uymadığına ilişkin gerekçeli bir beyan.
- (a) ila (h) bentlerinde atıfta bulunulan bilgilere ilişkin değişiklik olması durumunda, AUÇ kurumları gecikmeksizin yetkili makama bu değişiklikleri bildirir.
2. Üye devletler, 2. maddenin 2. paragrafının (a) bendinde bahsedildiği gibi usullere izin vermeye karar verdiğinde, bu usulleri uygulayan AUÇ kurumlarının 1. paragrafta atıfta bulunulan bilgi veya beyanlara ek olarak 6. maddenin 3. paragrafında belirtilen bağımsızlık ve şeffaflığa ilişkin belirli ilave gerekliliklere olan uygunluklarının değerlendirilmesi için gerekli olan bilgileri de yetkili makamlara bildirmelerini sağlarlar.
3. Üye devletler, AUÇ kurumlarının her iki sene de bir aşağıdakilere ilişkin bilgileri yetkili makamlara bildirmesini sağlarlar:
- (a) alınan uyuşmazlıkların sayısı ve ilgili oldukları şikayetlerin türleri;
 - (b) bir sonuca ulaşılamadan durdurulan AUÇ usullerin yüzdelik payı;
 - (c) alınan uyuşmazlıkların çözümü için harcanan ortalama süre;
 - (d) biliniyorsa, AUÇ usullerinin sonuçlarıyla uyumluluk oranları;
 - (e) sık sık meydana gelen ve tüketici ile tacirler arasında uyuşmazlığa neden olan herhangi bir sistematik veya önemli problem. Bu bağlamda bildirilen bilgiler bu tür problemlerden nasıl kaçınılabileceği veya gelecekte bu problemlerin nasıl çözülebileceğine ilişkin tavsiyelerle eşlik edilebilir;
 - (f) mevcut ise, sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştıran AUÇ kurumları şebekeleri içerisindeki iş birliklerinin etkililiğine dair bir değerlendirme;
 - (g) mevcut ise, 6. maddenin 6. paragrafı uyarınca AUÇ'den sorumlu gerçek kişilere sağlanan eğitim;
 - (h) kurum tarafından önerilen AUÇ usullerinin etkililiğinin ve performansını artırmanın olası yollarının değerlendirmesi.

Madde 20
Yetkili makamların ve Komisyonun rolü

1. Her yetkili makam, özellikle 19. maddenin 1. paragrafı uyarınca aldıkları bilgiye dayanarak, kendisine bildirilen uyuşmazlık çözüm kurumlarının bu Direktif kapsamında ve II. Bölüm'de belirtilen ve Birlik hukukuna uygun bu Direktifin gerekliliklerinin ötesine geçen ulusal hükümler de dahil kendisini uygulayan ulusal hükümlerde belirtilen kalite gerekliliklerine uyan bir AUÇ kurumu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini değerlendirir.
2. Her yetkili makam, 1. paragrafta atıfta bulunulan değerlendirmeye dayanarak, kendisine bildirilen ve 1. paragrafta belirtilen şartları sağlayan tüm AUÇ kurumlarını listeler.

Bu liste aşağıdakileri de içerir:

- (a) birinci alt paragrafta atıfta bulunulan AUÇ kurumlarının ismi, iletişim bilgileri ve İnternet sitesi adresleri;
- (b) mevcut ise ücretler;
- (c) şikayetlerin sunulabileceği ve AUÇ usulünün yürütüleceği dil veya diller;
- (d) AUÇ usulü tarafından kapsanan uyuşmazlık türleri;
- (e) her AUÇ kurumu tarafından kapsanan sektörler ve kategoriler;
- (f) mevcut ise, AUÇ kurumu tarafından AUÇ usulünün sözlü veya yazılı bir usul olarak yapıldığı veya yapılabileceğine dair bir beyan da dahil, tarafların veya temsilcilerinin fiziksel mevcudiyetleri için olan ihtiyaç;
- (g) usul sonucunun bağlayıcı veya bağlayıcı olmayan niteliği; ve
- (h) 5. maddenin 4. paragrafı uyarınca verilen bir uyuşmazlığı, AUÇ kurumunun reddetmek için dayandığı gerekçeler.

Her yetkili makam, bu paragrafın birinci alt paragrafında atıfta bulunulan listeyi Komisyona bildirir. 19. maddenin 1. paragrafının ikinci alt paragrafı uyarınca herhangi bir değişiklik yetkili makama bildirilirse, bu liste gecikmeksizin güncellenir ve ilgili bilgilendirme Komisyona yapılır.

Bu Direktif kapsamındaki AUÇ olarak listelenen bir uyuşmazlık çözüm kurumu 1. paragrafta atıfta bulunulan gerekliliklere artık daha fazla uymayacaksa, ilgili yetkili makam o uyuşmazlık çözüm kurumu ile uymadığı gereklilikleri belirterek ve bunlara bir an önce uymasını isteyerek iletişime geçer. Uyuşmazlık çözüm kurumu, üç aylık bir süre sonunda hala 1. paragrafta atıfta bulunulan gerekliliklere uymazsa, yetkili makam bu paragrafın birinci alt paragrafında atıfta bulunulan listeden o uyuşmazlık çözüm kurumunu çıkarır. Bu liste gecikmeksizin güncellenir ve Komisyona ilgili bilgilendirme yapılır.

3. Bir üye devlet birden fazla yetkili makama sahipse, liste ve 2. paragrafta atıfta bulunulan güncellemeler 18. maddenin 1. paragrafında belirtilen tek bir temas noktası tarafından Komisyona bildirilir. Bu liste ve güncellemeler üye devlet içerisinde kurulan tüm AUÇ kurumlarıyla ilişkilidir.
4. Komisyon, 2. paragraf uyarınca bildirilen AUÇ kurumlarının bir listesini çıkarır ve değişiklikler kendisine bildirilir bildirilmez bu listeyi günceller. Komisyon liste ve güncellemelerini kendi İnternet sitesinde ve uzun süreli bir ortam üzerinde kamuya açıklar. Komisyon bu liste ve güncellemelerini yetkili makamlara iletir. Bir üye devlet 18. maddenin 1. paragrafı uyarınca tek bir temas noktası atadığında, Komisyon liste ve güncellemelerini bu tek iletişim noktasına iletir.
5. Her yetkili makam 4. paragrafta atıfta bulunulan AUÇ kurumlarının birleştirilmiş listesini kendi İnternet sayfasında, ilgili Komisyon İnternet sayfasına bir bağlantı sağlayarak kamuya açıklar. Ayrıca, her yetkili makam bu birleştirilmiş listeyi uzun süreli bir ortam üzerinden kamuya açıklar.
6. 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla, ve ondan sonraki her beş senede, her yetkili makam AUÇ kurumlarının işleyişi ve gelişimine ilişkin bir rapor yayımlar ve Komisyona gönderir. Bu rapor özellikle:
 - (a) AUÇ kurumlarının en iyi uygulamalarını belirtir;
 - (b) istatistik tarafından desteklenen, uygunsa, yurt içi ve sınır ötesi uyuşmazlıklar için AUÇ işleyişini engelleyen eksiklikleri işaret eder;

- (c) uygunsa, AUÇ kurumlarının etkili ve müessir işleyişini geliştirecek tavsiyelerde bulunur.
7. Üye devlet, 18. maddenin 1. paragrafı uyarınca birden fazla yetkili makam atadıysa, bu maddenin 6. paragrafında atıfta bulunulan rapor 18. maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan tek bir temas noktası tarafından yayımlanır. Bu rapor, söz konusu üye devletteki tüm AUÇ kurumlarıyla ilişkilidir.

BÖLÜM V

NİHAİ HÜKÜMLER

Madde 21 *Cezalar*

Üye devletler, özellikle 13. madde uyarınca kabul edilen ulusal hükümlerin ihlallerine uygulanabilecek cezalara ilişkin kuralları belirler ve bunların uygulanmasını sağlayacak tüm önlemleri alırlar. Öngörülen cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.

Madde 22 *2006/2004/AT sayılı Tüzükte yapılan değişiklikler*

2006/2004/AT sayılı Tüzüğün Eki'nde, aşağıdaki bent eklenmiştir:

- '20. Tüketici uyuşmazlıkları için alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin 21 Mayıs 2013 tarihli ve 2013/11/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (ABRG L 165, 18.6.2013, s. 63): Madde 13.'

Madde 23 *2009/22/AT sayılı Direktifte yapılan değişiklikler*

2009/22/AT sayılı Direktifin I. Eki'nde, aşağıdaki bent ilave edilmiştir:

- '14. Tüketici uyuşmazlıkları için alternatif uyuşmazlık çözümlerine ilişkin 21 Mayıs 2013 tarihli ve 2013/11/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (ABRG L 165, 18.6.2013, s. 63): Madde 13.'

Madde 24
Bildirim

1. 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla, üye devletler Komisyona aşağıdakileri bildirirler:
 - (a) uygunsa, 14. maddenin 2. paragrafı uyarınca atanan organların isimleri ve iletişim bilgileri; ve
 - (b) uygunsa, 18. maddenin 1. paragrafı uyarınca atanan tek bir temas noktası da dahil yetkili makamlar.

Üye devletler, bu bilgiye müteakip herhangi bir değişiklikten Komisyonu haberdar ederler.

2. 9 Ocak 2016 tarihi itibarıyla, üye devletler 20. maddenin 2. paragrafında atıfta bulunulan ilk listeyi Komisyona iletirler.
3. Komisyon, 1. paragrafın (a) bendinde atıfta bulunulan bilgileri üye devletlere iletir.

Madde 25
İç Hukuka Aktarma

1. Üye devletler, bu Direktife uygunluk göstermek için gerekli kanun, ikincil düzenleme ve idari kuralları 9 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe sokarlar. Bu hükümlerin metnini derhal Komisyona iletirler.

Üye devletler, bu önlemleri kabul ettiklerinde, söz konusu önlemlerde bu Direktife atıf yapılır veya bu önlemlerin resmi olarak yayımlanmaları durumunda bu atıflara da yer verilir. Bu tür bir atfın nasıl yapılacağına üye devletler karar verirler.

2. Üye devletler, bu Direktifin kapsadığı alanda ulusal yasalarında yapılan uyarlamaların ana hükümlerinin metinlerini Komisyona iletirler.

Madde 26
Rapor

Komisyon, 9 Temmuz 2019 tarihi itibarıyla ve bundan sonraki her dört yılda, Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'ne bu Direktifin uygulanmasına ilişkin bir rapor sunar. Bu rapor, AUÇ varlıklarının gelişimini ve kullanılmasını ve bu Direktifin tüketici ve tacirler üzerindeki etkisini, özellikle tüketicilerin farkındalığını ve tacirlerin ne derece benimsediğini göz önünde tutar. Bu rapor, uygun olduğunda, bu Direktifin değişikliğine dair öneriler beraberinde bulunur.

Madde 27
Yürürlük

Bu Direktif, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden yirminci gün yürürlüğe girer.

Madde 28
Muhataplar

Bu Direktifin muhatabı üye devletlerdir.

Strazburg'da, 21 Mayıs 2013 tarihinde düzenlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu adına

Başkan

M. SCHULZ

Konsey adına

Başkan

L. CREIGHTON

Ek III.

524/2013/AB sayılı Tüzük

2006/2004/AT sayılı Tüzüğü ve 2009/22/AT sayılı Direktifi değiştiren, tüketici uyuşmazlıkları için çevrimiçi uyuşmazlık çözümüne ilişkin 21 Mayıs 2013 tarihli ve 524/2013/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü

(Tüketici ÇUÇ Tüzüğü)

AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ,

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'yı ve bu Antlaşma'nın özellikle 114. maddesini göz önünde tutarak,

Komisyon önerisini göz önünde tutarak,

Taslak yasama tasarrufunun ulusal parlamentolara gönderilmesini müteakip,

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin görüşünü¹ göz önünde tutarak,

Olağan yasama usulü² uyarınca hareket ederek,

Aşağıdaki gerekçelerle:

- (1) Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİA) 169. maddesinin 1. paragrafı ve 169. maddesinin 2. paragrafının (a) bendi, Birliğin, ABİA'nın 114. maddesi uyarınca kabul edilen önlemler yoluyla tüketicinin yüksek düzeyde korunmasına ulaşılmasına katkı yapacağını öngörmektedir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 38. maddesi, Birlik politikalarının tüketicinin yüksek düzeyde korunmasını sağlamayı amaçladığını öngörmektedir.
- (2) ABİA'nın 26. maddesinin 2. paragrafı uyarınca iç pazar, içinde malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlandığı, iç sınırların olmadığı bir alanı kapsamalıdır. Tüketicilerin, iç pazarın dijital boyutuna güven duymaları ve ondan faydalanmaları için malların satışı veya hizmetlerin çevrimiçi tedarikinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde basit, etkili, hızlı ve düşük maliyetli yollara erişimlerinin olması gereklidir. Bu özellikle tüketiciler sınır ötesi alışveriş yaptıklarında önemlidir.
- (3) Komisyon, 13 Nisan 2011 tarihli 'Tek Pazar Senedi - Büyümeyi artırmak ve güveni güçlendirmek için on iki vasıta - 'Yeni büyüme yaratmak için birlikte çalışma' başlıklı Bildiriminde, tek pazarda büyümeyi artırmak ve güveni güçlendirmek için on iki vasıttan biri olarak bir elektronik ticaret boyutu içeren alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ) hakkında mevzuatı belirlemiştir.

¹ ABRG C 181, 21.6.2012, s. 99.

² 12 Mart 2013 tarihli Avrupa Parlamentosunun Tutumu (henüz ABRG'de yayımlanmamıştır) ve 22 Nisan 2013 tarihli Konsey Kararı.

- (4) İç pazarın bölünmesi rekabet edebilirlik ve büyümeyi artırma çabalarını engellemektedir. Ayrıca, Birlik sınırları dahilinde malların satışı ya da hizmetlerin tedarikinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için basit, etkili, hızlı ve düşük maliyetli araçların eşit olmayan mevcudiyeti, kalitesi ve bunlar hakkındaki farkındalık, iç pazarda tüketicilerin ve tacirlerin sınır ötesi alışveriş ve satışa duydukları güveni zayıflatan bir engel oluşturmaktadır.
- (5) Avrupa Birliği Zirvesi, 24-25 Mart ve 23 Ekim 2011 tarihli sonuçlarında, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'i, 2012 yılı sonu itibarıyla tek pazara yeni bir ivme kazandıracak öncelikli önlemlerin ilk setini kabul etmeye davet etmiştir.
- (6) İç pazar, tüketicilerin günlük yaşamlarında, seyahat ettiklerinde, alışveriş ve ödeme yaptıklarında bir gerçekliktir. Tüketiciler, iç pazarda kilit oyunculardır ve bu sebeple onun merkezinde yer almalıdırlar. İç pazarın dijital boyutu, hem tüketiciler hem de tacirler için önemli hale gelmektedir. Tüketiciler artan biçimde çevrimiçi alışveriş yapmakta ve sayıları artan tacirler de çevrimiçi satış yapmaktadır. Tüketiciler ve tacirler, çevrimiçi işlem yaparken güvenli hissetmelidir, bu bakımdan mevcut engelleri kaldırmak ve tüketici güvenliğini artırmak gereklidir. Çevrimiçi uyuşmazlık çözümünün (ÇUÇ) güvenilir ve etkili mevcudiyeti bu hedefe ulaşılmasına fazlasıyla yardımcı olabilir.
- (7) Basit ve düşük maliyetli uyuşmazlık çözümü arayışında bulunabilmek, tüketicilerin ve tacirlerin tek pazara duydukları güveni artırabilir. Ancak, tüketiciler ve tacirler hala özellikle sınır ötesi çevrimiçi işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarına mahkeme dışı çözümler bulmakta engellerle karşılaşmaktadır. Bu bakımdan, bu tür uyuşmazlıklar sıklıkla çözümlenmemiş olarak bırakılmaktadır.
- (8) ÇUÇ, çevrimiçi işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara mahkeme dışı basit, etkili, hızlı ve düşük maliyetli bir çözüm sağlamaktadır. Ancak, halihazırda tüketicilerin ve tacirlerin bu tür uyuşmazlıkları elektronik araçlarla çözümlenmelerine izin veren mekanizmalar yetersizdir; bu tüketici zararına yol açmakta, özellikle sınır ötesi çevrimiçi işlemlere bir engel oluşturmakta ve tacirler için eşit olmayan bir oyun alanı yaratmaktadır ve böylece çevrimiçi ticaretin genel gelişimini engellemektedir.
- (9) Bu Tüzük, Birlik'te ikamet eden tüketiciler tarafından Birlik'te yerleşik bulunan tacirlere karşı başlatılmış, tüketici uyuşmazlıkları için alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında 21 Mayıs 2013 tarihli ve 2013/11/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi tarafından kapsanan uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne uygulanmalıdır (Tüketici AUÇ Direktifi)³.

³ Bkz. bu Resmi Gazete'nin 63. sayfası.

- (10) ÇUÇ platformunun aynı zamanda tacirlerin, tüketiciler aleyhinde şikayetlerini iletebildikleri AUÇ usullerine de uygulanabilmesini sağlamak için, bu Tüzük aynı zamanda tacirler tarafından tüketiciler karşı başlatılmış, ilgili AUÇ usullerinin 2013/11/AB sayılı Direktifinin 20. maddesinin 2. paragrafında listelenen AUÇ kuruluşları tarafından sunulan uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümüne uygulanmalıdır. Bu Tüzüğün bu tür uyuşmazlıklara uygulanması üye devletlere AUÇ kuruluşlarının bu tür usulleri sunmasını sağlamak için bir yükümlülük dayatmamalıdır.
- (11) ÇUÇ platformundan, özellikle sınır ötesi çevrimiçi işlem yapan tüketicilerin ve tacirlerin faydalanmalarına rağmen, bu Tüzük aynı zamanda çevrimiçi ticaret alanında gerçek eşit şartlar oluşturulmasına izin vermek için yurt içi çevrimiçi işlemlere de uygulanmalıdır.
- (12) Bu Tüzük, sivil ve ticari meselelerde aracılığın belirli yönleri hakkında 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine hâlel getirmemelidir⁴.
- (13) 'Tüketici' tanımı kendi ticaret, iş, zanaat, ya da mesleğinin dışında hareket eden gerçek kişileri kapsamalıdır. Ancak, anlaşma kişinin işinin kısmen içindeki veya dışındaki amaçlarla (çift amaçlı anlaşmalar) akdedilirse ve ticaretin amacı arzın genel bağlamında baskın olmayacak şekilde sınırlandırılırsa bu kişi de bir tüketici sayılmalıdır.
- (14) 'Çevrimiçi satışlar ya da hizmet sözleşmesi' tanımı, tacirin ya da tacirin aracısının bir İnternet sitesi yolu ile ya da başka bir elektronik yoldan mal ya da hizmet sunmuş ve tüketicinin bu malları ya da hizmetleri bu İnternet sitesinden ya da başka bir elektronik yolla sipariş etmiş olduğu satış ya da hizmet sözleşmelerini kapsamalıdır. Bu, ayrıca tüketicinin İnternet sitesine ya da başka bir bilgi toplumu hizmetine cep telefonu gibi bir mobil elektronik cihazla eriştiği durumları da kapsamalıdır.
- (15) Bu Tüzük, tüketiciler ve tacirler arasında çevrim dışı akdedilen satış ya da hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan ya da tacirler arasındaki uyuşmazlıklara uygulanmamalıdır.
- (16) Bu Tüzük, üye devletlerden, Birlik'te ikamet eden tüketiciler ve yerleşik bulunan tacirler arasında, malların satışı ya da hizmetlerin tedarikinden kaynaklanan tüm anlaşmazlıkların bir AUÇ kuruluşuna bildirilmesini sağlamalarını belirleyen 2013/11/AB sayılı Direktif ile bağlantılı olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

⁴ ABRG L 136, 24.5.2008, s. 3.

- (17) Tüketiciler, bir AUÇ kuruluşuna şikayetlerini ÇUÇ platformu yoluyla iletmeden önce üye devletler tarafından tacir tarafından uygun herhangi bir araçla, anlaşmazlığı barışçıl yollardan çözmek amacı ile temasa geçmeleri için teşvik edilmelidir.
- (18) Bu Tüzük, Birlik seviyesinde bir ÇUÇ platformu oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu ÇUÇ platformu çevrimiçi işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları mahkeme dışında çözme peşinde olan tüketicilere ve tacirlere tek bir giriş noktası sunan etkileşimli bir İnternet sitesi formunda olmalıdır. ÇUÇ platformu, tacirler ve tüketiciler arasında çevrimiçi satış ve hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan sözleşmeye dair uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümü hakkında genel bilgileri sağlamalıdır. Tüketicilerin ve tacirlerin, Birlik kurumlarının tüm resmi dillerinde mevcut elektronik bir şikayet formunu doldurarak ve geçerli belgeleri ilâştirerek şikayetlerini iletmelerine izin vermelidir. Şikayetleri, ilgili uyuşmazlığı ele alması için herhangi bir AUÇ kuruluşu yetkilisine aktarmalıdır. ÇUÇ platformu, AUÇ kuruluşlarının uyuşmazlık çözüm usulünün taraflarla birlikte ÇUÇ platformu aracılığıyla yürütmesini sağlayacak bir elektronik durum yönetimi aracını ücretsiz olarak sunmalıdır. AUÇ kuruluşları durum yönetimi aracını kullanmak zorunda olmamalıdır.
- (19) Komisyon, ÇUÇ platformunun geliştirilmesi, işletimi ve bakımını ve platformun işleyişi için gerekli tüm teknik imkanları sağlamakla yükümlü olmalıdır. ÇUÇ platformu, tarafların ve AUÇ kuruluşunun ÇUÇ platformu aracılığıyla değiştirilen ve uygun olduğunda tercüme edilen uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bilgilere sahip olmalarını sağlayacak bir elektronik tercüme işlevi sunmalıdır. Bu işlev gerekli tüm tercümeleri çözebilme kapasitesine sahip olmalı ve gerekli olursa insan müdahalesi ile desteklenmelidir. Komisyon ayrıca, ÇUÇ platformunda, şikayet sahipleri için, ÇUÇ temas noktalarından yardım talep edebilme olasılığına ilişkin bilgi sağlamalıdır.
- (20) ÇUÇ platformu, verilerin AUÇ kuruluşları ile güvenli olarak değişimini sağlamalı ve pan-Avrupa Hükümet hizmetlerinin kamu yönetimlerine, işletmelere ve vatandaşlara (IDABC) birlikte çalışabilir teslimi için 21 Nisan 2004 tarihli ve 2004/387/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Kararı uyarınca kabul edilen Avrupa Birlikte İşlerlik Çerçevesi'nin temelinde yer alan ilkelere uymalıdır⁵.
- (21) ÇUÇ platformu özellikle, 2004/387/AT sayılı Karar'ın II. Eki uyarınca kurulmuş, Birlik'teki işletmeler ve vatandaşlar için pan-Avrupa, çok dilli çevrimiçi bilgiye ve etkileşimli hizmetlere erişim sağlayan 'Sizin Avrupalınız portalı' yoluyla erişilebilir hale getirilmelidir. ÇUÇ platformuna 'Sizin Avrupalınız portalı'nda öncelik verilmelidir.

⁵ ABRG L 144, 30.4.2004, s. 62.

- (22) Birlik seviyesinde bir ÇUÇ platformu, üye devletlerdeki mevcut AUÇ kuruluşlarına dayanmalı ve üye devletlerin hukuk geleneklerine saygı göstermelidir. ÇUÇ platformu aracılığıyla kendilerine bir şikayet aktarılmış olan AUÇ kuruluşları, bu sebeple maliyetlerle ilgili kurallar da dahil kendi usul kurallarını uygulamalıdır. Ancak, bu Tüzük etkililiklerini koruyacak usullere uygulanabilecek bazı ortak kuralları belirlemeyi amaçlamaktadır. Bu, usul kuralları böyle bir olasılığı sağlamadıkça ve taraflar anlaşmadıkça, tarafların ya da temsilcilerinin AUÇ kuruluşları karşısında fiziki mevcudiyetini gerektirmeyecek bu tür bir uyuşmazlık çözümünü sağlayan kuralları içermelidir.
- (23) 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafı uyarınca listelenen tüm AUÇ kuruluşlarının ÇUÇ platformuna kayıtlı olmalarını sağlamak için çevrimiçi satış ve hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkeme dışı çözümünde tam kapsamaya izin vermelidir.
- (24) Bu Tüzük, çevrimiçi olarak işlem yapan herhangi bir uyuşmazlık çözüm kuruluşunun ya da Birlik dahilindeki herhangi bir ÇUÇ mekanizmasının işleyişine engel olmamalıdır. Uyuşmazlık çözüm kuruluşlarının ya da mekanizmalarının, doğrudan kendilerine sunulmuş çevrimiçi uyuşmazlıklarla uğraşmalarına engel olmamalıdır.
- (25) Her üye devlette en az iki ÇUÇ danışmanına ev sahipliği yapan ÇUÇ temas noktası atanmalıdır. ÇUÇ temas noktaları, ÇUÇ platformu aracılığıyla sunulmuş bir uyuşmazlıkta yer alan tarafları bu uyuşmazlıkla ilgili belgeleri tercüme etmek zorunluluğu olmadan desteklemelidir. Üye devletler, Avrupa Tüketici Merkezi Ağı merkezlerindeki ÇUÇ temas noktaları için sorumluluk verme olasılığına sahip olmalıdırlar. Üye devletler bu olasılığı, ÇUÇ noktalarının Avrupa Tüketici Merkezi Ağı merkezlerinin deneyiminden, tüketiciler ve tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmada tamamen yararlanmalarına izin vermek için kullanmalıdırlar. Komisyon, iş birliklerini kolaylaştırmak ve üye devletlere birlikte çalışmaları ve ÇUÇ temas noktalarına uygun eğitimleri sağlamaları için bir ÇUÇ temas noktaları ağı oluşturmalıdır.
- (26) Etkin bir çözüm hakkı ve adil yargılama hakkı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde belirtilen temel haklardandır. ÇUÇ mahkeme usullerinin yerini almayı amaçlamaz ve bunun için tasarlanmamıştır, ayrıca tüketicileri ya da tacirleri mahkeme karşısında tazminat talebinde bulunma haklarından yoksun bırakır. Bu sebeple, bu Tüzük tarafları adli sisteme erişim haklarını kullanmaktan men etmemelidir.

- (27) Bu Tüzük kapsamındaki bilgilerin işlenmesi sıkı gizlilik garantilerine tabi olmalıdır ve bireylerin, kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin korunması hakkında ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinde⁶ ve Topluluk kurumları ve organları tarafından bireylerin, kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin korunması hakkında ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 18 Aralık 2000 tarihli ve 45/2001/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğünde⁷ belirtilen kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kurallara uygun olmalıdır. Bu kurallar, ÇUÇ platformundaki çeşitli aktörlerin yalnız ya da başka diğer aktörlerle hareket edip etmedikleri fark etmeksizin bu Tüzükte yürütülen kişisel verilerin işlenmesine uygulanmalıdır.
- (28) Bilgilerin ait olduğu öznelere, ÇUÇ platformunda kişisel verilerinin işleneceği konusunda bilgilendirilmeli ve buna ilişkin rızalarını vermeli ve 45/2001/AT sayılı Tüzüğün 11 ve 12. maddelerine ve 95/46/AT sayılı Direktifin 10 ve 11. maddeleri uyarınca kabul edilmiş ulusal mevzuata uygun olarak, platformdaki çeşitli aktörlerin sorumlulukları dahilinde yerine getirilen işleme operasyonlarını açık ve basit bir dille açıklayan ve Komisyon tarafından kamuya açık hale getirilen kapsayıcı bir gizlilik bildirisi aracılığıyla bu işlemeye dair hakları konusunda bilgilendirilmelidir.
- (29) Bu Tüzük, AUÇ'ye ilişkin ulusal mevzuatta yer alan gizlilik hükümlerine hâlel getirmemelidir.
- (30) ÇUÇ platformunun mevcudiyeti hakkında geniş kapsamlı tüketici farkındalığını sağlamak için çevrimiçi satış ya da hizmet sözleşmesi ile ilgilenen, Birlik'te yerleşik bulunan tacirler İnternet sitelerinde ÇUÇ platformuna bir elektronik bağlantı sağlamalıdır. Tacirler ayrıca, tüketicilerin bir ilk temas noktası olması için eposta adreslerini de girmelidir. Çevrimiçi satış ve hizmet sözleşmelerinin önemli bir kısmı, tüketicileri ve tacirleri bir araya getiren ya da çevrimiçi işlemleri kolaylaştıran çevrimiçi pazar yerlerini kullanarak akdedilmiştir. Çevrimiçi pazar yerleri tacirlerin ürün ve hizmetlerini tüketicilere arz etmelerine izin veren çevrimiçi platformlardır. Bu sebeple, bu tür çevrimiçi pazar yerlerinin ÇUÇ platformuna bir elektronik bağlantı sağlamak için aynı zorunlulukları bulunmaktadır. Bu zorunluluk, tacirlerin kapsamında bulundukları AUÇ usulleri hakkında tüketicileri bilgilendirmesi ve tüketicilerle uyumsuzlukları AUÇ usulleri ile çözmek için kullanıp kullanmayacakları konusunda bilgi vermeleri gerekliliği hakkında 2013/11/AB sayılı Direktifin 13. maddesine hâlel gelmeksizin olmalıdır. Ayrıca, bu zorunluluk, tüketici hakları hakkında 25 Ekim 2011 tarihli ve 2011/83/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin⁸ 6. maddesinin 1. paragrafının (t) bendine ve 8. maddeye hâlel gelmeksizin olmalıdır. 2011/83/AB sayılı Direktifin 6. maddesinin 1. paragrafının (t) bendi, uzaktan ya da iş yeri dışı akdedilen tüketici sözleşmelerinde, tacirin tüketiciyi, tüketici sözleşmeye bağlanmadan önce, mahkeme dışı bir şikayet başvurusu olasılığı için ve tacirin tabi olduğu tazminat mekanizması ve buna erişim yöntemleri hakkında bilgilendirmesini şart koşar. Aynı tüketici farkındalığı sebepleri ile, üye devletler tüketici birlikleri ve işletme birliklerinin ÇUÇ platformu İnternet sitesine bir elektronik bağlantı sağlamalarını teşvik etmelidirler.

⁶ ATRG L 281, 23.11.1995, s. 31.

⁷ ATRG L 8, 12.1.2001, s. 1.

⁸ ABRG L 304, 22.11.2011, s. 64.

- (31) AUÇ kuruluşlarının kendi uygulama kapsamlarını tanımlama kriterini göz önünde bulundurmak için, ABİA'nın 290. maddesi uyarınca tasarrufları kabul etme yetkisi Komisyona, ÇUÇ platformundaki elektronik şikayet formunda şikayet sahibinin sağlayacağı bilgiyi uyarlamak için sağlanmalıdır. Komisyonun, hazırlık çalışması sırasında uzmanlık düzeyi de dahil olma üzere uygun danışma faaliyetlerini yürütmesi özellikle önemlidir. Yetki devrine dayanan tasarrufları hazırlarken ve düzenlerken, Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e geçerli belgelerin eş zamanlı, zamanında ve uygun aktarımını sağlamalıdır.
- (32) Bu Tüzüğün uygulanması için yeknesak koşulları sağlamak amacıyla, ÇUÇ platformunun işleyişine, bir şikayetin bildirim usullerine ve ÇUÇ temas noktaları ağındaki iş birliğine ilişkin uygulama yetkileri Komisyona verilmelidir. Bu yetkiler, Komisyonun uygulama yetkilerini kullanmasının üye devletler tarafından kontrol mekanizmalarına ilişkin kurallarını ve genel ilkelerini belirleyen 16 Şubat 2011 tarihli ve 182/2011/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü⁹ uyarınca kullanılmalıdır. Danışma usulü, tamamen teknik niteliği göz önünde tutularak elektronik şikayet formunun uygulama tasarruflarının kabulü için kullanılmalıdır. Denetleme usulü, ÇUÇ temas noktaları ağının ÇUÇ danışmanları arasındaki iş birliğinin şekline ilişkin kuralların kabulü için kullanılmalıdır.
- (33) Komisyon, bu Tüzüğün uygulanmasında gerekli olduğunda, Avrupa Veri Koruma Denetçisi'ne danışmalıdır.
- (34) Bu Tüzüğün hedefi, başka bir ifadeyle, ortak kurallar tarafından yönetilen çevrimiçi uyuşmazlıklar için bir Avrupa ÇUÇ platformu kurulması, üye devletler tarafından yeteri kadar yerine getirilemediği için ve bu sebepten, ölçeği ve etkileri gerekçesiyle, Birlik seviyesinde daha iyi yerine getirilebileceği için, Birlik, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesinde belirtilen katmanlı yetki ilkesi uyarınca önlemler kabul edebilir. Bu Tüzük, bu maddede belirtilen orantılılık ilkesi uyarınca bu hedefi yerine getirmek için gerekli olanın ötesine geçmez.

⁹ ABRG L 55, 28.2.2011, s. 13.

- (35) Bu Tüzük temel haklara saygı gösterir ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda tanınan ilkeleri ve özellikle 7, 8, 38 ve 47. maddelerini gözetir.
- (36) 45/2001/AT sayılı Tüzüğün 28. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Avrupa Veri Koruma Denetçisi'ne danışılmıştır ve Avrupa Veri Koruma Denetçisi, 12 Ocak 2012 tarihinde görüş¹⁰ bildirmiştir,

İŞBU TÜZÜĞÜ KABUL ETMİŞTİR:

BÖLÜM I

GENEL HÜKÜMLER

Madde 1 *Konu*

Bu Tüzüğün amacı, yüksek düzeyde tüketici korumasının başarılması yoluyla iç pazarın düzgün işleyişine ve özellikle de dijital boyutunu, tüketiciler ile tacirler arasındaki uyuşmazlıkların bağımsız, tarafsız, şeffaf, etkili, hızlı ve adil mahkeme-dışı çözümünü kolaylaştıran bir Avrupa ÇUÇ platformu ('ÇUÇ platformu') sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

Madde 2 *Kapsam*

1. Bu Tüzük, 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafı uyarınca listelenen bir AUÇ kuruluşunun müdahalesi yoluyla ve ÇUÇ platformundan faydalanmayı gerektiren, Birlik'te ikamet eden bir tüketici ve Birlik'te yerleşik bulunan bir tacir arasındaki çevrimiçi satış ya da hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan akdi yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıkların mahkeme-dışı çözümlerinde uygulanır.
2. Bu Tüzük, tüketicinin ikamet ettiği üye devletin mevzuatı bu tür uyuşmazlıkların bir AUÇ kuruluşunun müdahalesi ile çözümlenmesine izin verdiği sürece, bir tacir tarafından bir tüketici aleyhine başlatılmış, 1. paragrafta atıfta bulunulan uyuşmazlıkların mahkeme-dışı çözümünde uygulanır.

¹⁰ ABRG C 136, 11.5.2012, s. 1.

3. Üye devletler Komisyonu, bir AUÇ kuruluşunun müdahalesi ile çözümlenecek, bir tacir tarafından bir tüketici aleyhine başlatılmış, 1. paragrafta atıfta bulunulan uyuşmazlıklara izin verip vermediği hususunda bilgilendirirler. Yetkili makamlar, 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafında atıfta bulunulan listeyi bildirdiklerinde, Komisyonu bu tür uyuşmazlıklarla hangi AUÇ kuruluşunun ilgilendiği hususunda bilgilendirir.
4. Bu Tüzüğün, bir tacir tarafından bir tüketici aleyhine başlatılmış, 1. paragrafta atıfta bulunulan uyuşmazlıklarına uygulanması, üye devletlere, AUÇ kuruluşlarının bu tür uyuşmazlıkların mahkeme-dışı çözümü için usuller sunmasını sağlamak için herhangi bir yükümlülük dayatmaz.

Madde 3

Diğer Birlik tasarrufları ile ilişkisi

Bu Tüzük 2008/52/AT sayılı Direktife hâlel getirmez.

Madde 4

Tanımlar

1. Bu Tüzüğün amaçları doğrultusunda:
 - (a) 'tüketici' 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (a) bendinde tanımlanan tüketicidir;
 - (b) 'tacir' 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (b) bendinde tanımlanan tacirdir;
 - (c) 'satış sözleşmesi' 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (c) bendinde tanımlanan satış sözleşmesidir;
 - (d) 'hizmet sözleşmesi' 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (d) bendinde tanımlanan hizmet sözleşmesidir;
 - (e) 'çevrimiçi satışlar ya da hizmet sözleşmesi' tacirin ya da tacirin aracısının bir İnternet sitesi aracılığıyla ya da başka bir elektronik yoldan mal ya da hizmet sunmuş ve tüketicinin bu malları ya da hizmetleri bu İnternet sitesinden ya da başka bir elektronik yolla sipariş etmiş olduğu satış ya da hizmet sözleşmesidir;
 - (f) 'çevrimiçi pazar yeri', bilgi toplumu hizmetlerinin belli yasal yönleri, özellikle iç pazarda tüketicilerin ve tacirlerin çevrimiçi pazar yerinin İnternet sitesinde çevrimiçi satış ve hizmet sözleşmelerini akdetmelerine izin veren elektronik ticaret hakkında 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin⁽¹¹⁾ ("Elektronik Ticaret Direktifi") 2. maddesinin (b) bendinde tanımlandığı biçimiyle bir hizmet sağlayıcıdır;

(¹¹) ATRG L 178, 17.7.2000, s. 1.

- (g) 'elektronik araç', tamamen kablo, radyo, optik araçlar ya da elektromanyetik araçlarla iletilen, taşınan ve alınan verilerin işlenmesi (sayısal sıkıştırma dahil) ve depolanması ile ilgili elektronik ekipmandır;
 - (h) 'alternatif uyuşmazlık çözüm usulü' ('AUÇ usulü'), bu Tüzüğün 2. maddesinde atıfta bulunulan uyuşmazlıkların mahkeme-dışı çözümü için bir usuldür;
 - (i) 'alternatif uyuşmazlık çözüm kuruluşu' ('AUÇ kuruluşu'), 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (h) bendinde tanımlanan bir AUÇ kuruluşudur;
 - (j) 'şikayetçi taraf', ÇUÇ platformu aracılığıyla bir şikayet sunmuş olan tüketici ya da tacirdir;
 - (k) 'davalı taraf', ÇUÇ platformu aracılığıyla aleyhinde bir şikayet sunulmuş olan tüketici ya da tacirdir;
 - (l) 'yetkili makam', 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin 1. paragrafının (i) bendinde tanımlandığı üzere bir kamu makamıdır;
 - (m) 'kişisel veri', belirlenmiş ya da belirlenebilir bir gerçek kişi hakkında bilgidir ('veri konusu'); belirlenebilir bir kişi doğrudan ya da dolaylı olarak, özellikle bir kimlik numarasına ya da bu kişinin fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliği ile ilgili bir ya da daha çok faktöre atıf yapılarak tanımlanabilecek bir kişidir.
2. Tacirin ve AUÇ kuruluşunun kuruluş yeri, 2013/11/AB sayılı Direktifin 4. maddesinin sırasıyla 2 ve 3. paragrafları uyarınca belirlenir.

BÖLÜM II

ÇUÇ PLATFORMU

Madde 5

ÇUÇ platformunun kuruluşu

1. Komisyon, ÇUÇ platformunu geliştirir ve bu Tüzüğün amacı doğrultusunda gerekli tercüme işlevi dahil, işlemlerinden, bakım, fon bulma ve veri güvenliğinden sorumludur. ÇUÇ platformu kullanıcı-dostudur. ÇUÇ platformunun geliştirilmesi, işlemesi ve bakımı, tasarım aşamasından ('tasarım yolu ile gizlilik') itibaren kullanıcıların gizliliklerine saygı gösterilmesini ve ÇUÇ platformunun mümkün olduğunca korunmasız kullanıcılar ('herkese tasarım') da dahil herkes tarafından erişilebilir ve kullanılabilir olmasını garanti eder.

2. ÇUÇ platformu, bu Tüzük tarafından kapsanan uyuşmazlıkların mahkeme-dışı çözüm arayışındaki tüketiciler ve tacirler için tek bir giriş noktasıdır. Birlik kurumlarının tüm resmi dillerinde, elektronik olarak erişilebilen ve ücretsiz, etkileşimli bir İnternet sitesidir.
3. Komisyon, ÇUÇ platformunu, özellikle 2004/387/AT sayılı Karar uyarınca kurulmuş olan 'Sizin Avrupanız portalı' aracılığıyla Birlik'teki vatandaş ve iş yerlerine bilgi sağlayan İnternet sitelerinden, mümkün olduğunca, erişilebilir hale getirir.
4. ÇUÇ platformu aşağıdaki işlevlere sahiptir:
 - (a) 8. madde uyarınca şikayetçi bir taraf tarafından doldurulacak elektronik bir şikayet formu sağlamak;
 - (b) davalı tarafı şikayet konusunda bilgilendirmek;
 - (c) yetkili AUÇ kuruluş ya da kuruluşlarının belirlemek ve şikayeti tarafların 9. madde uyarınca yararlanmak için anlaştıkları AUÇ kuruluşuna aktarmak;
 - (d) taraflara ve AUÇ kuruluşuna uyuşmazlık çözümünü çevrimiçi olarak ÇUÇ platformu aracılığıyla yürütmelerini sağlayacak, ücretsiz bir elektronik durum yönetimi aracı sunmak;
 - (e) taraflara ve AUÇ kuruluşuna, uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve ÇUÇ platformu yolu ile değişilen bilgilerin tercümesini sağlamak;
 - (f) AUÇ kuruluşlarının, onun vasıtası ile, 10. maddenin (c) bendinde atıfta bulunulan bilgileri ileteceği bir elektronik form sağlamak;
 - (g) tarafların ÇUÇ platformunun işlemesi ve uyuşmazlığı ele alan AUÇ kuruluşu hakkında görüşlerini ifade edecekleri bir geri bildirim sistemi sağlamak;
 - (h) aşağıdakileri kamuya erişilir kılmak için:

- (i) mahkeme-dışı uyuşmazlık çözümünün vasıtası olarak AUÇ hakkında genel bilgi;
 - (ii) 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafı uyarınca listelenen, bu Tüzük tarafından kapsanan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olan AUÇ kuruluşları hakkında bilgi;
 - (iii) ÇUÇ platformunda şikayetlerin nasıl sunulacağı hakkında çevrimiçi bir rehber;
 - (iv) bu Tüzüğün 7. maddesinin 1. paragrafı uyarınca üye devletler tarafından atanmış ÇUÇ temas noktaları hakkında temas detayları dahil bilgi;
 - (v) ÇUÇ platformu aracılığıyla AUÇ kuruluşlarına aktarılmış uyuşmazlıkların sonuçları hakkında istatistiksel veri.
5. Komisyon, 4. paragrafın (h) bendinde atıfta bulunulan bilginin doğru, güncel ve açık, anlaşılabilir ve kolayca erişilebilir olduğunu garanti eder.
6. 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafı uyarınca listelenen, bu Tüzük tarafından kapsanan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olan AUÇ kuruluşları ÇUÇ platformu aracılığıyla elektronik olarak kaydedilir.
7. Komisyon, bu maddenin 4. paragrafında öngörülen uygulama tasarrufları aracılığıyla sağlanan işlevlerin uygulanma usullerine ilişkin önlemleri kabul eder. Bu uygulama tasarrufları, bu Tüzüğün 16. maddesinin 3. paragrafında atıfta bulunulan inceleme usulü uyarınca kabul edilir.

Madde 6

ÇUÇ platformunun test edilmesi

1. Komisyon, 9 Ocak 2015 itibarıyla, ÇUÇ platformunun ve çeviriye ilişkin olanlar dahil olmak üzere, şikayet formunun teknik işlevselliğini ve kullanıcı-dostu oluşunu test eder. Test, ÇUÇ'de üye devletlerden uzmanlar ve tüketici ve tacir temsilcileri ile iş birliği halinde yürütülür ve değerlendirilir. Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e testin sonucunu raporla sunar ve ÇUÇ platformunun etkili çalışmasını garanti etmek için potansiyel problemlere yönelik uygun önlemleri alır.
2. Komisyon, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan raporda ÇUÇ platformunun 45/2001/AT sayılı Tüzükte belirtilen gizlilik gerekliliklerini karşıladığını garanti etmek için almayı amaçladığı teknik ve örgütsel önlemleri de tanımlar.

Madde 7
ÇUÇ temas noktaları ağı

1. Her üye devlet, bir ÇUÇ temas noktası atar ve Komisyona ismini ve temas detaylarını iletir. Üye devletler, ÇUÇ temas noktaları için, Avrupa Tüketici Merkezi Ağı'nın merkezlerine, tüketici birliklerine ya da başka bir kuruluşa sorumluluk verebilirler. Her ÇUÇ temas noktası en az iki ÇUÇ danışmanı bulundurulur.
2. ÇUÇ temas noktaları, aşağıdaki işlevleri yerine getirerek ÇUÇ platformu aracılığıyla sunulan şikayetlerle ilgili uyuşmazlıkların çözümüne destek sağlar:
 - (a) talep edildiği takdirde taraflar ve yetkili AUÇ kuruluğu arasında iletişimi kolaylaştırmak, özellikle:
 - (i) şikayetin ve uygun yerlerde de geçerli belgelerin sunulmasına yardımcı olmak;
 - (ii) taraflara ve AUÇ kuruluşlarına ilgili ÇUÇ danışmanını bulunduran temas noktasının bağlı olduğu üye devlette uygulanan satış ve hizmet sözleşmeleri hakkında genel bilgi sağlamak;
 - (iii) ÇUÇ platformunun işleyişi hakkında bilgi sağlamak;
 - (iv) taraflara, belirlenen AUÇ kuruluşları tarafından uygulanan usulle ilgili kurallar hakkında açıklamalar sağlamak;
 - (v) bir uyuşmazlık ÇUÇ platformu aracılığıyla çözülmemişse, şikayetçi tarafı diğer tazminat araçları hakkında bilgilendirmek;
 - (b) işlevlerinin yerine getirilmesi ile kazanılan pratik deneyimlere dayanarak, Komisyon ve üye devletlere her iki yılda bir faaliyet raporu sunmak.
3. ÇUÇ temas noktası, tarafların aynı üye devlette yerleşik olduğu uyuşmazlık durumlarında 2. paragrafta listelenen işlevleri yerine getirmek zorunda değildir.

4. 3. paragrafa istisna olarak üye devletler, taraflar aynı üye devlette yerleşik bulunduğunda, ulusal durumları dikkate alarak, ÇUÇ temas noktasının, 2. paragrafta listelenen işlevlerden biri ya da daha fazlasını yerine getirmelerine karar verebilir.
5. Komisyon, temas noktaları arasındaki iş birliğine olanak verecek ve 2. paragrafta listelenen işlevlerin yerine getirilmesine katkıda bulunacak bir temas noktaları ağı ('ÇUÇ temas noktaları ağı') kurar.
6. Komisyon, en iyi uygulamaların değişimine ve ÇUÇ platformunun işleminde karşılaşılan tekrarlayan problemlerin tartışılmasına izin vermek için yılda en az iki kez bir ÇUÇ temas noktaları ağı üyeleri toplantısı düzenler.
7. Komisyon, uygulama tasarrufları aracılığıyla ÇUÇ temas noktaları arasındaki iş birliği usulleri hakkında kuralları kabul eder. 16. maddenin 3. paragrafında atıfta bulunulan inceleme usullerine uygun uygulama tasarrufları kabul edilir.

Madde 8
Şikayet sunumu

1. ÇUÇ platformuna bir şikayet sunmak için şikayetçi taraf elektronik şikayet formunu doldurur. Şikayet formu kullanıcı-dostudur ve ÇUÇ platformundan kolayca erişilebilir.
2. Şikayetçi taraf tarafından sunulacak bilgi, yetkili AUÇ kuruluşunu belirlemek için yeterlidir. Bu bilgi, bu Tüzüğün Eki'nde listelenmiştir. Şikayetçi taraf şikayeti desteklemek için belgeler ekleyebilir.
3. 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 2. paragrafı uyarınca listelenen ve bu Tüzük tarafından kapsanan uyuşmazlıklarla ilgilenen AUÇ kuruluşlarının kendilerine ait uygulama alanlarını belirledikleri kriterleri dikkate almak amacıyla, bu Tüzüğün 17. maddesi uyarınca Komisyona, bu Tüzüğün Eki'nde listelenen bilgileri uyarlaması için yetki devrine dayanan tasarrufları kabul etme yetkisi verilir.
4. Komisyon, uygulama tasarrufları aracılığıyla elektronik şikayet formunun usulleri hakkında kurallar koyar. Bu uygulama tasarrufları, 16. maddenin 2. paragrafında atıfta bulunulan danışmanlık usulleri uyarınca kabul edilir.

5. Sadece, toplanma amaçları doğrultusunda doğru, geçerli ve aşırı olmayan veriler elektronik şikayet formu ve ekleri ile işlenir.

Madde 9

Şikayetin işlenmesi ve iletimi

1. ÇUC platformuna sunulan bir şikayet elektronik şikayet formunun tüm kısımları doldurulmuşsa işlenir.
2. Şikayet formu tam doldurulmamışsa, şikayetçi taraf, eksik bilgiler sağlanmadan şikayetin daha fazla işlenemeyeceği konusunda bilgilendirilir.
3. ÇUC platformu, tam doldurulmuş bir şikayet formunu aldığı anda basit olarak anlaşılabilir bir yolla, gecikme olmaksızın, davalı tarafa bu tarafça seçilecek Birlik kurumlarının resmi dillerinden birinde, aşağıdaki verilerle beraber şikayeti iletir:
 - (a) tarafların şikayeti kendisine iletmek için bir AUÇ kuruluşunda karar kılmaları gerektiği ve taraflar tarafından anlaşma sağlanamamışsa ya da yetkili bir AUÇ kuruluşunu belirlenememişse şikayetin daha fazla işlenemeyeceği bilgisi;
 - (b) herhangi birine elektronik şikayet formunda atıfta bulunulmuş ya da herhangi biri bu formda sağlanan bilgi temelinde ÇUC platformunda belirlenmiş ise şikayeti çözmekle yetkili AUÇ kuruluşu ya da kuruluşları hakkında bilgi;
 - (c) davalı tarafın bir tacir olduğu durumda 10 takvim günü içinde şunları bildirmek için bir davet:
 - tacirin, tüketicilerle uyumsuzluğu çözmek için belirli bir AUÇ kuruluşundan faydalanmayı taahhüt edip etmediği ya da buna mecburiyetinin olup olmadığı ve
 - tacir belirli bir AUÇ kuruluşundan faydalanmak zorunda olmadıkça, tacirin (b) bendinde atıfta bulunulan AUÇ kuruluş ya da kuruluşlarının herhangi birinden faydalanmak isteyip istemediği;
 - (d) davalı tarafın bir tüketici olması ve tacirin belirli bir AUÇ kuruluşundan faydalanma zorunluğu olduğu durumlarda 10 takvim günü içinde bu AUÇ kuruluşunda karar kılmaları için bir davet, tacirin belirli bir AUÇ kuruluşundan faydalanmak zorunda olmadığı durumda (b) bendinde atıfta bulunulan AUÇ kuruluşlarından birini ya da daha fazlasını seçmesi için bir davet;

- e) davalı tarafın yerleşik bulunduğu ya da ikamet ettiği üye devletteki ÇUÇ temas noktasının adı ve temas detayları ve bunun yanı sıra 7. maddenin 2. paragrafının (a) bendinde atıfta bulunulan işlevlerin kısa bir tarifi.
4. ÇUÇ platformu, 3. paragrafın (c) ya da (d) bentlerinde atıfta bulunulan bilginin davalı taraftan alınması ile birlikte, kolayca anlaşılabilir şekilde ve gecikmeksizin şikayetçi tarafa, Birlik kurumlarının resmi dillerinden bu taraf tarafından seçilecek birine aşağıdaki bilgiyi iletir:
- (a) 3. paragrafın (a) bendinde atıfta bulunulan bilgi;
 - (b) şikayetçi tarafın bir tüketici olduğu durumda, tacir tarafından 3. paragrafın (c) bendi uyarınca belirtilen AUÇ kuruluşu ya da kuruluşları hakkında bilgi ve bir AUÇ kuruluşunda 10 takvim günü içinde karar kılmak için bir davet;
 - (c) şikayetçi tarafın bir tüketici olduğu durumda, tacir tarafından 3. paragrafın (c) bendi uyarınca belirtilen AUÇ kuruluşu ya da kuruluşları hakkında bilgi ve bir AUÇ kuruluşunda 10 takvim günü içinde karar kılmak için bir davet;
 - (d) şikayetçi tarafın yerleşik bulunduğu ya da ikamet ettiği üye devletteki ÇUÇ temas noktasının adı ve temas detayları ve bunun yanı sıra 7. maddenin 2. paragrafının (a) bendinde atıfta bulunulan işlevlerin kısa bir tarifi.
5. 3. paragrafın (b) bendinde ve 4. paragrafın (b) ve (c) bentlerinde atıfta bulunulan bilgi her AUÇ kuruluşunun aşağıdaki özelliklerinin bir tarifini içerir:
- (a) AUÇ kuruluşunun adı, temas detayları ve İnternet sitesi adresi;
 - (b) uygulanabilir ise, AUÇ usulü için harçlar;
 - (c) AUÇ usulün yürütülebileceği dil ya da diller;
 - (d) AUÇ usulünün ortalama uzunluğu;
 - (e) AUÇ usulünün sonuçlarının bağlayıcı ve bağlayıcı-olmayan niteliği;
 - (f) bir AUÇ kuruluşunun 2013/11/AB sayılı Direktifin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca belirtilen bir uyuşmazlıkla ilgilenmeyi reddedileceği alanlar.

6. ÇUÇ platformu şikayeti otomatik olarak ve gecikmeksizin tarafların 3 ve 4. paragraflar uyarınca faydalanmak için anlaştıkları AUÇ kuruluşuna iletir.
7. Şikayetin iletildiği AUÇ kuruluşu gecikmeksizin tarafları, 2013/11/AB sayılı Direktifin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca uyuşmazlıkla ilgilenmeyi kararlaştırdığı ya da reddettiği hakkında bilgilendirir. Uyuşmazlıkla ilgilenmeyi kararlaştıran AUÇ kuruluşu ayrıca tarafları usul kuralları ve uygulanabilirse ilgili uyuşmazlık çözüm usulünün ücretleri hakkında bilgilendirir.
8. Taraflar bir AUÇ kuruluşuna bir şikayet formunun iletilmesinden sonra 30 takvim günü içinde anlaşmayı başaramazlarsa ya da AUÇ kuruluşu uyuşmazlıkla uğraşmayı reddederse, şikayet daha fazla işlenmez. Şikayetçi taraf diğer tazminat vasıtaları hakkında genel bilgi için bir ÇUÇ danışmanı ile temas kurma olasılığı konusunda bilgilendirilir.

Madde 10
Uyuşmazlığın çözümü

Bu Tüzüğün 9. maddesi uyarınca bir uyuşmazlıkla uğraşmaya karar veren bir AUÇ kuruluşu:

- (a) AUÇ usulünü 2013/11/AB sayılı Direktifin 8. maddesinin (e) bendinde atıfta bulunulan zaman sınırı dahilinde sonuçlandırır;
- (b) bu, usul kuralları böyle bir olasılığı sağlamadıkça ve taraflar anlaşmadıkça tarafların ya da temsilcilerinin fiziki mevcudiyetini gerektirmez;
- (c) aşağıdaki bilgiyi gecikmeksizin ÇUÇ platformuna iletir:
 - (i) şikayet dosyasının alındığı tarih;
 - (ii) uyuşmazlığın konusu;
 - (iii) AUÇ usulünün sonuç tarihi;
 - (iv) AUÇ usulünün sonucu;
- (d) AUÇ usulünü ÇUÇ platformu aracılığıyla yürütmeyi gerektirmez.

Madde 11
Veri tabanı

Komisyon, 13. maddenin 2. paragrafını gerektiği şekilde dikkate alarak 5. maddenin 4. paragrafı ve 10. maddenin (c) bendi uyarınca işlenen bilgiyi depolayacağı bir elektronik veri tabanı oluşturmak ve bunu muhafaza etmek için gerekli önlemleri alır.

Madde 12
Kişisel verilerin işlenmesi

1. Kişisel veriler dahil, bir uyumsuzlıkla ilgili ve 11. maddede atıfta bulunulan veri tabanında depolanan bilgiye erişim, 10. maddede atıfta bulunulan amaçlar sebebi ile sadece 9. madde uyarınca uyumsuzluğun aktarıldığı AUÇ kuruluşuna verilir. Aynı bilgiye erişim gerekli olduğu kadarı ile 7. maddenin 2. paragrafında ve 4. maddede atıfta bulunulan sebeplerle ÇUÇ temas noktalarına da sağlanır.
2. Komisyonun, ÇUÇ platformunun kullanımı ve işleyişini izlemek ve 21. maddede atıfta bulunulan raporları yazmak amacı ile 10. madde uyarınca işlenen bilgiye erişimi vardır. ÇUÇ platformu kullanıcılarının kişisel verilerini, AUÇ kuruluşları ve ÇUÇ temas noktaların tarafından ÇUÇ platformunun kullanımını izlemek amacı da dahil olmak üzere, ÇUÇ platformunun işletimi ve bakımı için gerekli olduğu kadar işler.
3. Bir uyumsuzlıkla ilgili kişisel veriler bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan veri tabanında, sadece toplanma amaçlarını yerine getirmek için gerekli zaman süresince ve veri sahiplerinin haklarını kullanmak için kendi kişisel verilerine erişmelerini garanti etmek için tutulur ve en geç, 10. maddenin (c) bendinin (iii) bendi uyarınca ÇUÇ platformuna aktarılmış olan uyumsuzluğun sonuçlanmasından altı ay sonra silinir. Bu tutma süresi ayrıca, AUÇ kuruluşu tarafından uygulanan usul kuralları ya da ulusal hukukun herhangi bir özel koşulu daha uzun bir tutma süresi öngörmüyorsa, AUÇ kuruluşu tarafından ve ilgili uyumsuzlıkla ilgilenen ÇUÇ temas noktası tarafından ulusal dosyalarda tutulan kişisel verilere de uygulanır.
4. Bu Tüzük kapsamında 95/46/AT sayılı Direktifin 2. maddesinin (d) bendi uyarınca her ÇUÇ danışmanı veri işleme faaliyetleri uyarınca bir denetçi olarak görülür ve bu faaliyetlerin, ÇUÇ danışmanına ev sahipliği yapan ÇUÇ temas noktasının üye devletinde 95/46/AT sayılı Direktif uyarınca kabul edilen ulusal mevzuata uygun olduğunu garanti eder.

5. Bu Tüzük kapsamında 95/46/AT sayılı Direktifin 2. maddesinin (d) bendi uyarınca her ÇUÇ danışmanı veri işleme faaliyetleri uyarınca bir denetçi olarak görülür ve bu faaliyetlerin, AUÇ kuruluşunun yerleşik olduğu üye devlette 95/46/AT sayılı Direktif uyarınca kabul edilen ulusal mevzuata uygun olduğunu garanti eder.
6. Bu Tüzük kapsamındaki sorumlulukları ve burada kapsanan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin Komisyon, 45/2001/AT sayılı Tüzüğün 2. maddesinin (d) bendi uyarınca bir denetçi olarak görülür.

Madde 13

Veri gizliliği ve güvenlik

1. ÇUÇ temas noktaları, profesyonel gizlilik kuralları ve ilgili üye devletin mevzuatında belirtilen diğer eş değer gizlilik görevlerine tabidir.
2. Komisyon, bu Tüzük kapsamında ve 45/2001/AT sayılı Tüzüğün 22. maddesi uyarınca uygun veri erişimi kontrolü, bir güvenlik planı ve bir güvenlik durumu yönetimi de dahil olmak üzere, işleminden geçirilen bilginin güvenliğini garanti etmek için uygun teknik ve örgütsel önlemleri alır.

Madde 14

Tüketici bilgisi

1. Çevrimiçi satış ya da hizmet sözleşmeleri ile ilgilenen Birlik'te yerleşik bulunan tacirler ve Birlik dahilindeki çevrimiçi pazarlar, İnternet sitelerinden ÇUÇ platformuna elektronik bir bağlantı sağlar. Bu bağlantı tüketiciler tarafından kolayca erişilebilir. Çevrimiçi satış ya da hizmet sözleşmesi ile ilgilenen, Birlik'te yerleşik bulunan tacirler ayrıca e-posta adreslerini de belirtir.
2. Çevrimiçi satış ya da hizmet sözleşmesi ile ilgilenen, Birlik'te yerleşik bulunan, tüketicilerle uyuşmazlıkları çözmek için bir ya da birden çok AUÇ kuruluşundan faydalanmaya çalışan ya da zorunda olan tacirler, tüketicileri ÇUÇ platformunun varlığı hakkında ve uyuşmazlıklarını çözmek için ÇUÇ platformundan faydalanma olasılığı hakkında bilgilendirir. Bunlar, ÇUÇ platformuna, İnternet siteleri üzerinden ve eğer teklif e-posta ile yapılmışsa bu e-postada elektronik bir bağlantı sağlar. Bilgi ayrıca, uygulanabilir olduğu durumlarda, çevrimiçi satış ve hizmet sözleşmelerine uygulanabilir genel hüküm ve koşullarda sağlanır.

3. Bu maddenin 1 ve 2. paragrafları, 2013/11/AB sayılı Direktifin 13. maddesine ve bu madde ile birlikte uygulanacak, başka Birlik tasarruflarına dahil mahkeme-dışı tazminat usulleri hakkında tüketici bilgisine ilişkin koşullara hâlel getirmez.
4. 2013/11/AB sayılı Direktifin 20. maddesinin 4. paragrafında atıfta bulunulan AUÇ kuruluşlarının listesi ve güncellenmiş hali ÇUÇ platformunda yayımlanır.
5. Üye devletler, AUÇ kuruluşlarının, Avrupa Tüketici Merkezleri Ağı merkezlerinin, 2013/11/AB sayılı Direktifin 18. maddesinin 1. paragrafında tanımlanan yetkili makamların ve uygun olduğu durumlarda 2013/11/AB sayılı Direktifin 14. maddesinin 2. paragrafı uyarınca atanmış kuruluşların, ÇUÇ platformuna elektronik bir bağlantı sağladığını garanti ederler.
6. Üye devletler, tüketici birlikleri ve işletme birliklerinin ÇUÇ platformu İnternet sitesine bir elektronik bağlantı sağlamalarını teşvik ederler.
7. Tacirler, 1 ve 2. paragraflar uyarınca ve 3. paragrafta atıfta bulunulan koşullar uyarınca bilgi sağlamak zorunda ise, mümkün olan durumlarda, bu bilgiyi beraber sağlarlar.

Madde 15

Yetkili makamların rolü

Her üye devletin yetkili makamı bu üye devlette yerleşik AUÇ kuruluşlarının, bu Tüzükte belirtilen yükümlülüklerle uyup uymadığını değerlendirir.

BÖLÜM III

NİHAİ HÜKÜMLER

Madde 16

Komite usulü

1. Komisyona bir Komite yardımcı olur. Komite, 182/2011/AB sayılı Tüzük dahilinde bir Komitedir.
2. Bu paragrafa atıfta bulunulduğunda, 182/2011/AB sayılı Tüzüğün 4. maddesi uygulanır.

3. Bu paragrafa atıfta bulunulduğunda, 182/2011/AB sayılı Tüzüğün 5. maddesi uygulanır.
4. 2 ve 3. paragraflardaki Komitenin görüşü yazılı olarak alınacaksa bu usul, görüş bildirilmesi için tanınan zaman sınırı içinde, Komite sekreterliği bu yönde karar verirse ya da Komite üyelerinin salt çoğunluğu bu yönde karar verirse, sonuçsuz olarak sona erdirilir.

Madde 17

Delegasyonun uygulanması

1. Yetki devrine dayanan tasarrufları kabul etme yetkisi bu maddede belirtilen koşullar uyarınca Komisyona verilmiştir.
2. 8. maddenin 3. paragrafında atıfta bulunulan yetki devrine dayanan tasarrufları kabul etme yetkisi 8 Temmuz 2013 tarihinden itibaren belirsiz bir zaman süresince verilir.
3. 8. maddenin 3. paragrafında atıfta bulunulan yetki devri Avrupa Parlamentosu ya da Konsey tarafından herhangi bir zamanda kaldırılabilir. Yürürlükten kaldırılacak bir karar, bu kararda belirtilen yetki devrine bir son verir. Bu, kararın Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlandığı günü takip eden gün ya da burada belirtilen sonraki bir tarihte yürürlüğe girer. Bu, halen yürürlükte olan yetki devrine dayanan tasarrufların geçerliğini etkilemez.
4. Komisyon, yetki devrine dayanan bir tasarrufu kabul eder etmez, bunu eş zamanlı olarak Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e bildirir.
5. 8. maddenin 3. paragrafı uyarınca kabul edilmen yetki devrine dayanan bir tasarruf yürürlüğe yalnızca, bu tasarrufun Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e bildirilmesinden itibaren iki aylık süre içinde Avrupa Parlamentosu ya da Konsey tarafından herhangi bir itiraz yapılmamışsa ya da bu sürenin bitiminden önce hem Avrupa Parlamentosu hem Konsey, Komisyon'a itiraz etmeyeceklerini bildirmişlerse, girer. Bu dönem, Avrupa Parlamentosu ya da Konsey'in inisiyatifiyle iki ay uzatılır.

Madde 18

Cezalar

Üye devletler, bu Tüzüğün ihlali ile ilgili uygulanabilecek cezalar hakkındaki kuralları koyarlar ve bunların uygulandıklarını garanti etmek için gerekli tüm önlemleri alırlar. Öngörülen cezalar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.

Madde 19
2006/2004/AT sayılı Tüzükte değişiklik

2006/2004/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü'nün¹² Eki'ne aşağıdaki bent eklenmiştir:

- '21. Tüketici uyuşmazlıklarının çevrimiçi çözümü hakkında 21 Mayıs 2013 tarihli ve 524/2013/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Tüketici ÇUÇ Tüzüğü) (ABRG L 165, 18.6.2013, s. 1): 14. madde'

Madde 20
2009/22/AT sayılı Direktifte değişiklik

2009/22/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi¹³ aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

1. 1. maddenin 1 ve 2. paragrafları ve 6. maddenin 2. paragrafının (b) bendindeki 'I. Ek'te listelenen Direktifler' yerine 'I. Ek'te listelenen Birlik tasarrufları' getirilmiştir;
2. I. Ek'in başlığındaki 'DİREKTİF LİSTELERİ' yerine 'BİRLİK TASARRUFLARI LİSTESİ' getirilmiştir;
3. I. Ek'e aşağıdaki bent eklenmiştir:
'15. Tüketici uyuşmazlıklarının çevrimiçi çözümü hakkında 21 Mayıs 2013 tarihli ve 524/2013/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Tüketici ÇUÇ Tüzüğü) (ABRG L 165, 18.6.2013, s. 1): 14. madde'

Madde 21
Raporlar

1. Komisyon, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e yıllık bazda ve ilk olarak çalışmaya hazır olduktan bir yıl sonra ÇUÇ platformunun işleyişi hakkında rapor sunar.
2. Komisyon, 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren ve bundan sonra her üç yılda bir, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e, özellikle şikayet formunun kullanıcı-dostu olması hakkında ve bu Tüzüğün Eki'nde listelenen bilgilerin uyarlanması hakkında olası bir ihtiyaç da dahil olmak üzere bu Tüzüğün uygulanmasına ilişkin bir rapor sunar. Bu rapora, gerek olduğu takdirde, bu Tüzüğe yapılan uyarlama önerileri eşlik eder.

¹² ABRG L 364, 9.12.2004, s. 1.

¹³ ABRG L 110, 1.5.2009, s. 30.

3. 1 ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan raporlar aynı yıl sunulacağında, yalnızca tek bir ortak rapor sunulur.

Madde 22
Yürürlük

1. Bu Tüzük, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden yirminci gün yürürlüğe girer.
2. Bu Tüzük, aşağıdaki hükümler haricinde 9 Ocak 2016 tarihinden itibaren uygulanır:
 - 9 Ocak 2015 tarihinden itibaren uygulanan 2. maddenin 3. paragrafı ve 7. maddenin 1 ve 5. paragrafları,
 - 8 Temmuz 2013 tarihinden itibaren uygulanan 5. maddenin 1 ve 7. paragrafları, 6. madde, 7. maddenin 7. paragrafı, 8. maddenin 3 ve 4. paragrafları ve 11, 16 ve 17. maddeler.

Bu Tüzük, bütün unsurlarıyla bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır. Strazburg'da 21 Mayıs 2013 tarihinde düzenlenmiştir.

Avrupa Parlamentosu adına

Başkan

M. SCHULZ

Konsey adına

Başkan

L. CREIGHTON

EK

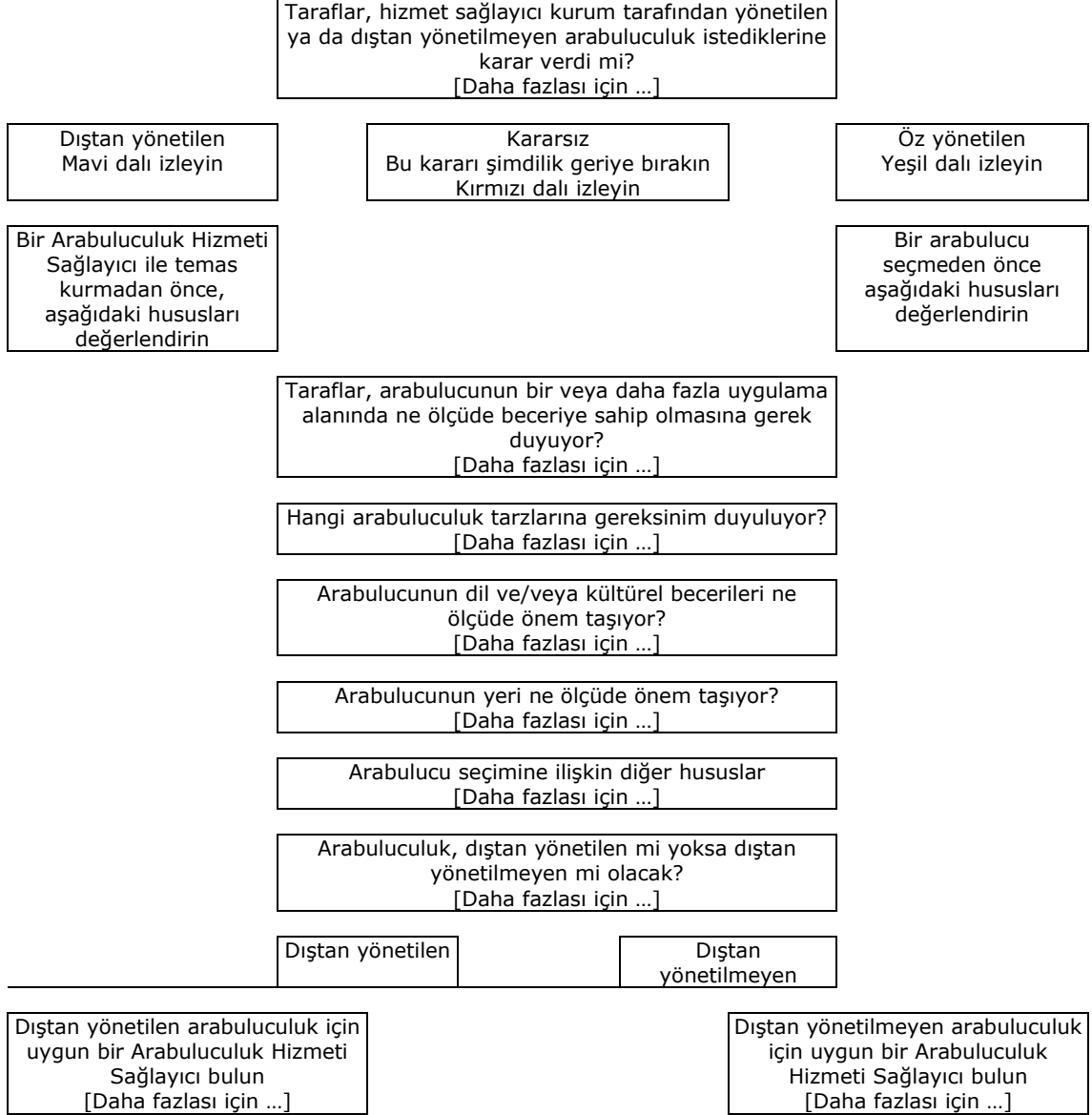
Bir şikayet sunulduğunda sağlanması gereken bilgi

- (1) Şikayetçi tarafın bir tüketici ya da bir tacir olup olmadığı;
- (2) Tüketicinin adı, e-postası ve coğrafi adresi;
- (3) Tacirin adı ve e-postası, İnternet sitesi ve coğrafi adresi;
- (4) Uygulanabilir ise, şikayetçi tarafın temsilcisinin adı, e-postası ve coğrafi adresi;
- (5) Uygulanabilir ise, şikayetçi tarafın ya da temsilcisinin dil(ler)i;
- (6) Biliniyor ise, davalı tarafın dili;
- (7) Şikayete ilişkin mal ya da hizmetin türü;
- (8) Mal ya da hizmetin tacir tarafından arz edilip edilmediği ya da tüketici tarafından bir İnternet sitesinde ya da başka bir elektronik araçla sipariş edilip edilmediği;
- (9) Satın alınan mal ya da hizmetin fiyatı;
- (10) Tüketicinin mal ya da hizmeti satın aldığı tarih;
- (11) Tüketicinin tacirle doğrudan temas kurup kurmadığı;
- (12) Uyuşmazlığın daha önceden bir AUÇ kuruluşu ya da mahkeme tarafından değerlendirilip değerlendirilmediği;
- (13) Şikayetin türü;
- (14) Şikayetin tanımlanması;

- (15) Şikayetçi taraf bir tüketici ise, biliniyorsa, tacirin 2013/11/AB sayılı Direktifin 13. maddesinin 1. paragrafı uyarınca taahhüt etmek zorunda olduğu ya da kullanmak için taahhüt ettiği AUÇ kuruluşları;
- (16) Şikayetçi taraf bir tacir ise, taahhüt ettiği ya da yararlanmak için taahhüt etmek zorunda olduğu AUÇ kuruluş ya da kuruluşları.

Ek IV. Arabulucu Seçmek: IMI Karar Ağacı

Doğru Arabulucuyu Bulmak [Başlamadan önce ...]



Başlamadan önce...*Bu Karar Ağacı hakkında*

Tebrikler! Arabuluculuktan yararlanmayı düşünüyorsunuz. Dünya genelinde istatistikler oldukça kesin biçimde kanıtlamıştır ki, tarafların çıkmaza girdiği durumlar da dahil olmak üzere, arabuluculuğun tarafları bir anlaşmaya ulaştırma ihtimali en az %80'dir. Bu derece yüksek başarı oranına sahip süreç çok azdır.

Başarılı sonuç elde etme ihtimalini azami kılmak için, diğer her şeyde olduğu gibi, hazırlık vazgeçilmez önem taşımaktadır; ve Karar Ağacı'nın amacı da budur. Arabuluculuk hizmeti kullanıcılarına, arabulucu tayin ederken neleri hatırla tutmaları gerektiğine ilişkin nesnel ve tarafsız rehberlik sağlama amacını güder. IMI Bağımsız Standartlar Komisyonu ve diğer kurumların üyelerinin görüş ve önerilerinden yararlanarak hazırlanmıştır.

Arabuluculuk karşılıklı rızaya dayandığından, doğru arabulucu ve doğru süreci seçmek, uzunca süren bir anlaşmazlık döneminden sonra genellikle tarafların mutabık olmaları gereken ilk husustur. Bu süreçte diğer tarafı veya tarafları mümkün olan azami ölçüde dahil edin. Tüm taraflar, arabulucuyu seçerken benzer düşünceleri taşırsa, ortak bir seçim yapmak daha kolay olur.

Arabuluculuk yalnız karşılıklı rızaya dayanmaz, aynı zamanda da esnektir; bu nedenle, süreci tarafların gereksinimlerine göre şekillendirmek mümkündür. Tarafların yapması gereken seçimler, Karar Ağacı'nın tüm dallarını kapsamaktadır.

Başlamadan önce bir noktanın açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu ağaç, "Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcılar"a ilişkindir. Bunlar, kullanıcılara arabuluculuk hizmeti sağlayan kurum ve kuruluşlardır. Bu hizmet kapsam ve iletişim bakımından büyük farklılık gösterebilir, ancak genellikle bir arabulucunun seçilmesine yardım etmeyi ve dava yönetim desteği sağlamayı içerir. IMI hizmet sağlayıcı değildir; IMI'nin arabulucular kurulu yoktur, dava yönetim desteği de sağlamaz. IMI, kullanıcıların yetkin arabulucu bulmasını, profilleri incelemesini, Geribildirim Yorumları biçiminde, önceki kullanıcılardan gelen geribildirimleri görmesini sağlayan açık bir portal işletir; ve arabuluculuk hakkında tarafsız bilgi sağlar. IMI, arabuluculuk hizmetleri pazarında rekabet etmez, "arabuluculuk hizmeti sağlayıcı" değildir.

Diğer her ağaç gibi, bu da canlı bir nesnedir. Kullanıcılar, profesyonel danışmanlar, arabulucular, hizmet sağlayıcılar, eğiticiler ve diğer kimselerin vereceği, Karar Ağacı'nı daha iyiye götürecek geribildirimler, fikirler ve öneriler memnuniyetle karşılanır.

*Daha fazlası için ... 1**Taraflar, hizmet sağlayıcı kurum tarafından yönetilen ya da dıştan yönetilmeyen arabuluculuk istediklerine karar verdi mi?*

Bu oldukça faydalı bir ilk sorudur, yine de, hemen cevaplanması gerekli değildir. Hem dıştan yönetilen hem de dıştan yönetilmeyen arabuluculukta, beklediğiniz hizmetin ortak yönlerinden birisi, sürecin esnek olması ve tarafların özgül gereksinimlerine uyarlanmasıdır. Hizmet sağlayıcı kurum veya arabulucu, bu konuda size yardımcı olabilmelidir.

Uyuşmazlık bir sözleşmeye ilişkinse, o sözleşmede, arabulucunun nasıl seçileceğini belirleyen ve uygun arabulucuların listesini sağlayacak, bir arabulucuyu tavsiye edecek veya tarafların seçim yapmasına yardım edecek belirli bir Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcıyı tayin eden bir arabuluculuk hükmü bulunabilir. Bu arabuluculuk hükmü aynı zamanda, arabuluculuğun bir arabuluculuk anlaşması ve bir Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcının etik kurallarına göre yürütüleceğini de öngörebilir. Ancak arabuluculuk esnek ve karşılıklı rızaya dayalı bir süreçtir; taraflar bu sözleşmesel kuralların uygunsuz olduğunu düşünüyorsa, genellikle arabuluculuk konusuna farklı biçimde yaklaşmayı kararlaştırmakta serbesttir.

Alternatif olarak, örneğin mahkeme veya başka bir makam gibi bir sevk eden organ, bir arabulucunun seçilebileceği veya seçileceği emrini verebilir veya önerebilir. Tarafların, mahkeme tarafından resmi olarak tanınacak bir anlaşmaya gerek duyması halinde bu önemli olabilir.

Veya, arabuluculuk hükmü içeren bir sözleşme de, sevk eden organ da olmayabilir. Arabulucu seçimi, ve Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcıyı kullanma veya kullanmama kararı tamamen taraflara kalabilir. Bazı taraflar ve profesyonel danışmanlar, geçmişteki deneyimler ve diğer kriterlere dayalı olarak arabulucu seçimi için iç mekanizmalar geliştirmiştir. Veya, hiç rehberlik de bulunmayabilir.

*Dıştan yönetilen ve dıştan yönetilmeyen arabuluculuk*Dıştan yönetilen arabuluculukta:

- Profesyonel bir Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcı, idare ve dava yönetim hususlarının tümünü veya bir kısmını sağlar, böylelikle bu hususlar uyuşmazlıktan ayrıştırılabilir.
- Hizmet sağlayıcı genellikle, arabuluculuğun nasıl kurgulanacağı ve yürütüleceği, gizlilik konuları, arabulucunun tarafsızlığı, zaman/maliyet tahditlerinin uygulanması vs. hususlarını düzenleyen birtakım kurallara göre faaliyet gösterir veya bir arabuluculuk anlaşması sunar.
- Hizmet sağlayıcı, uygun bir arabulucuyu seçebilir veya taraflara önerebilir; bu da, tarafların arabulucu seçimi konusunda anlaşmazlığa düşmeleri riskini önleyebilir.

- Hizmet sağlayıcı genellikle, idare ücreti alır ve arabulucunun ücretini belirleyebilir, ayrıca bu giderlerin nasıl ödeneceğini de belirtebilir (örneğin, taraflarca eşit olarak karşılanacak gibi).
- Taraflar genellikle, birlikte veya ayrı ayrı olarak, dava yönetim konuları / arabulucu seçimini Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcı ile görüşebilirler. Hizmet sağlayıcılar (bu aynı zamanda, öz yönetilen arabuluculukta arabulucular için de geçerlidir) tarafları herhangi bir şeyi kabul etmeye zorlayamasa da, hizmet sağlayıcının tarafsızlığı, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırabilir ve tüm katılımcıların süreci yapıcı biçimde anlamasını sağlayabilir.

Taraflar arasında oldukça zorlu iletişim engelleri olduğunda, veya taraflardan birinin veya daha fazlasının arabuluculuk için isteksiz olması halinde veya arabuluculukta işbirliğine yanaşmaması halinde dıştan yönetilen arabuluculuk özellikle büyük değer taşıyabilir; gerçi bu sorunlar dıştan yönetilmeyen süreçlerde de arabulucular tarafından aşılabılır.

Dıştan yönetilmeyen arabuluculukta:

- Hizmet sağlayıcı veya üçüncü kişi eliyle dava yönetimi yoktur; varsa da, sadece tarafların uygun bir arabulucu seçmesine yardım etmek içindir, taraflara dava yönetim hizmeti sağlanmaz.
- Taraflar arabulucuyu kendileri seçerler; ne gibi kurallar, arabuluculuk anlaşması ve süreci uygulanacağı konusunda arabulucu ile birlikte anlaşılır. Birçok arabulucuda, tarafların gereksinimlerine göre uygulanabilecek veya uyarlanabilecek örnek arabuluculuk anlaşmaları vardır.
- Arabulucu, dava yönetim görevlerini bizzat ifa eder veya taraflar ile paylaşır.
- Varsa, idari giderler genellikle arabulucu ücretinin bir parçasıdır.
- Taraflar daha fazla kontrole sahiptir, ancak bunun yanında da ele almaları gereken daha fazla konu vardır.

Bu husus etkileyen bir faktör de, süre bitimi olması veya olmamasıdır. Taraflar belirli bir süre içinde anlaşmaya çalışmak zorunda mıdır, veya arabuluculuğu nasıl veya ne zaman yapılması gerektiği konusunda mali tehditler var mıdır? Bazı durumlarda, arabuluculuğun belirli biçimde yapılması, veya isimle belirtilen bir kuruldun veya hizmet sağlayıcıdan arabulucular seçilmesi zorunlu olabilir, aksi halde anlaşmanın hukuken uygulanması mümkün olmayabilir. Süre bitimi, bütçe tehditleri ve yasal gereklerin olup olmadığının belirlenmesi, arabulucunun seçilmesi ve tutulması, ve ayrıca dıştan yönetilen ve dıştan yönetilmeyen sürecin seçilip seçilemeyeceği veya seçilmesi gerekip gerekmediği hususlarını etkileyebilir.

*Daha fazlası için ... 2**Taraflar, arabulucunun bir veya daha fazla uygulama alanında ne ölçüde beceriye sahip olmasına gerek duyuyor?*

“Hiçbir uyuşmazlık, ilişkin olduğu şeye ilişkin değildir” diye bir söz vardır. Sıklıkla, bir uyuşmazlığın yaratıcıları birden fazla sorun veya saiktir, ve bazen de, uyuşmazlığın formaliteleri salt yüzeyseldir; gerçek uyuşmazlık (ve bu nedenle de, gerçek çözümün anahtarı) hukuken ifade edilmiş biçiminde veya teknik karmaşıklıkta içerilmemiş bir şeylerde olabilir.

Arabulucular, bir uyuşmazlığın esasını yargılama yetkisine sahip değildir; onlar hakim ya da hakem değildir. Arabulucuların rolü, genellikle tarafları sorunların kökenine yönleltmek suretiyle, anlaşmaya ulaşmalarına yardım etmektir. Dolayısıyla, arabulucu seçerken cevaplanması gereken iki temel soru şudur:

- Anlaşma müzakerelerinde çıkması muhtemel maddi hususları bilen bir arabulucuya sahip olmanın faydasını görür müyüz?
- Ya da, masada yer alan diğerleri, gerekebilecek uzmanlıkları sağlayacak mı?

Daha değerlendirci bir arabulucuya gerek duyuyorsanız (bkz. 3), uyuşmazlığa özgü hukuki ve/veya maddi hususlar hakkında bilgiye sahip olmak, sonucun yeni seçenekler yaratmak ya da gelecekte ilişkileri iyileştirmek olduğu duruma göre daha önemli olabilir.

Unutmayın; bir arabulucuyu tuttuğunuzda, o kişinin arabuluculuk yapma becerilerine para ödüyorsunuz. Her arabulucu, sizin uyuşmazlığınızın içerdiği/gerektirdiği tüm uygulama alanlarında maddi deneyime sahip olamaz. Dolayısıyla, (a) arabulucunun sürece ilişkin becerileri ile (b) uyuşmazlık kapsamındaki konularda arabulucunun hukuki ve maddi deneyimini tartarak karşılaştırmanız gerekebilir.

Hem süreç hem de maddi uzmanlığa gereksinim duyuluyorsa, eş-arabuluculuk bir seçenek olabilir. Örneğin, bir inşaat işi ortaklığının geleceği konusunda uyuşmazlık ortaya çıkmışsa ve iş ortaklığının esas unsurlarını değiştirme gereği varsa, bir inşaat arabulucusu yanında bir de muhasebeciye gereksinim olduğunu düşünebilirsiniz. Veya konu, fikri mülkiyet, patent davası veya teknik ya da az bilinen bir konuyu içeriyorsa; fikri mülkiyet/patent/yazılım uzmanının yanı sıra hünarlı bir arabulucuya sahip olmak isteyebilirsiniz. Birlikte iyi çalışacak eş-arabulucuları seçmenin ilave maliyet etkisi olabilir, ancak müzakereleri büyük ölçüde düzene sokar ve tarafların daha derli toplu bir sonuca bir an önce ulaşmasına yardım eder. Diğer bir seçenek de, arabulucu olmasa dahi, özgül teknik alanlarda yetkinliğe sahip tarafsız bir uzman tutmaktır.

Daha fazlası için ... 3

Hangi arabuluculuk tarzlarına gereksinim duyuyorsunuz?

Kolaylaştırıcı, Değerlendirici, Dönüştürücü

Genellikle arabulucuların uyguladığı arabuluculuk tarzları hakkında pek düşünülmez. Arabuluculuk hizmeti kullanıcılarının, kendi davalarının gereksinimlerini karşılayan, hem taraflar için hem de çözümlenmesi gereken durum için doğru olan tarz veya tarzlara sahip olan bir arabulucuyu seçmeleri önemlidir. Ancak, her profesyonel hizmetin seçiminde olduğu gibi, öncelikle kendi muhtemel gereksinimlerinizi tespit etmeniz, ardından da bu gereksinimleri karşılayan profesyoneli seçmeniz gerekir.

Temelde, birbirinden farklı, başlıca üç arabuluculuk tarzı vardır: Kolaylaştırıcı, değerlendirici ve dönüştürücü. Her tarzın içerdiği uygulama tarzları ve becerileri hakkında kısa bilgi için bakınız: [www.mediate.com/articles/zumeta.cfm].

Kolaylaştırıcı tarz genellikle arabuluculukta en yaygın kullanılan ana biçim olarak görülse de, arabuluculuk yoluyla ele alınan uyuşmazlıkta, arabulucu tarafından değerlendirici ve/veya dönüştürücü yetkinliklerin farklı zamanlarda ve farklı ölçülerde uygulanması olağandır. Birçok arabulucu, durumun gereklerine göre bir tarzdan diğerine kolayca geçer. Ancak bazı kolaylaştırıcı arabulucular, taraflarca özel olarak istenmedikçe, değerlendirici olmayı tercih etmezler.

Eğer en önemli görevler iletişim tıkanıklarını aşmak, gizli engelleri tespit etmek, tarafların yaratıcı düşüncelerine yardım edecek ve bir anlaşmaya ulaşmayı sağlayacak şekilde her tarafa yararı olacak seçenekler geliştirmek ise, tarafların muhtemelen kolaylaştırıcı bir arabulucuya ihtiyacı var demektir.

Öte yandan, taraflar, bağlayıcı olmayan görüşler vermek, zorlu sorular sormak, olgular ve davanın hukuku hakkında yorumlar yapmak, tarafları diğer daha yönlendirici yollarda rehberlik sağlamak veya nesnel normlara (endüstri standartları, kanunlar vs.) dayalı olarak bir anlaşma için rehber ilkeleri koymaya yardım etmek suretiyle, açmazları aşacak bir arabulucuya ihtiyaç duyuyorsa, değerlendirici olabilecek bir arabulucuya ihtiyaç var demektir.

Amaç, belirli bir uyuşmazlığı çözmekten ziyade, tarafların ilişkilerini iyileştirmek ise ve bu ilişki gelecek için önemliyse, o zaman dönüştürücü bir arabulucu, kısa vadeli çatışmaları çözümlemekten çok tarafların iletişim kurmasına ve birlikte çalışmalarına odaklanır. İş bağlamında dönüştürücü arabuluculuğun diğer uygulamaları arasında bir sektördeki rakipler veya sektör mensupları arasındaki ilişkiler, iş ortaklığı ortakları arasındaki ilişkiler, ve düzenleyici/hükümet kurumları ile düzenlemeye tabi olan kuruluşlar arasındaki ilişkiler vardır.

Tarafların, arabulucu veya Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcı aramaya girişmeden önce bu konuları kendileri arasında tartışmaları, ardından gereksinim duyulan tarzları tartışarak, bu tarzlara sahip arabulucuların kısa listesini yapmaları faydalı olacaktır.

Arabuluculuk anlaşmaları aynı zamanda tarz konularını da düzenleyebilir; örneğin, bir tıkanıklık olduğunda arabulucudan bağlayıcı olmayan görüş veya değerlendirme isteneceğine dair tarafların beklentilerini belirten bir paragraf konulabilir.

*Daha fazlası için ... 4**Arabulucunun dil ve/veya kültürel becerileri ne ölçüde önem taşıyor?*

Bu sorunun kapsamında, ilk bakışta göründen daha fazla şey olabilir.

Elbette bir arabulucunun tüm taraflarla ve temsilcileriyle etkili biçimde iletişim kurması gerekir. Taraflar aynı ana dile sahip değilse, tarafların doğal dillerinde arabuluculuk yapabilecek bir arabulucu bulmayı düşünmek faydalı olabilir.

En önemli husus ise, tarafların birbiriyle ve arabulucu ile etkili biçimde iletişim kurabilmesi ve anlayışın kolaylaştırılmasıdır. Seçeneklerden biri, her biri farklı dil ve kültürel becerilere sahip eş-arabulucular kullanmaktır. Başka bir yaklaşım ise çevirmenler kullanmaktır; çevirmenler, taraflardan bağımsız olursa, arabulucunun yardımcıları olarak kabul edilebilir ve bu nedenle önemli tarafsız role sahip olurlar.

Dil yeteneğine ek olarak, arabulucunun taraflarla etkili biçimde ilişki kurma yeteneği dahil olmak üzere, tüm taraflar bakımından kültürel kabul edilebilirliğini göz önüne almak gerekir. Dil sorunları olduğunda, kültürel sorunlar olması da muhtemeldir; ancak öte yandan, aynı ana dile sahip olan taraflar arasında da kültürel farklar büyük olabilir.

Tarafların geçmişleri çeşitlilik arz ediyorsa, yalnız bir tarafın kültürel değerleri ve niteliklerini paylaşan bir arabulucu veya Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcı, diğer tarafın güvenini veya kabulünü kazanamayabilir. Diğer tarafın kültürel geçmişini paylaşıyor olarak algılanan bir arabulucu veya hizmet sağlayıcıyı, veya her iki kültürü iyi bilen bir arabulucuyu seçmeye istekli olduğunuzu dile getirmeyi düşünün; veya kültürler arası müzakere becerilerine sahip, üçüncü kültürden birini veya uluslararası bir kurum veya hizmet sağlayıcıyı kullanmayı önerin. Diğer tarafın arabuluculuğa isteksiz olduğunu belli ettiği durumlarda, bu yaklaşımlar onların süreç konusunda daha rahat hissetmelerine katkıda bulunabilir.

Her şeyin ötesinde, arabulucunun kültürel farklılıklara duyarlı olmasını ve kültürel dinamiklerin içerdiği bu farkları anlama kapasitesine sahip olmasını sağlayın.

Arabuluculuğun etkili olması, tüm tarafların arabulucuya güvenmesine bağlıdır. Bu güveni kazanmak ise, arabulucunun işinin bir parçasıdır.

*Daha fazlası için ... 5**Arabulucunun yeri ne ölçüde önem taşıyor?*

Arabulucunun yeri önemli olabilir, ancak birçok kimsenin kabul ettiği kadar da kritik önem taşımaz.

Seyahat giderleri söz konusu olabilir; ancak bunlar, uyuşmazlık konusu olan miktar ve de anlaşma olmazsa harcanacak meblağlara göre genellikle küçük kalır. Özellikle diğer taraf ile aynı yerde yerleşik değilseniz, kendi yerleşim yerinizdeki bir arabulucuyu seçerseniz, diğer taraf kuşku duyabilir.

Arabulucu adayları kısa listesinde bazıları yereldir, bazıları değildir; arabulucunun yerini daha en baştan önemli bir konu olarak görmek yerine, listeyi gözden geçirirken dikkate alınacak bir husus olarak görmek daha akılcı olur. Taraflar arabulucunun kendi bulundukları yere veya başka bir yere gelmesini istiyorsa, unutmayın ki bazı arabulucular bu seyahat giderlerini ve seyahat süresini masraf olarak yazarlar. Bu husus, arabulucu seçiminde bir faktör olabilir veya olmayabilir.

Sürecin tarafsızlığını yansıtacak tarafsız bir yer seçmek önemlidir. Taraflar farklı yerlerde yerleşikse veya taraflar arasındaki düşmanlığın düzeyi yüksekse veya taraflar arasında bariz güç dengesizliği varsa, dışarıdan bir arabulucu ve/veya tarafsız bir yer seçmek özellikle faydalı olur.

Çevrimiçi arabuluculukta elbette arabulucunun yeri pek önem taşımaz; ancak, müsaitlik (örneğin saat dilimleri) ve çevrimiçi arabuluculuk becerileri gibi diğer düşünceler önemli olur.

Daha fazlası için ... 6

Arabulucu seçimine ilişkin diğer önemli hususlar

Arabulucu Profilleri

Arabulucu profillerini inceleyin ve karşılaştırın. Daha önce hizmetinden yararlanmış kişiler ve akranlarının tarafsız geribildirimlerine odaklanın. Sundukları bağlantıları izleyin. Daha fazla bilgi için arama motorlarını kullanın.

Giderler

Arabuluculuk giderleri her zaman için, dava giderlerinin yalnız bir kesri kadardır. Yine de, bu giderlerin anlaşılması ve kabul edilmesi gerekir. Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcılar genellikle kendi bünyelerindeki arabulucu giderlerini içeren bir ücret skalası üzerinden fiyat teklifi verir. Büyük davalarda, giderler pazarlığa tabi olabilir. Bazı arabulucular, saat ücreti alır, bazıları günlük alır; bazı arabulucular hazırlık ve seyahat süresi için masraf yazar, bazıları yazmaz. Uluslararası uyuşmazlıklarda seyahat giderleri önemli düzeyde olabilir, yine de önceden tahmin edilebilir.

Arabuluculuğun toplam giderleri genellikle taraflar arasında eşit olarak paylaşılır. Bazı taraflar (örneğin, sigortacılar gibi arabuluculuğu sık kullananlar) eşit paydan daha fazlasını ödemeyi kabul edebilirler. Varsa dava giderleri ise genellikle tarafların kendileri tarafından karşılanır. Bu anlaşmalar, arabuluculuktan önce (örneğin arabuluculuk anlaşmasında) düzenlenebilir, veya daha sonra anlaşma tutanağında değiştirilebilir.

Etik Kurallar

Arabuluculuk sürecinin temel dayanağı güvendir. Taraflar yetkinlik, titizlik, bağımsızlık, tarafsızlık, adillik ve gizliliğe uyma bakımından bir arabulucunun dürüstlüğüne güvenmiyorsa, arabuluculuğun başarılı olması muhtemel değildir. Arabulucu seçerken, arabulucuyu sağlayan kuruluş ile (veya arabulucuyu doğrudan seçiyorsanız arabulucu ile), belirli Profesyonel Etik Kuralları'na bağlı olup olmadıklarını sorun ve kopyasını isteyin.

Referanslar

Varsa referansları kontrol edin. Taraflara özgü gizlilik içeren bilgilere yönelik sorular yöneltmeyin; daha ziyade, uygun kabul edilecek genel sorular sorun.

Araştırma

Mümkünse diğer tarafla birlikte, ilave araştırma yapın. Yetkin arabulucuların hepsi, IMI sertifikasyonu almayı tercih etmemiş olabilir; dolayısıyla Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcıların ve meslek kuruluşlarının tüm listelerine bakın. Eğer arabulucu veya hizmet sağlayıcı, daha önce hizmetten yararlananların geribildirimlerini anonim olarak sağlayamıyorsa, arabulucunun önceki davalardaki performansı ve arabulucunun yetkinlik ve uygunluğuna ilişkin diğer göstergeler hakkında daha fazla bilgi edinmek için başka yollar bulmanız gerekir.

Daha fazlası için ... 7

Uygun bir Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcı bulun

Önce, Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcıdan tam olarak hangi hizmetleri almanız gerektiğini belirleyin. Böylece, farklı hizmet sağlayıcılardan alınabilecek hizmetleri karşılaştırmanız ve bunların tarafların gereksinimlerine karşılık gelip gelmediğini belirlemeniz mümkün olur. Bu gereksinimleri ve getireceği maliyetleri hizmet sağlayıcılar ile açıkça görüşün; bu da gerekli kararları vermenizde yardımcı olur.

Bir veya daha fazla sayıda uygun arabulucu belirlemişseniz ve bunlar bir hizmet sağlayıcının listesinde iseler, arabuluculuğunuzu yönetmesi için o hizmet sağlayıcıyı kullanmayı düşünün.

IMI tarafsızdır ve herhangi bir hizmet sağlayıcıyı tavsiye etmemektedir. Hizmet sağlayıcıların birçoğu tam olarak karşılaştırılabilir değildir çünkü sağladıkları hizmetler, coğrafi erişimleri ve farklı davaların gereksinimleri farklıdır. Arabuluculuk Hizmeti Sağlayıcılara ilişkin bağlantılar, kullanıcıları bilgilendirme amaçlı olarak IMI İnternet sayfasında verilmektedir. Üyeleri IMI sertifikalı olan hizmet sağlayıcılar ve diğer kurullar, ve ayrıca uluslararası kurumlar ve meslek kuruluşları IMI İnternet portalında bağlantıya sahip olabilir.

*Daha fazlası için ... 8**Uygun bir arabulucu bulun*

Taraflar hizmet sağlayıcı kullanmaya karar vermiş olsun veya olmasın, IMI arama motoru, arabulucu aramaya başlamak için iyi bir noktadır. Ulaşılabilecek kararda, IMI'nin hiçbir mali menfaati yoktur.

Ne arabulucu ne de hizmet sağlayıcı IMI'ye herhangi bir dava ücreti öder. Yalnız önceki kullanıcılar ve meslektaşlarının gözünde yetkinliğini kanıtlamış olan arabulucular IMI sertifikası alabilirler. Bu nedenle, tarafların arabulucu seçiminde odaklandıkları konu muhtemelen, yetkinlikle daha az ilişkili, tarafların karşı karşıya olduğu sorunlar bakımından arabulucunun uygunluğu ile daha fazla ilişkilidir.

Uygunluk düzeyinde ise, araştırmanızı uygulama alanı, yer, dil becerileri ve arabuluculuk tarzına göre daha da daraltabilirsiniz. Seçtiğiniz arabulucuların profillerini kaydedin, yazdırın ve okuyun. Diğer arabulucular hakkında bilgi toplamak için seçim kriterlerinizi değiştirin.

IMI sertifikalı arabulucu profilinde yer alan Geribildirim Yorumlarını okuyun. Bu bölüm, önceki kullanıcıların arabulucunun performansı hakkında vermiş oldukları geribildirimlerin bağımsız olarak hazırlanmış bir özetidir. Referans olarak listelenenlerden bazılarıyla konuşmayı düşünün.

Kısa listeyi hazırladıktan sonra, seçim sürecine diğer tarafı da dahil etmeyi düşünün. Arabulucu veya hizmet sağlayıcının seçimi, ortak kararla yapılmalıdır. Diğer tarafı da aynı süreci izlemeye davet edin, böylece, değerlendirilmesi gereken diğer uygun arabulucuları tespit edebilirler. Bu Karar Ağacı'nı kullanmalarını rica edin ve yaptıkları seçimlere ilgi duyduğunuzu gösterin.

Taraflar, seçim listesine aldıkları arabulucular ile münferiden iletişim kurabilmelidir. Doğrudan temas, nihai seçimi yapmanıza yardım eder.

Uyuşmazlıkta ikiden fazla taraf varsa, kısa listeye alınan arabuluculara, çok taraflı arabuluculuk deneyimine sahip olup olmadıklarını, ve o davalarda bir hizmet sağlayıcının yer alıp almadığını sorun. Çok taraflı arabuluculukta, idari ve dava yönetim hususları daha zorlu olabilir.

Arabulucular çok çalışsa da, müzakerelerin kontrolü kesin biçimde tarafların elindedir, sonucun sahibi arabulucu değil taraflardır. Her arabuluculukta, en uygun arabulucuyu seçmek hayati önem taşır.

Ek V.

Arabuluculuk Taraf Vekilliği Standartları

Arabuluculuk Taraf Vekilleri/Danışmanları için Yetkinlik Kriterleri

Giriş

Arabuluculuk, taraf vekilleri/danışmanları, arabuluculuk süreci ve müzakere teorilerinin ilkeleri konusunda bilgili ve becerili olduğunda en büyük başarıya ulaşır. Tarafların temsilcileri, bir müzakereden ziyade mahkemedeymiş gibi davrandıklarında arabuluculuk başarısızlıkla sonuçlanır.

Arabuluculuk, temsilcilerin kendi müvekkillerine, bir arabulucu yardımıyla daha hızlı, daha ucuz ve/veya daha iyi sonuçlar elde etmelerini sağlayacak eşsiz sorun çözme fırsatları sunar. Temsilciler, müvekkillerinin mahkemede veya tahkimde elde edilemeyecek sonuçları elde etmelerine yardım edebilirler. Ancak, bunu yapabilmek için farklı bilgi ve beceri kümesine gereksinimleri vardır.

Kriterler

Arabuluculuk Taraf Vekilleri Daimi Konferansı (SCMA), uyuşmazlık taraflarının, arabuluculuk ve ilgili uyuşmazlık çözüm süreçleri yoluyla uyuşmazlıkların çözümünde müvekkillerine danışmanlık ve temsilde deneyimli meslek mensuplarını tespit edebilmelerini sağlamaya yönelik profesyonel ve teknik temel oluşturmak amacıyla, yetkin Arabuluculuk Taraf Vekilleri/Danışmanları olarak nitelik kazandıracak programlar için kriterlerin tasarlanmasında Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü'ne (IMI) destek sağlamıştır.[1] Kriterler iki genel kategori halinde sunulmaktadır: Programlar için Genel Gerekler ve Arabuluculuk Taraf Vekilleri/Danışmanları Yetkinliği için Maddi Kriterler

SCMA, bu yetki alanının ihtiyaçlarını yansıtmak ve tanınmış uluslararası Kriterler ile uyumlu olmak amacıyla, kendi Standartlarını geliştirmek istemektedir.

Genel Bilgi ve Yetkinlik Gerekleri

Arabuluculukta etkili taraf vekilliği için aşağıdaki uygulamalı beceri alanlarına sahip olmak gerekir. Bu liste, değerlendirme programlarını işletenler için bilgi değerlendirmesi tasarım rehberi olmak üzere hazırlanmıştır. Liste sonlu olmadığı gibi, zorunlu da değildir; sadece rehber olarak sunulmaktadır.

1. Arabuluculuğun belirli sorunları ele almak için ne zaman uygun bir süreç olabileceğini veya olmayabileceğini bilmek.

2. Optimum sonuçlara ulaşmak için usul seçenekleri ve tercih edilen süreçleri tespit etmek.
3. Arabuluculuk süreci/aracı seçiminin bağlamsal olarak gerektirdiği üzere, müzakere ve çözüm üretim süreçlerinin yanı sıra taraf ve katılımcı dinamiklerini bilmek.
4. Yaygın arabuluculuk türleri ve programlarının mahiyet, teori, usul, pratik uygulama, metodoloji, uygunluk, fayda ve mahzurları; usul kuralları ve ilgili maliyetlerini anlamak.
5. Arabulucunun rolü, arabulucu metodoloji paleti, psikolojisi, temel eğitimi ve uygulamalarını anlamak.
6. Arabuluculuk anlaşmalarının uygulanabilirliği (söz konusu olduğu hallerde); anlaşma tutanaklarının gizlilik ve imtiyaz/profesyonel gizlilik, yapı ve uygulanabilirliği dahil olmak üzere, arabuluculuk faaliyetlerini etkileyen ilgili kanunları bilmek.
7. Taraflar, temsilcileri, arabulucu ve süreci verimli biçimde desteklemek ve karşılıklı kabul edilen bir sonucu yaratmak için arabulucuyu ve süreci etkili biçimde kullanmak amacıyla teknikleri kullanmayı bilmek.
8. Arabuluculuk oturumlarından önce, esnasında ve sonrasında arabulucu ile etkili iletişim kurmayı bilmek.
9. İlgili yargı yetkisi alanları dahilinde veya aralarında, yaygın arabuluculuk türlerinin mahiyet, teori, usul, pratik uygulama, metodoloji, uygunluk, fayda, avantaj ve dezavantajları ve mahzurlarını; mahkeme gözetiminde arabuluculuk programları, gerektiğinde yapılan veya kurumsal usul kuralları, söz konusu giderleri, geçerli profesyonel etik kurallarını açıklayabilmek.
10. Hibrid uyuşmazlık çözüm süreçleri (örneğin Arb-Med, Med-Arb, Arb//Med, Med-Con, Med//Con, MEDALOA) ve farklı koşullarda muhtemel avantaj ve dezavantajlarını bilmek.
11. Her uyuşmazlık çözüm süreci için en uygun zamanlamayı anlamak ve uygulamak.
12. Alternatifleri (BATNA, WATNA, PATNA, RATNA[2]) değerlendirmek ve müvekkili ve kendisini ortak/özel arabuluculuk toplantılarına hazırlamak dahil, çözümleri hazırlama yöntemlerini bilmek.
13. Tarafların menfaatler ile pozisyonları ayırt etmesine yardım edebilmek.

14. Uyuşmazlık konularından farklı olarak bireysel pozisyonların ardındaki saikleri arayabilmek ve anlayabilmek.
15. Soru sorma, özetleme, (aktif/etkili) dinleme, ifade etme ve farklı biçimde ifade etme, yeniden kurgulama, düşünme ve başka sözlerle ifade etme gibi teknikleri bilmek.
16. Müvekkilin menfaatlerini savunan pozisyonel talepler ile menfaatlere dayalı değer yaratma arasında denge kurmaya yardım edecek stratejik seçimleri yapabilmek.
17. Kültürler arası ortamlar ve dinamikleri bilmek.
18. Sınır ötesi ve çok kültürlü arabuluculuk paradigmasını anlamak.
19. Çok sayıda katılımcıyı içeren çok taraflı veya karmaşık davaları ele alırken, prosedürel parametreleri uyarlayabilmek.
20. Profesyonel ve etik standartları ve davranışları; normların oluşturulması, bildirilmesi ve/veya konulmasında etinin kullanımını anlamak.
21. Problem çözme, menfaat temelli müzakere tekniklerini bilmek.
22. Problem çözme (menfaat temelli) yaklaşıma ek olarak, dağıtımsal (düşmanca) müzakere yaklaşımını ve her birinin ne zaman ve niçin uygulanacağını bilmek. Yararsız düşmanca tutum, davranış ve dilden kaçınmayı ve bunlara karşı koymayı bilmek.
23. Arabuluculuk taraflarının görüştüğü biçimde anlaşma tutanaklarını kaleme alabilmek.
24. Anlaşma tutanakları ve prosedürel seçenekleri anlayabilmek ve yorumlayabilmek.
25. Arabuluculuktan doğan anlayış ve ivmeyi kullanarak, arabuluculuğun anlaşmasız sonuçlanmasını önleyecek biçimde, problem çözmeyi veya anlaşmayla sonuçlanmayı destekleyebilmek.

Uygulamalı Beceri Gerekleri

Arabuluculukta etkili taraf vekilliği için aşağıdaki uygulamalı beceri alanlarına sahip olmak gerekir. Bu liste, sonlu veya zorunlu değildir; sadece rehber olarak sunulmaktadır. Beceri değerlendirmelerini tasarlamaya yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

1. Arabuluculuk Öncesi Aşama**A. Tanı koyma ve süreç seçimi**

- i. Çatışma tanısı, çatışma tırmanma/tırmanmayı azaltma modelleri dahil.
- ii. Tarafsız üçüncü kişinin çatışmaya ne zaman değer katabileceğini anlamak ve o değer kalitesini değerlendirmek. Bu anlayışı ikna edici biçimde müvekkile iletebilmek.
- iii. Uyuşmazlık değerlendirme ve risk analiz metodolojilerini kullanmak.
- iv. Süreçteki ilgili taraflar, paydaşlar ve katılımcıları tespit etmek.
- v. En uygun süreci tespit etmek. Her yöntemin etki, yan etki, avantaj ve dezavantajı, güçlü yönleri ve risklerini değerlendirme becerilerine sahip olmak. Bu anlayışı ikna edici biçimde müvekkile iletebilmek.
- vi. Uygun uyuşmazlık çözüm süreçlerini tasarlamak, ihtiyaca uyarlamak ve uygulamak.
- vii. Hibridler ve diğer süreç tasarım seçeneklerini kullanmayı değerlendirmek.
- viii. Arabuluculuk öncesi analiz.
- ix. Alternatifleri analiz etmek; BATNA, WATNA, PATNA ve RATNA'yı uygulamak ve yorumlamak.
- x. ZOPA'yı[3] belirlemek için normları kullanmaya veya kullanmamaya karar vermek ve bu analizleri kullanmak.
- xi. Zaman çerçevelerini belirlemek.
- xii. Müvekkilin arabuluculuğu kabul etmeye hazır olma düzeylerini anlamak ve müvekkilin kaygılarını etkili biçimde giderebilmek.

B. Süreci açıklığa kavuşturma ve başlatma

- i. Diğer taraflar veya temsilcileri, ve/veya arabuluculuk kurumları ile temas kurmak.
- ii. Tarafların uyuşmazlığı çözmek için normlar, öznel menfaatler ya da ikisinin bileşimini kullanmak isteyip istemediğini, ve hangi normların (varsa) kullanılacağını (örneğin kanunlar, örf, toplum müdahalesi) değerlendirmek.

- iii. Geçmiş, şimdiki veya gelecek olayların önemini, ve uyuşmazlığın çözümü için esas alınmak üzere geçmişe mi yoksa geleceğe mi odaklanmak gerektiğini değerlendirmek.
- iv. Arabuluculuğa konu olacak maddi sorunlardan ayrı olarak, prosedürel konular ve seçenekleri tespit etmek ve çözümlemek, ve ne zaman ve nasıl arabuluculuk yapılacağı hakkında, yeri geldikçe müvekkiller, asli avukatlar, katılımcılar ve ilgili paydaşlara danışmanlık yapmak. Arabuluculuk hedefleri ve sürecini açıklamak.
- v. Diğer tarafın arabuluculuğa doğru düşünce yapısıyla gelmesini sağlamak üzere diğer taraf ile etkili iletişim kurmak.
- vi. Muhtemel yanlış anla(şıl)maları tespit etmek ve gidermek (örneğin, müzakere etmeyi kabul edersek zayıf görünürüz kaygısı gibi).
- vii. Süreç seçim ve tasarımı, lojistiği ve zamanlaması hakkında diğer taraflar, temsilcileri ve arabulucu ile işbirliği ve görüşmeler yapmak. Diğer taraflar ve temsilcileri ile arabulucu seçim kriterlerini belirlemek, işbirliği ve müzakere yapmak, ve uygun olduğu hallerde, her arabuluculuk parametresini tespit etmek, belirlemek ve uygulamak amacıyla birlikte çalışmak.

2. Tarafsız Kişinin Seçimi ve Hazırlık Aşaması

A. Arabuluculuk süreci ve arabulucuyu tespit etmek, müzakere etmek ve seçmek

1) Arabuluculuk süreci ve arabulucu

- i. En uygun arabuluculuk usul, tarz ve yaklaşımını seçmek (örneğin değerlendirici, dönüştürücü, kolaylaştırıcı, anlatımsal, çözüm odaklı, karma, hibrid biçimler, eş-arabuluculuk, ortak oturumlar ve/veya özel oturum temelli), yerelde ve başka yerlerde kullanılan yaygın arabuluculuk yaklaşımlarının değerlendirilmesi dahil.
- ii. Arabuluculuğun dıştan yönetilen mi yoksa öz yönetilen mi olacağına karar vermek. Mahkeme gözetiminde arabuluculuk süreçlerinin özel yönlerini uygulamak.
- iii. Katılımcılar ve arabulucu(lar) ile birlikte çalışarak arabuluculuk anlaşmasına (söz konusu ise) ihtiyacı belirlemek; yer seçmek; katılımcıları tespit etmek; açılış beyanları (söz konusu ise), zaman tahsisi (söz konusu ise), yazılı ön sunumlar (söz konusu ise) kullanmak; arabulucu(lar)ın rol ve kurallarını belirlemek; ortak oturumlar ve/veya özel toplantıların (söz konusu ise) kullanım ve sıklığını görüşmek.

- iv. Bu dava, bu taraflar ve özgül koşullar için en uygun yetkin arabulucu(lar)ı bulmak, seçmek ve atamak.
- v. Eş-arabuluculuğun ne zaman uygun olduğunu, diğer taraf ile işbirliği halinde eş-arabuluculuk ekibi seçmeyi ve toplamayı bilmek.
- vi. Arabuluculuk tarzı ve becerileri dahil olmak üzere, belirli bir dava için uygun arabulucuyu seçmeyi bilmek ve uzman ya da genel uygulamacıya gerek olup olmadığını tespit etmek.
- vii. Süreç seçim ve tasarımı, lojistiği ve zamanlaması hakkında diğer taraflar, temsilcileri ve arabulucu ile işbirliği ve müzakere yapmak.

2) Arabuluculuğu koordine etmenin idari, resmi ve yasal yönleri.

- i. Arabuluculuk anlaşmasını müzakere etmek ve (uygun olduğu hallerde) kaleme almak.
- ii. Diğer taraf veya temsilcilerinin engelleyici veya kaçamaklı davranışlarını yapıcı biçimde aşmak.
- iii. Arabuluculuk hizmeti sağlayıcılar ve meslek kuruluşlarının arabuluculuk hükümleri, arabuluculuk kuralları ve düzenlemeleri, etik rehber ilkeleri, etik kuralları, şikayet mekanizmaları, disiplin süreçleri, hukuki sorumluluk konuları, gizlilik, mahremiyet, katılmayı reddetme, görev yetkisi ve anlaşma yetkileri hakkında danışmanlık yapmak.

B. Hazırlık

- i. Arabuluculuk ekiplerini oluşturmak. Tarafların her birinden katılacakları tespit/müzakere etmek.
- ii. Bilgilendirme stratejisi: Kime ne zaman hangi bilgi verileceğini (ve verilmeyeceğini), gereksinim duyulan bilgiyi belirlemek.
- iii. Geçerli gizlilik kurallarına vakıf olarak, alınıp verilecek gerekli belgeleri tespit etmek.
- iv. Menfaatler ve seçeneklerin açıklanmasını zamanlamak.
- v. Müvekkil ve vekilin rolleri hakkında danışmanlık yapmak.
- vi. Menfaatler ve pozisyonları ayrıştırmak.
- vii. GZFT analizi becerileri (kendi müvekkili ve hipotetik olarak diğer taraf).

- viii. Kendini, müvekkilini ve arabulucuyu hazırlamak.
- ix. Gerekiyorsa, Arabuluculuk Brifingi veya Pozisyon/Katılım Beyanı ve Stratejik Arabuluculuk Temsil Planı hazırlamak.

3. Arabuluculuk Aşaması

A. Gidişatı genel olarak izlemek

- i. Gidişatı izlemek ve sürecin koşullara göre uyarlanmasına gerek olup olmadığını kontrol etmek.
- ii. Arabuluculukta başarı ve başarısızlığın temel faktörlerini bilmek.
- iii. Kendi müvekkili, diğer taraf ve diğer tarafın temsilcisiyle işbirliği yaparak, problem çözme tekniklerine dayalı yapıcı bir sonuca ulaşmayı kolaylaştırmak.
- iv. Müvekkiline mali, vergi, sosyal güvenlik, yasal, itibar, ticari ve diğer menfaatler konusunda danışmanlık yapmak.
- v. Sorunu çözmeye yönelik birden fazla yaklaşım ve seçenek arasında bilgiye dayalı bir seçim yapmak, her yaklaşımı ne zaman önereceğini bilmek (gerektiğinde arabuluculuk sürecini sona erdirmeye veya erdirmeme ve de ne zaman erdirileceği dahil).
- vi. (1) Değer talep etme ve müvekkilin menfaatlerini savunma ile (2) değer yaratma ve katılımcıları anlaşmaya teşvik etme arasında denge kurmak.
- vii. Müvekkilin süreç, kendi rolü, pozisyonunun menfaatleriyle uyumlu olup olmadığı hakkında bilgi edinmesi ve güven kazanmasına yardım edecek şekilde müvekkilin koçu ve "gerçeklik kontrolü" olarak hizmet vermek.
- viii. Arabulucu ile işbirliği yapmak; arabulucuya görev vermek; arabulucunun müvekkilin temel menfaatlerini anlamasını sağlamak ve arabuluculuk sürecini tüm tarafların perspektifinden yapıcı biçimde tasarlamak ve uygulamak.

B. Açılış beyanları ve gündem oluşturma

- i. Tarafları tanıştırmak ve verimli bir arabuluculuk süreci için yapıcı koşulları oluşturmak. Menfaatler, tartışma konuları, alınıp verilecek bilgiler ve aşılabacak muhtemel açmazları tespit etmek.
- ii. Gündemi belirlemek, zamanı ve beklentileri yönetmek.

- iii. Uygun olduğu hallerde, arabuluculuk tarzı veya müzakere yaklaşımına uygun olarak etkili açılış beyanları hazırlamak ve sunmak için müvekkile koçluk yapmak. Kullanımı en etkili olacak açılış beyanı türü ve tarzını (örneğin tartışmacı, iknacı, açıklayıcı, anlatımcı vs.), nelerin dahil edileceğini ve nelerin edilmeyeceğini anlamak ve, muhtemelen, daha etkili olaksa resmi beyanları daha sonraya bırakmayı veya tümünden iptal etmeyi önermek. Açılış beyanını kimin sunacağına karar vermek.
- iv. Olguları özetlemek ve diğer tarafın, diğer taraf temsilcisinin veya arabulucunun sorularını cevaplamak suretiyle bilgi alışverişini desteklemek.
- v. Diğer tarafın açılış beyanını yorumlamak; temel bilgiler, menfaatler, fırsatlar ve engelleri tespit etmek.

C. Keşif

- i. Etkili müzakere yaklaşımları oluşturmak; ilk teklifler, paket anlaşmalar, taviz stratejileri ve müzakere tekniklerini açıklamak.
- ii. Menfaatleri ortaya çıkarmak ve pozisyonlar ile menfaatleri ayırtmak.
- iii. Aktif dinleme, yeniden kurgulama gibi iletişim becerileri ve pozisyonel olmayan iletişim becerilerini uygulamak.
- iv. Duygular, sosyal ve statü konuları, uluslararası ve kültürel unsurları anlamak ve ele almak, bu anlayışı taraflara iletmek.
- v. Açmazları tespit etmek, analiz etmek ve ele almak; açmazları aşmak ve bu konularda müvekkili ve arabulucuyu nasıl destekleyeceğini bilmek.
- vi. Müvekkilin, mevcut fırsatlar ve seçeneklerle bağdaştırılması zor olabilecek talimatını ele almak ve tutarsızlıkları gidermek.
- vii. Gizlilik ile uyumsuzluğun çözülmesi için gereken bilgiyi verme gereksinimi arasında denge kurmak ve olabilecek en iyi sonuca ulaşmak.
- viii. Zorlu taraflar, taraf temsilcileri, müvekkiller veya uygunsuz arabulucular ile uğraşmak. Açmazları aşmak için arabulucu, diğer taraflar ve temsilcileri ile çalışabilmek.
- ix. Müvekkilin ve diğer tarafın beklentilerini yönetmek için gerçeklik testi tekniklerini uygulamak.

- x. Özel oturum, mola verme, ara verme, özel müvekkil toplantısı, ortak oturum, yer değiştirme, müzakere ekibi üyelerini değiştirme vs.yi istemek için doğru zamanı tespit etmek ve arabulucu ile işbirliği yapmak.
- xi. Özel oturum:
 - a. Özel oturumun etik kurallara uygun olarak ve gizlilik içinde yapılmasını sağlamak.
 - b. Uyuşmazlığı çözmede faydalı olacak bilgileri sağlamak için müvekkil ve arabulucu ile birlikte çalışmak.
 - c. Arabulucu ile birlikte seçenekleri keşfetmek.
 - d. Arabulucu ile pozitif ve yapıcı geribildirim alışverişi istemek ve yapmak.
 - e. Muhtemel sonuçları yaratmak, ortaya koymak ve/veya savunmak için normların muhtemel kullanımını tespit etmek üzere arabulucu ile birlikte çalışmak.

D. Seçenek üretmek ve müzakere

- i. Sınırsız ihtimallere etkili biçimde tepki göstermek ve bunları değerlendirmek üzere müvekkili hazırlamak.
- ii. Menfaatler ve seçenekler yaratmak, önceliklendirmek.
- iii. Uygun olduğu hallerde, müvekkilin etkili bir müzakereci olmasına yardım etmek (problem çözme, menfaat temelli, pozisyonel vs.).
- iv. İlk/açılış tekliflerini hazırlamak.
- v. İlk/açılış tekliflerine cevap vermek.
- vi. Daha fazla tartışılacak konuları ve alışverişi yapılacak bilgileri belirlemek.
- vii. Arabulucunun özel oturumda önerilen seçenekleri doğru biçimde sunmasını ve gizliliği korumasını sağlamak.
- viii. Seçenekler üretmek, geliştirmek, üzerinde beyni fırtınası yapmak ve gerçeklik testine tabi tutmak için diğer taraf, müvekkil ve arabulucu ile birlikte çalışmak.
- ix. Arabuluculuk süreci seçiminin bağlamsal olarak gerektirdiği üzere, müzakere süreçleri, taraf ve katılımcı dinamiklerini kullanmak.
- x. Karşılıklı kabul edilebilir normlar veya referans kriterleri oluşturmak.
- xi. Seçeneklerin olurluğu ve uygulanma imkanını değerlendirmek için nesnel ve ölçülebilir kriterler tespit etmek.

- xii. Pozisyonel taktiklere tepki vermek.
- xiii. Uygun olduğu hallerde, gerçeklik testi ve/veya değerlendirici geribildirim için arabulucudan yararlanmak.
- xiv. Tarafları desteklemesi ve öncülük etmesi ve/veya tarafların teklif veya cevaplarını hazırlamalarına yardım etmesi için arabulucudan yararlanmak.
- xv. Engelleri tespit etmek ve aşmaya çalışmak; arabulucunun desteğini almak.
- xvi. Beklenmedik sürprizlerle veya tutarsız müzakere tarzlarıyla uğraşmak.
- xvii. İvmeyi sürdürmek ve karar süreci yorgunluğu ile başa çıkmak.
- xviii. Tepkisel değersizleştirme ile başa çıkmak.
- xix. Doğrulama sapması olup olmadığını kontrol etmek.
- xx. Niyet ve saikleri açıklığa kavuşturmak.
- xxi. Kaydedilen ilerlemeye ve diğer katılımcıların davranışına göre iletişim tarzlarını ve stratejilerini uyarlamak.

4. Kapanış ve Uygulama Aşaması

A. Kapanış

- i. Koşulların elverdiği en iyi ve yapılabilir sonuçları elde etmek.
- ii. Arabuluculuğu sona erdirmeye veya çekilme konularında karar vermek.
- iii. Nihai teklifleri hazırlamak.
- iv. Nihai tekliflere cevap vermek.
- v. Eksik anlaşmalar veya uzlaşamama ile başa çıkmak.
- vi. Arabulucudan öneri isteme veya istememe, istenecekse nasıl isteneceği konularında karar vermek.
- vii. Pozitif ivmeyi sürdürmek ve açık kapı bırakmak.
- viii. Ortak veya tek tarafa ait iletişim stratejileri oluşturmak, muhtemel bildirim veya itibar etkilerini ele almak.
- ix. Arabuluculuğun kapsamlı, maddi, açıkça anlaşılır, geçerli ve uygulanabilir bir anlaşmayla (mümkün olduğunca SMART[4] olan) sonuçlanmasını kolaylaştırmak, taraflar arasındaki ilişkileri arzu edildiği biçimde muhafaza etmek.

- x. Arabuluculuğu son aşamasında yeni sorunlar çıkacak olursa, bu sakıncaları gidermek.
- xi. Anlaşmanın başarıyla uygulanmasını desteklemek için yapıcı ve samimi atmosferi sürdürmek (kapıyı ve iletişim kanallarını açık tutmak).
- xii. Uygun olduğu hallerde, kamuya demeçler ve olası Soru-Cevapların hazırlanmasına yardım etmek.
- xiii. Uygun olduğu hallerde, kısmi anlaşmaları ele almak ve beklenmedik durumları yönetmek.
- xiv. Paralel olarak yürütülen adli, idari, tahkim ve diğer işlemlerle uğraşmak.
- xv. Kapanış belgeleri ve törenlerini (söz konusu ise) yapmak.
- xvi. Gerekiyorsa, aynı veya farklı arabulucu(lar) ile ilave arabuluculuk oturumlarını, bunların ne zaman ve nerede yapılacağını planlamak.
- xvii. Muhtemel nihai prosedürel seçenekler, hibridler ve önerileri değerlendirmek.
- xviii. Uyuşmazlıkların tümünün tek arabuluculuk faaliyetinde doğrudan çözümlenmeyeceğini anlamak; pozitif ivmeyi sürdürmek için olası sonraki adımları tespit etmek; gelecekte uygun olduğu zamanda, konuyu yeniden ele almak ve anlaşmak için planlama yapmak.

B. Uygulama

- i. Muhtemel uygunluk ve uygulanabilirlik gereklerini değerlendirmek.
- ii. Anlaşma Onay/Tomlin (durdurma) Kararlarının ve, uygun ve mümkün olduğu hallerde, uymayı sağlama vasıtalarını bilmek.
- iii. Uygunluğu izlemek ve anlaşma sonrası konuları ele almak.
- iv. Arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmaya yönelik olarak iyiniyetli yaklaşımı sürdürmek ve muhtemel sürprizlerle başa çıkmak.
- v. Çözümlemeden kalmış olabilecek anlaşma sonrası konuları ele almak ve sonuçlandırabilmek.
- vi. Nihai anlaşma formaliteleri ve muhtemel diğer dokümantasyon işlerini ele almak.

- vii. Anlaşmanın uygun biçimde mahkeme veya divan tarafından tanınmasını (örneğin, anlaşma onay kararı vs.) sağlamak.

Değerlendirme Programları - Maddi Kriterler

SCMA, her türlü profesyonel uygulama, eğitim veya meslek kurumunu, buradaki standartları karşılayan Arabuluculuk Taraf Vekilliği Değerlendirme veya Akreditasyon Programı hazırlamaya davet eder. SCMA tarafından onaylandıktan sonra, bu türden bir program kapsamında değerlendirmeyi geçen meslek mensupları SCMA sertifikasyonu için uygun kabul edilir ve, SCMA'nın tescil ve üyelik koşullarına tabi olarak, SCMA Sicili'ne kaydedilir.

1. Genel Gerekler

A. Metodoloji

Tüm Arabuluculuk Taraf Vekilliği programları, her başvuru sahibinin performansının, buradaki maddi standartların her birini karşılayıp karşılamadığını değerlendiren bir değerlendirme metodolojisi uygulamalıdır.

Değerlendirmeler; yazılı materyal, rol oynama veya iş başında değerlendirme, diğer uygun yöntemler veya bunların herhangi bir bileşimine dayalı olabilir ve İnternet tiyatro oyunu, öz değerlendirme, mülakat, akran değerlendirmesi, kullanıcı geribildirimi ve diğer uygulamalı beceri değerlendirmeleri gibi videoya kaydedilen ve çevrimiçi değerlendirmeleri içerebilir.

B. Şeffaflık

Maddi kriterler (yani, program için uygulanan değerlendirme kıyaslama ölçütleri) yayınlanmalı ve hem adaylar, hem aday olmayı düşünenler hem de SCMA tarafından erişime açık olmalıdır.

C. Dürüstlük

Her değerlendirci, arabuluculuk müvekkilleri temsil etme ve/veya arabuluculuk taraf vekilliği becerilerini öğretme/değerlendirme deneyimine sahip olmalı; ve tercihen bu amaç için kurulmuş, tayin edilen bir meslek kuruluşunun veya Arabuluculuk Değerlendiricileri, Eğiticileri ve Öğreticileri Derneği'nin üyesi olmalıdır.

D. Programın sürekli izlenmesi

Program, hem eğiticiler hem de değerlendiricilerin performans ve uygulamalarının sürekli izlenmesine yönelik bir süreç içermelidir. SCMA, sürdürülebilir bir kalite kontrol sistemini muhafaza etmek için tanınmış tüm program düzenleyicileri ile yakın irtibat halinde olacaktır.

E. Çeşitlilik

Program; mesleki üyelik, cinsiyet, ırk, etnik köken, yaş, din, cinsel yönelim veya diğer kişisel özelliklere bakılmaksızın, eşitlik esasıyla tüm başvuranlara açık olmalıdır. Bu ilke, her program sağlayıcı tarafından adaylara ve aday olmayı düşünenlere açıkça ifade edilmelidir.

2. Standartların Değerlendirilmesi

SCMA Arabuluculuk Taraf Vekilliği sertifikasyonu için nitelikleri karşılayan adayları değerlendiren ve akredite eden her program, tüm başvuru sahipleri bakımından aşağıdaki asgari maddi kriterleri karşılamalıdır:

A. Arabuluculuk süreci deneyimi

Program, başvuru sahiplerinin en az beş arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuk danışmanı/ taraf vekili olarak deneyime sahip olduklarını programdaki değerlendiricileri tatmin edecek biçimde göstermelerini sağlayan bir metodoloji içermelidir.

İstisnalar:

Faal Arabulucular – En az 10 davada/200 saat, ücretli tek arabulucu olarak faaliyet göstermiş olan arabulucular

B. Arabuluculuk taraf vekilliği bilgisi

Program, genel arabuluculuk taraf vekilliği teorisi ve pratiğine ilişkin güçlü bir kavrayış sergileyen adayları belirlemeye yönelik metodoloji içermelidir. Anılan bilgi düzeyini belirlemek için yazılı test, yazılı sınav, rapor, tez ve mülakatlar kullanılabilir. Başvuru sahiplerinin, yukarıda belirtilen temel yetkinlik bilgileri listesinden veya konuya ilişkin önde gelen ders kitaplarından alınan Arabuluculuk ve Arabuluculuk Taraf Vekilliği teorisinde test edilmesi ve kapsamlı bir anlayış sergilemesi beklenmektedir.

C. Uygulamalı arabuluculuk taraf vekilliği becerileri

Program, üst düzeyde arabuluculuk taraf vekilliği yetkinliğini kanıtlayan çeşitli kıyaslama ölçütlerine karşı arabuluculuk taraf vekilinin performansının değerlendirilmesine ilişkin metodoloji içermelidir. Değerlendirilen kıyaslama ölçütleri, yazılı materyal, rol oynama veya iş başında değerlendirme, diğer uygun yöntemler veya bunların herhangi bir bileşimine dayalı olabilir ve İnternet tiyatro oyunu, öz değerlendirme, mülakat, akran değerlendirmesi, kullanıcı geribildirimi ve diğer uygulamalı beceri değerlendirmeleri gibi videoya kaydedilen ve çevrimiçi değerlendirmelere dayanabilir. Metodoloji, yukarıda verilen SCMA'nın tüm temel uygulamalı beceri bölümleri ve alt bölümlerini kapsayacak ve başvuru sahibinin Arabuluculuk Taraf Vekili olarak üst düzeyde yetkinlik gösterdiğini kanıtlamaya yetecek ayrıntıda olacaktır. Ancak, listelenen tüm ayrıntılı SCMA temel uygulamalı becerilerinin aynı derinlikte değerlendirilmesi beklenmemektedir ve programlar, listelenmemiş olan diğer uygulamalı becerileri değerlendirmede serbest olacaktır.

3. Adlandırma (Nomenklatür) – Arabuluculuk Taraf Vekili/Arabuluculuk Danışmanı

Arabuluculuk, adli veya diğer yargılayıcı süreçlerin bir parçası olarak yapılması zorunlu olmayan, kolaylaştırılmış bir müzakere biçimidir. Arabuluculuk yargı dışı bir süreç olduğundan, arabuluculukta uyuşmazlık taraflarına danışmanlık yapan, temsil eden ve yardım eden profesyonellerin tümünün hukuki niteliklere sahip olmaları zorunlu değildir.

Birçok ülkede, "taraf vekili" tabiri ve kelimenin dilsel eşdeğerleri, nitelikli bir hukukçu olan kişiyi gösterir veya kasteder ve hukuki niteliklere sahip olmayan kişi tarafından kullanılmamalıdır (bazı durumlarda kullanılamaz). Bazı ülkelerde ise, bu türden çağrışım yoktur. Bu nedenle, adlandırma büyük ölçüde yargı yetkisi alanına özgü bir konudur.

Ayrıca, arabuluculuğun bazı taraftarları ise, "arabuluculuk taraf vekili" tabirinin bir tezat olduğunu, çünkü arabuluculuğun düşmanca bir süreç olmaması gerektiğini düşünür. Bu tabir, referans kolaylığı için, ve arabuluculuk camiasında bulunan, ancak asli işlevleri, müvekkillerine uyuşmazlıklarını geleneksel düşmanca sistemde çözümlemelerine yardım etmek olan profesyonellerin büyük kısmını belirtmek üzere kullanılmaktadır.

Bir program, Arabuluculuk Taraf Vekili veya Arabuluculuk Danışmanı unvanlarından hangisinin değerlendirmede başarılı olan adaylara verileceğini açıkça belirtmelidir.

Notlar

[1] Bu kriterlerde, referans kolaylığı açısından, Arabuluculuk Taraf Vekilliği tabiri kullanılmıştır. "Arabuluculuk Taraf Vekili" ve "Arabuluculuk Danışmanı" adlarının uygun kullanımına ilişkin özel rehberlik için Bölüm 3'e bakınız.

[2] BATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif

WATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En Kötü Alternatif

PATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya Muhtemel Alternatif

RATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya Gerçekçi Alternatif

[3] ZOPA = Potansiyel Anlaşma Bölgesi.

[4] SMART = Özgül, Ölçülebilir, Kabul Edilebilir, Gerçekçi ve Zamana Bağlı.

Ek VI.

IMI Olé! Dava Analiz ve Değerlendirme Aracı

[IMI logo]
International Mediation Institute [Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü]
www.IMImediation.org

Olé!

Dava Analiz ve Değerlendirme Aracı

Olé! muhtemel riskleri, belirsizliği, zaman ve maliyeti de azaltarak, takip edilecek en iyi yolu belirlemek amacıyla belirli uyuşmazlıkları analiz etmeniz ve değerlendirmenizde size yardımcı olacak bir süreçtir.

- Olé! uyuşmazlık tarafları ve hukuk danışmanı tarafından kullanılabilir.
- Olé!'nin kullanılması kolaydır.
- Olé! doğru soruları sorar ve kısa cevaplar verilmesini teşvik eder.

Olé! ayrıca çevrimiçinde de doldurulabilir: www.imimediation.org/ole

Olé!'nin tüm bölümlerini doldurmak zorunlu değildir ve zorunlu bölümü yoktur.

Olé! belirli bir davanın geçmişini ve geleceğini değerlendirmek, her uyuşmazlık için en iyi yönetim stratejisini belirlemek için mükemmel bir araçtır.

Olé! neleri içerir

1. Uyuşmazlığa ilişkin Temel Olgular

Temel olgular, tarafların her birinin hem resmi olarak hem de kayıtlara girmemek üzere ileri sürdüğü talepler ve aldığı pozisyonları özetleme fırsatı; dava sonucunda hangi paydaşların en çok kazanacağı veya kaybedeceğini, ve uyuşmazlığın ne kadar tırmandığını değerlendirme fırsatı.

2. Dava Analizi

Geçmişteki ve şimdiki pozisyonlarından ayrı olarak her iki tarafın gelecekteki menfaatlerini analiz etmek ve her iki taraf için geçmiş ve gelecekteki maliyetlere odaklanma aracı.

3. Strateji Analizi

Uyuşmazlığın ardındaki stratejiyi etkileyebilecek bir dizi soru.

4. Mali Kayıp Analizi

Uyuşmazlıkta her tarafın ileri sürdüğü taleplerin mali etkisini değerlendirmek için basit bir yöntem.

5. GZFT Analizi

Her taraf için güçlü yönler, zayıf yönler, fırsatlar ve tehditlerin değerlendirilmesi.

6. BATNA, WATNA ve PATNA'lar

Uyuşmazlık anlaşma ile sonuçlanmaz ise en iyi, en kötü ve muhtemel sonuçların tespit edilmesi.

7. Geleceğe Dönük Seçenekler

Uyuşmazlıkta gelecek için izlenecek alternatif yolların nispi çekiciliğini karşılaştıran karne.

8. Geleceğe Dönük Stratejinin Özeti

Olé! analizine dayalı olarak, her uyuşmazlık için geleceğe dönük stratejiyi birkaç sözle özetleme ve eylem adımları ve bunları uygulama seçeneklerini tespit etme fırsatı.

9. Sürekli Gözden Geçirme

Belirli tetikleyici olaylara bağlı olarak stratejiyi yeniden değerlendirme seçeneği.

10. Performans Ölçümü

Başarının nasıl ölçüleceğinin tespit edilmesi.

1. Temel Olgular

1.1 Uyuşmazlığın tanımı

1.2 Uyuşmazlığın değeri

1.3 İlgili ülkeler

1.4 Taraflar arasında bugüne kadar yapılan iletişimin ölçüsü (nitelik/miktar olarak)

1.5 Bizim tarafın bugüne kadar resmi olarak ileri sürdüğü başlıca talepler / aldığı pozisyonlar

1.6 Bizim tarafın kayıtlara girmemek üzere aldığı pozisyonlar / yaptığı teklifler

1.7 Diğer tarafın bugüne kadar resmi olarak ileri sürdüğü başlıca talepler / aldığı pozisyonlar

1.8 Diğer tarafın kayıtlara girmemek üzere aldığı pozisyonlar / yaptığı teklifler

1.9 Bu uyuşmazlıkta bizim başlıca paydaşlarımız (Uyuşmazlığın sonucunda kimin en çok kazanacağı/kaybedeceği, hem içeride hem de dışarıda kimin engel çıkarabileceği veya engelleri kaldırabileceğini değerlendirin).

1.10 Uyuşmazlık, Tırmanma Merdiveni'nde hangi aşamaya ulaştı? [Dipnot 1]

1.11 Başka önemli düşünceler? [Dipnot 2]

2. Dava Analizi

2.1 Bizim geçmişteki ve şimdiki pozisyonlarımızdan ayrı olarak, şimdiki ve gelecekteki menfaatlerimiz, kaygılarımız, gereksinimlerimiz ve saiklerimiz.
[Dipnot 3]

Pozisyonlarımız...

Menfaatlerimiz...

2.2 Diğer tarafın geçmişteki ve şimdiki pozisyonları ve şimdiki ve gelecekteki menfaatleri, kaygıları, gereksinimleri ve saiklerine ilişkin tahminimiz

Diğer tarafın pozisyonları...

Diğer tarafın menfaatleri...

2.3 Her iki tarafın şimdiki ve gelecekteki menfaatleri, kaygıları, gereksinimleri ve saiklerinin karşılaştırılması

Diğer taraf...

Diğer taraf ...

2.4 Bizim bugüne kadar hukuki ve uzman ücretleri ve giderlerimiz

2.5 Bizim bugüne kadar hukuka ilişkin olmayan giderlerimiz

2.5.1 Bu uyuşmazlıkta yönetim zamanı maliyeti

2.5.2 Kaybedilen fırsatların maliyeti

2.5.3 Parayı diğer amaçlarla kullanamamaktan doğan maliyet

2.5.4 Diğer muhtemel gizli maliyetler

2.6 Diğer tarafın bugüne kadar hukuki ve uzman ücretleri ve giderlerine ilişkin tahminimiz

--

2.7 Diğer tarafın bugüne kadar hukuka ilişkin olmayan giderlerine ilişkin tahminimiz

2.7.1 Bu uyuşmazlıkta yönetim zamanı maliyeti

2.7.2 Kaybedilen fırsatların maliyeti

2.7.3 Parayı diğer amaçlarla kullanamamaktan doğan maliyet

2.7.4 Diğer muhtemel gizli maliyetler

2.8 Bizim gelecekte hukuki ve uzman ücretleri ve giderlerimize ilişkin tahminimiz**2.9 Bizim gelecekte hukuka ilişkin olmayan giderlerimize ilişkin tahminimiz**

2.9.1 Bu uyuşmazlıkta yönetim zamanı maliyeti

2.9.2 Kaybedilen fırsatların maliyeti

2.9.3 Parayı diğer amaçlarla kullanamamaktan doğan maliyet

2.9.4 Diğer muhtemel gizli maliyetler

2.10 Diğer tarafın gelecekte hukuki ve uzman ücretleri ve giderlerine ilişkin tahminimiz

2.9.1 Bu uyuşmazlıkta yönetim zamanı maliyeti

2.9.2 Kaybedilen fırsatların maliyeti

2.9.3 Parayı diğer amaçlarla kullanamamaktan doğan maliyet

2.9.4 Diğer muhtemel gizli maliyetler

2.11 Diğer tarafın gelecekte hukuka ilişkin olmayan giderlerine ilişkin tahminimiz

2.11.1 Bu uyuşmazlıkta yönetim zamanı maliyeti

2.11.2 Kaybedilen fırsatların maliyeti

2.11.3 Parayı diğer amaçlarla kullanamamaktan doğan maliyet

2.11.4 Diğer muhtemel gizli maliyetler

3. Strateji Analizi

3.1 Bu uyuşmazlık için yürütülen bir strateji var mı?

3.2 Strateji zaman içinde değişti mi?

3.3 Müzakereler (şimdiye kadar) ne ölçüde pozisyonel oldu?

3.4 Müzakereler (şimdiye kadar) ne ölçüde menfaat temelli oldu?

3.5 Gündemi (şimdiye kadar) hangi taraf belirledi?

3.6 İşin başındakiler arasında (şimdiye kadar) kaç kez görüşme oldu?

3.7 Niçin başarılı olamadılar?

3.8 Onların başarısızlığına siz nasıl katkıda bulunmuş olabilirsiniz?

3.9 Sizce, diğer tarafın niyeti nedir?

3.10 Sizce, diğer taraf sizin niyetinizi nasıl okuyor?

3.11 Ne bakımdan mağdursunuz?

3.12 Diğer taraf ne bakımdan kötülük yapıyor/sizin değerlerinize aykırı davranıyor?

3.13 Diğer taraf ne bakımdan mağdur?

3.14 Siz ne bakımdan kötülük yapıyor/kendi değerlerinize aykırı davranıyorsunuz?

3.15 Diğer tarafın değerleri nelerdir?

3.16 Diğer taraftan neler beklediniz?

3.17 Sizce, diğer taraf sizden neler bekledi?

3.18 Her tarafın stratejisi, taraflar arasındaki ilişkiyi nasıl etkiledi?

4. Mali Kayıp Analizi

4.1 Hem kendiniz hem de diğer taraf için kayıpların nasıl hesaplandığını aşağıdaki tabloda gösterin.

Tazminatların hesaplanma biçimi, yargı yetkisi alanları arasında farklılık gösterebilir. Tazminat miktarı, uygulanacak teoriye ve destekleyen kanıtlara bağlı olarak büyük farklılık arz edebilir. Miktarın belirlenmesi bazen, yargılamada oldukça geç aşamalara, hukuki sorumluluk konularının karara bağlanmasından sonraya bırakılır. Ancak bu, yargılama giderlerinin elde edilebilecek tazminata göre orantısız olabileceği, tatminkar olmayan durumlara yol açabilir. Tazminatın talep edilmesinde kullanılacak muhtemel teorik dayanakların erken aşamada anlaşılması ve tazminatın yaklaşık olarak hesaplanması, başlangıçta daha çatışma ortaya çıkar çıkmaz yapılması gereken önemli işlerden biridir. Bu hesaplamalar, dava boyunca sürekli olarak gözden geçirilmelidir. Aşağıdaki çizelgeyi doldurun:

Mali Kayıp Analizi	Bizim taraf	Diğer taraf
Eski haline getirme tazminatı		
Beklenti tazminatı		
Haksız zenginleşme tazminatı		
Endüstriye özgü normlar		
Varsa ilave çarelerin değeri		
Gerçekçi olarak en iyi talep nedir?		

5. GZFT Analizi

5.1 Bizim başlıca güçlü yönlerimiz

5.2 Bizim başlıca zayıf yönlerimiz

5.3 Bizim başlıca fırsatlarımız

5.4 Bizim devamıza başlıca tehditler

5.5 Diğer tarafın başlıca güçlü yönleri

5.6 Diğer tarafın başlıca zayıf yönleri

5.7 Diğer tarafın başlıca fırsatları

5.8 Diğer tarafın davasına başlıca tehditler

5.9 Şimdi bunları bir çizelge halinde özetleyin:

Bizim için GZFT Analizi

Olumlu	Olumsuz
Güçlü yönler:	Zayıf yönler:
Fırsatlar:	Tehditler:

Diğer taraf için GZFT Analizi

Olumlu	Olumsuz
Güçlü yönler:	Zayıf yönler:
Fırsatlar:	Tehditler:

6. BATNA, WATNA ve PATNA'lar

Etkili müzakereciler ve uyuşmazlık stratejistleri BATNA, WATNA ve PATNA'ları değerlendirir.

BATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En İyi Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en elverişli gerçekçi senaryo (örneğin, davada tüm önemli noktaları kazanırız);

WATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya En Kötü Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en az elverişli gerçekçi senaryo (örneğin, davada tüm önemli noktalarda kaybederiz);

PATNA = Müzakereyle Erişilen Anlaşmaya Muhtemel Alternatif; yani, anlaşma olmadığında olabilecek en muhtemel gerçekçi senaryo (örneğin, mahkeme veya divanın vermesi muhtemel karar).

6.1 Kendi BATNA, WATNA ve PATNA'larınızı hipotetik olarak dört düzeyde değerlendirin:

- Kesin hüküm veya karara ulaşmak için geçecek süre (yani, tüm muhtemel temyiz ve taktik geciktirmeleri dikkate alarak).
- Kesin hüküm veya karara ulaşmak için yüklenilecek toplam maliyet.
- Kesin hüküm veya karar ne olur? Yani, nihai sonuç?
- O sonucun getirdiği sonuçlar ne olur?

6.2 Ardından, karşı tarafın BATNA, WATNA ve PATNA'larını aynı dört düzeyde değerlendirin.

6.3 Bunları aşağıdaki çizelgeye girin:

		Bizim taraf	Diğer taraf
BATNA'lar	Süre		
	Maliyet		
	Hüküm/Karar		
	Sonuçlar		
WATNA'lar	Süre		
	Maliyet		
	Hüküm/Karar		
	Sonuçlar		
PATNA'lar	Süre		
	Maliyet		
	Hüküm/Karar		
	Sonuçlar		

7. Geleceğe Dönük Seçenekler

Olé!’nin 1 ila 6ncı bölümlerini tamamladıktan sonra, aşağıdaki seçeneklerin her birini PATNA’ya ulaşmak için göreceli çekiciliği bakımından puanlayın: 1= en düşük, 5= en yüksek. Risk, zaman, maliyet gibi uygulamadaki hususları hatırdan tutun. Ayrıca, elde edilen sonuçların uygulanabilirliğini de değerlendirin; özellikle müzakereyle ve arabuluculuk yoluyla varılan anlaşmalar genellikle sözleşmeseldir ve hukuki olarak bağlayıcı ve uygulanabilir hüküm veya karar haline dönüştürülebilir.

Geleceğe dönük tüm seçeneklerin birleştirilebilir olduğuna dikkat edin. Uyuşmazlık çözümünde hibrid biçimler hakkında daha fazla bilgi için bakınız: <http://www.imimmediation.org/hybrids>

Seçenek	Puan				
	1	2	3	4	5
Müzakere (işbirliği hukuku dahil)					
Tarafsız gerçekleri araştırma					
Kolaylaştırıcı arabuluculuk					
Değerlendirici arabuluculuk					
Mini yargılama					
Tahkim					
Dava açma					

Tarafların bizzat müzakere yapması. Tarafsız kişi katılımı yoktur; taraflar doğrudan kendi aralarında müzakere eder. Bazı müzakerelerde İşbirlikçi Uygulayıcılar olarak avukatlar kullanılır; yani, müzakereler anlaşma ile sonuçlanmaz ve uyuşmazlık mahkemeye veya tahkime götürülürse, bu uygulayıcılar bir kenara çekilir ve uyuşmazlık tarafları, davalarını sürdürmek için diğer hukuk firmalarını kullanmak zorundadır.

Tarafsız gerçekleri araştırma, davanın merkezinde yer alan, uyuşmazlık konusu olguları incelemek üzere uzmanlığı olan tarafsız bir üçüncü kişiyi kullanır. Genellikle anlaşma sürecinde bir adımdır.

Kolaylaştırıcı arabuluculuk, tarafların mutabık olduğu ve çözüm empoze etme yetkisi olmayan tarafsız üçüncü kişinin, tarafların menfaatlerini ortaya çıkarmalarına ve tarafların öznel ve gelecekteki menfaatlerine dayalı olarak karşılıklı kabul edilebilir anlaşmaya ulaşmalarına yardım ettiği, bağlayıcı olmayan, gönüllü ve yardımcı müzakere sürecidir. Kolaylaştırıcı arabuluculuk hakkında daha fazla bilgi için bakınız: www.IMImmediation.org.

Değerlendirici arabuluculuk (bazen uzlaştırma veya bağlayıcı olmayan tahkim denir), tarafların mutabık olduğu ve çözüm empoze etme yetkisi olmayan tarafsız üçüncü kişinin, belirli normları (örneğin, yürürlükteki sözleşme hukuku) kullanarak bir sonuca ulaşılabilmesi için dayanak olacak nesnel parametreleri tarafların anlamasına yardım ettiği, bağlayıcı olmayan, gönüllü ve yardımcı müzakere sürecidir. Değerlendirici arabuluculuk hakkında daha fazla bilgi için bakınız: www.IMImmediation.org.

Mini yargılama, tarafların avukatlarının, her tarafın üst düzey yöneticileri ve tarafsız kişiden oluşan bir kurula tarafların davalarını sunmasını içerir. Tarafsız kişi, sorunların açıklığa kavuşturulmasını ve davanın değerlendirilmesini sağlar.

Tahkim, davanın özel bağlamda (/kamu şemsiyesi dışında), tarafların atadığı tarafsız kişiler kullanılarak, tahkim kuruluşunun kuralları veya tarafların mutabık olduğu kurallara göre görülmesidir. Ağır hata veya yanlışlıklar dışında, bu sürecin normalde temyizi yoktur.

Dava açma/çekişmeli yargılama, resmi davalarda uyuşmazlıkları ve çatışmaları çözmenin geleneksel yöntemidir. Ulusal mahkeme sistemleri ve kamu görevlileri veya hakim statüsüne ulaşmış eski avukatları kullanmayı içerir. Mahkemelerin kararları temyiz edilebilir ve tarafların ayrılmayacağı usul kurallarına sahip olabilirler.

8. Geleceğe Dönük Stratejinin Özeti

Bu uyumsuzluk için tercih edilen geleceğe dönük stratejiyi özetleyin.

Bu stratejiye dayalı olarak, stratejiyi uygulamak için ne gibi eylemlerin, kim tarafından, ne zaman ve ne gibi maliyet tahditleri çerçevesinde uygulanması gerekiyor? Aşağıdaki çizelgeyi doldurun:

Eylem	Uygulayıcı	Tamamlanacağı Tarih	Azami Bütçe

9. Sürekli Gözden Geçirme

Dava stratejisini yeniden gözden geçirmek için en uygun zamanları belirtin. Aşağıdaki çizelgeyi doldurun:

Tetikleyici Olay / Gözden Geçirme Tanımı	Gözden Geçirme Tarihi

10. Performans Ölçümü

Başarının ölçülmesine gelecekte hangi dönüm noktalarının katkıda bulunacağını belirtin. Örneğin:

- Maliyetleri belirli bir düzeyin altında tutmak?
- Kabul edilebilir koşullarda anlaşmaya varmak?
- Belirli bir tarihe kadar anlaşmaya varmak?
- Diğer avantajlar elde etmek (belki de bu uyumsuzluğun kapsamı dışında)?
- Tanımlanmış iş hedeflerini gerçekleştirmek?
- Taraflar arasındaki ilişkileri iyileştirmek?

Aşağıdaki çizelgeyi doldurun:

Dönüm noktası	Ölçüler

Olé! dava analiz ve değerlendirmeniz tamamlandı.

Kullanım deneyimleri ışığında Olé!’yi daima ileriye götürmek istiyoruz. Geribildirim ve önerilerinizi IMI Operasyonlar Müdürü Emma Ewart’a Emma.Ewart@IMImediation.org e-posta adresinde iletiniz. Her türlü görüş ve yorumunuz memnuniyetle karşılanacaktır ve Olé!’nin gelecekteki kullanım ve kullanıcılarına fayda sağlayacaktır.

Dipnotlar

[1] Bölüm 1.10

Glasl Çatışma Tırmanma Merdiveni

Kontrol kaybı	9. Karşılıklı imha felaketi	Kaybet-kaybet
	8. Kazanmaktan çok imha etmek öne çıkar	
	7. Sınırlı zararlı darbeler	
Dava veya tahkim	6. Tehditler stratejik hal alır	Kazan-kaybet
	5. İtibar kaybı	
	4. Taktikler	
Öz yardım mümkün	3. Eylem yapılır. İletişim kopar.	Kazan-kazan
	2. Pozisyonlar kutuplaşır, gerilim artar.	
	1. Anlaşmazlık. Pozisyonlar katılaşır.	

Kaynak: Dr. Friedrich Glasl'ın Confronting Conflict [Çatışmayla Yüzleşme] adlı eserinden uyarlanmıştır. Her adımın ayrıntılı tanımı için bakınız: www.mediate.com/articles/jordan.cfm

[2] Bölüm 1.11. Bazı örnekler:

- Uyuşmazlığın bizim işimiz açısından önemi – ülkemizde/yurt dışında
- Taraflar arasındaki ilişkilerin tarihçesi, geçmişteki uyuşmazlıklar dahil
- Diğer ilgili sözleşmesel ve sözleşme dışı ilişkiler
- Mevcut iş ilişkisini sürdürme ihtiyacı (veya bu ihtiyacın olmaması)
- Taraflar arasında devam eden diğer ilgili veya ilgisiz uyuşmazlıklar
- Diğer tarafın uyuşmazlıklara karşı bilinen tutumu
- Diğer tarafın anlaşmalara/alternatif uyuşmazlık çözümüne karşı bilinen tutumu
- Diğer tarafın bizimle ve/veya başkalarıyla geçmişte anlaşma eğilimi
- Diğer taraf hakkında bilinen diğer hususlar.

[3] Bölüm 2.1. Altta yatan menfaatler; tarafların her birinin aldıkları pozisyonda ifade edilmesi gerekmeyen temel gereksinimleri, amaçları ve hedefleridir. Gerçek ve kuşkuyla anılan altta yatan menfaatlere odaklanmak, bir tarafın uyuşmazlığa devam saiklerini ve nasıl çözmeyi tercih ettiğini gösterebilir. Örneğin, uyuşmazlığın her taraf için ticari önemi nedir, başka önemli menfaatler var mı? örneğin güvenlik, gelir, itibar, stratejik, ekonomik, paydaş etkisi, iç/örgütsel, halkla ilişkiler, politika/emsal etkileri vs. Pozisyonlarınız (bölüm 1.5/1.6) ve menfaatlerinizi çizelgeye girmek için anahtar kelimeleri kullanın.

Ek VII.

Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları

Bu etik kurallar, gerçek kişi arabulucuların kendi sorumlulukları altında, gönüllü olarak taahhüt etmeye karar verebilecekleri birtakım ilkeler koymaktadır. Hukuki ve ticari konularda her türlü arabuluculuk faaliyetine katılan arabulucular tarafından kullanılabilir.

Arabuluculuk hizmeti sağlayan kurumlar da kendi şemsiyeleri altında çalışan arabulucuların etik kurallara uymalarını talep etmek suretiyle, bu taahhütte bulunabilirler. Bu kurumlar, gerçek kişi arabulucuların etik kurallara uyumasını desteklemek üzere aldıkları eğitim, değerlendirme ve izleme gibi önlemler hakkında bilgileri kamu ile paylaşabilirler.

Bu etik kuralların amaçları bakımından, arabuluculuk, her ne adla anılırsa anılsın, bir uyuşmazlığın iki veya daha fazla tarafının gönüllü olarak, üçüncü bir kişinin ("arabulucu") yardımıyla, kendi uyuşmazlıklarının çözülmesi hakkında mutabakata varmaya çalıştıkları her türlü yapısal süreç demektir.

Bu etik kurallara uyma, meslekleri düzenleyen ulusal mevzuat veya kurallara halel getirmeksizin yapılır.

Arabuluculuk hizmeti sağlayan kurumlar, kendi özgül bağlamlarına veya sundukları arabuluculuk hizmetlerine göre ve bunun yanı sıra aile veya tüketici arabuluculuğu gibi özel alanlara uyarlanmış daha ayrıntılı kurallar geliştirebilirler.

Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları

1. ARABULUCULARIN YETKİNLİK, ATAMA VE ÜCRETLERİ, HİZMETLERİNİN TANITILMASI

1.1. Yetkinlik

Arabulucular, arabuluculuk süreci konusunda yetkin ve bilgili olmalıdır. Buna ilişkin faktörler arasında, ilgili standartlar ve akreditasyon programları göz önüne alınarak, arabuluculuk becerilerine ilişkin uygun eğitim alınması, eğitim ve pratiklerinin sürekli güncellenmesi yer alır.

1.2. Atama

Arabulucular, arabuluculuğun yapılabileceği uygun tarihler hakkında taraflarla görüşmelidir. Arabulucular, atamayı kabul etmeden önce, belirli bir davada arabuluculuk yapmak için uygun birikim ve yetkinliğe sahip olduklarını doğrulamalıdır. Talep üzerine, kendi birikim ve deneyimlerine ilişkin bilgileri taraflara vermelidir.

1.3. Ücretler

Taraflara daha önceden sağlanmamışsa, arabulucular daima, uygulayacakları ücretlendirme biçimi hakkında taraflara eksiksiz bilgi vermelidir. Ücretlendirme ilkeleri ilgili tüm taraflarca kabul edilmeden, arabuluculuk faaliyetine başlamayı kabul etmemelidir.

1.4. Arabuluculuk hizmetlerinin tanıtılması

Arabulucular, çalışmalarını profesyonel, gerçeğe uygun ve onurlu biçimde tanıtabilirler.

2. BAĞIMSIZLIK VE TARAFSIZLIK

2.1. Bağımsızlık

Arabulucunun bağımsızlığını etkileyebilecek veya menfaat çatışmasına yol açabilecek ya da bu izlenimi verebilecek durumlar olduğunda, arabulucu, işe başlamadan veya başlamışsa devam etmeden önce, bu durumları taraflara bildirmelidir.

Anılan durumlar şunları içerir:

- Arabulucunun, taraflardan biri veya daha fazlasıyla bir kişisel veya iş ilişkisinin bulunması;
- Arabuluculuğun sonucu bakımından arabulucunun doğrudan veya dolaylı, mali veya sair menfaatinin bulunması;
- Arabulucunun veya firmasına mensup birinin, taraflardan biri için arabuluculuk dışında herhangi bir sıfatla görev yapmış olması.

Böyle durumlarda arabulucu, ancak ve ancak, tam tarafsız kalmasını sağlayacak biçimde tam bağımsız olarak arabuluculuğu yürütebileceğinden emin ise ve taraflar açıkça onay verirse, arabuluculuğu kabul edebilir veya sürdürebilir.

2.2. Tarafsızlık

Arabulucular daima, taraflara karşı tarafsız davranmalı ve tarafsız görünmeye çalışmalı; arabuluculuk süreci bakımından taraflara eşit biçimde hizmet vermeyi taahhüt etmelidir.

3. ARABULUCULUK ANLAŞMASI, SÜREÇ VE ANLAŞMA

3.1. Usul

Arabulucu, tarafların, arabuluculuk sürecinin özelliklerini, arabulucunun ve kendilerinin arabuluculuktaki rollerini anlamasını sağlamalıdır.

Arabulucu, arabuluculuğun başlamasından önce, tarafların arabuluculuk anlaşmasının koşullarını ve özellikle, arabulucu ve tarafların gizlilik yükümlerine ilişkin hükümleri anlamalarını ve açıkça kabul etmelerini sağlamalıdır.

Arabuluculuk anlaşması, taraflar isterse yazılı olarak yapılabilir. Arabulucu, taraflar arasındaki olası güç dengesizliği ve tarafların ifade edebileceği arzuları, hukukun üstünlüğü ve uyuşmazlığın hızlı biçimde çözülmesine duyulan gereksinim dahil olmak üzere somut olayın koşullarını dikkate alarak arabuluculuk işlemlerini uygun biçimde yürütmelidir. Taraflar, belirli kurallar veya sair hususlara atıfla, arabuluculuğun nasıl yürütüleceği hakkında arabulucu ile anlaşma yapabilirler.

Arabulucu, yarar görüyorsa, tarafları ayrı ayrı dinleyebilir.

3.2. Sürecin adil olması

Arabulucu, tüm tarafların arabuluculuğa katılmak için yeterli fırsata sahip olmasını sağlamalıdır.

Arabulucu, aşağıdaki durumlarda tarafları bilgilendirmelidir ve arabuluculuğu sona erdirebilir:

- Somut olayın özellikleri ve arabulucunun böyle bir değerlendirme yapma yetkinliği göz önüne alınarak, uygulanamaz veya yasadışı bir anlaşmaya varılıyorsa;
- Arabulucu, arabuluculuğa devam etmenin anlaşmayla sonuçlanacağını muhtemel görmüyorsa.

3.3. Sürecin sonu

Arabulucu, tarafların bilinçli ve yeterli bilgiye dayalı onayı ile anlaşmaya ulaşılması, tüm tarafların anlaşmanın koşullarını anlamasını sağlayacak tüm uygun önlemleri almalıdır.

Taraflar herhangi bir zamanda ve gerekçe göstermeksizin arabuluculuktan çekilebilirler.

Arabulucu, tarafların talebi üzerine ve yetkinliğinin sınırları dahilinde, anlaşmayı nasıl resmi hale getirecekleri ve anlaşmanın uygulanabilir hale getirilmesi imkanları taraflara bilgi vermelidir.

4. GİZLİLİK

Arabulucu, kanunen veya kamu düzeni gerekçesiyle açıklamaya mecbur olduğu haller dışında, arabuluculuğun yapılacağı veya yapılmış olduğu bilgisi de dahil olmak üzere, arabuluculuktan veya arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkan tüm bilgileri gizli tutmalıdır. Kanunun mecbur kıldığı haller dışında, taraflardan birinin arabulucuya verdiği gizli bilgiler, bilgiyi veren tarafın izni olmadan diğer tarafa açıklanamaz.

Ek VIII.
Özel Arabulucu için Arabuluculuk Anlaşması Örneği

**Arabuluculuk Anlaşması (Arabuluculuğa Katılan Herkes Tarafından
İmzalanacak)**

İşbu Anlaşma 201... tarihinde aşağıdaki taraflar arasında yapılmıştır:

Birinci Katılımcılar	Birinci Katılımcıların Avukatı [] Avukatlık Bürosundan [Adı ve Soyadı] ("Birinci Katılımcının Temsilcileri")
İkinci Katılımcılar	Birinci Katılımcıların Avukatı (ve varsa dava avukatı, "İkinci Katılımcının Temsilcileri")
Üçüncü Katılımcılar	
Rezerve edilen Arabuluculuk Tarih ve Saati	201.. 10.00 - 17.00
Arabuluculuk Yeri	[] Yer Ziyareti [tam adres ve posta kodunu yazın]: 10.00 Arabuluculuk Toplantısı [daha sonra belirtilecek]
Arabulucu	
Uyuşmazlık	[daha sonra belirtilecek] hakkında
Arabulucunun Briefing E-postası	2015

İşbu Anlaşmayı imzalayanlar aşağıdaki hususlarda ANLAŞMIŞLARDIR:

1. Bu Uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk hizmetleri, Arabulucu tarafından Arabuluculuk Yeri'nde sağlanacaktır.
2. Katılımcılar bu arabuluculuğa iyi niyetle ve ortak zemin yaratmak ve (zaman elverirse) Uyuşmazlığın anlaşmayla sonuçlanmasını başarmak için katılmaktadır. Arabulucunun rolü bunu kolaylaştırmaktır. Birinci Katılımcılar ve İkinci Katılımcılar, anlaşmanın koşulları üzerinde mutabık olmak, ve mutabık olunursa ve alacakları hukuki veya diğer danışmanlığı izleyerek (bunu yapmaları tavsiye edilir) bağlayıcı yazılı anlaşma tutanağı imzalamaya yetkilidir.

3. Bu arabuluculuk ve buna ilişkin tüm iletişimler, tüm haklar saklı kalmak kaydıyla yapılmaktadır ve Katılımcılar, Birinci Katılımcıların Temsilcileri, İkinci Katılımcıların Temsilcileri, Arabulucu ve varsa gözlemci tarafından gizli tutulacaktır. Bu hüküm, varsa anlaşma tutanağının uygulanması için ifşanın kanunun gerektirdiği haller dışında, arabuluculuk için ve esnasında üretilen tüm belgeleri ve haberleşmeleri kapsar. Katılımcılar, arabuluculuk hakkında kendi profesyonel danışmanları ve/veya sigortacıları ile görüşebilirler ve kanun gereği vermekle yükümlü oldukları bilgileri vereceklerdir.
4. Arabulucu, hiçbir Katılımcıya karşı, bu arabuluculukla bağlantılı olarak doğan hiçbir kayıp, zarar veya masraf nedeniyle sorumlu değildir. İhmal iddiası halinde, Arabulucunun sorumluluğu, sahip olduğu mesleki tazminat sigortası miktarıyla sınırlıdır.
5. Katılımcılar, herhangi bir dava veya başka süreçte, Arabulucuyu tanık veya bilirkişi olarak çağırmayacak veya arabuluculuğa ilişkin kayıtları veya notları kanıt olarak ibraz etmesini talep etmeyeceklerini kabul ederler. Herhangi bir Katılımcı böyle bir başvuru yaparsa, Arabulucunun böyle bir başvuruya itiraz etmesi veya cevap vermesi için harcadığı zaman için Arabulucunun standart saatlik ücreti üzerinden Arabulucuya ödeme yapmak dahil olmak üzere (ancak bununla sınırlı olmamak üzere), bu başvuruya ilişkin her türlü masrafı Arabulucuya ödeyecektir.
6. Arabuluculuğa ilişkin hiçbir kayıt veya tutanak tutulmayacaktır.
7. Anlaşma, ancak ve ancak, yazılı olursa ve Katılımcılar tarafından veya adına imzalanmışsa hukuken bağlayıcı olacaktır.
8. Arabulucuya ödenecek ücret, Arabulucunun Briefing E-postasında belirtildiği şekilde kararlaştırılmıştır. Mutabık olunan ücret, Arabuluculuk Toplantısından önce Arabulucunun (gönderilen faturada belirtilen) banka hesabına net miktar olarak ödenmiş olacaktır. Fazla mesailer, Arabulucunun Briefing E-postasında belirtildiği şekilde mutabık olunan tarife üzerinde ödenecektir. Taraflar, arabuluculuğa katılıma ilişkin giderlerini (varsa) kendileri karşılayacaktır.

9. Arabuluculuk biçimi

9.1 Kolaylaştırıcı Arabuluculuk

9.1.1 Arabulucu, kolaylaştırıcı arabuluculuk yoluyla, Katılımcıların sorun, menfaat, gereksinim ve kaygılarını ortaya çıkarmak ve Uyuşmazlıktaki konuların karşılıklı mutabık olunacak çözümü için seçenekler yaratmak suretiyle taraflara bağımsız ve yansı biçimde yardım ederek, Uyuşmazlığın çözülmesine yardım etmeye çalışacaktır. Arabuluculukta nelerin bekleneceği, Arabulucunun Briefing E-postasında açıklanmıştır.

9.1.2 Arabuluculuk gönüllü bir süreçtir ve Arabulucu, Katılımcıları anlaşmaya mecbur tutmayacak ve tutamaz. Arabulucu veya Katılımcılar herhangi bir zamanda süreci sona erdirebilirler.

9.2 Değerlendirici Arabuluculuk Yapılmayacak

9.2.1 Arabulucu, değerlendirici arabuluculuk sunmayacaktır.

9.2.2 Arabulucu, Uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmayacak, herhangi bir Katılımcının hukuki pozisyonu veya haklarını analiz etmeyecek veya korumayacaktır.

9.2.3 Katılımcılar, kendi seçtikleri avukattan veya hukuk danışmanından tavsiye almalıdır (bir konu, anlaşma veya teklifin esası hakkında görüşe veya hukuk danışmanlığına gereksinim duyarlarsa).

10. İptal ve Erteleme

10.1 Arabuluculuk, herhangi bir Katılımcı tarafından, Arabuluculuk Tarihinden 5 iş günü önce iptal edilir ve yeniden planlanırsa, ilk erteleme için iptal ücreti alınmayacaktır. Arabuluculuk Tarihi için hazırlık yapmak üzere harcanan zaman kaydedilecek ve nihai faturada ücretlendirilecektir. Birden fazla erteleme olursa, birinciden sonraki her erteleme için, Arabulucu kendi takdiriyle, £250 tutarında erteleme ücreti yazılabilir ve Arabuluculuk Tarihinden önce ödenir.

- 10.2 Arabuluculuk, Arabuluculuk Tarihinden 5 iş günü içinde iptal edilirse, yeniden planlanmış olsun ya da olmasın, £400 iptal ücreti artı bildirilen hazırlık süresi (Katılımcı başına £100 + KDV) ve varsa diğer yüklenilen masraflar, Katılımcıların Avukatları tarafından, Arabuluculuk Tarihinde veya öncesinde ödenir olacaktır.
- 10.3 Arabuluculuk, Arabuluculuk Tarihinden 3 iş günü içinde iptal edilirse, yeniden planlanmış olsun ya da olmasın, Arabulucunun Briefing E-postasında belirtildiği şekilde mutabık olunan arabuluculuk ücretinin tamamı tutarında iptal ücreti ve varsa diğer yüklenilen masraflar, Arabuluculuk Tarihinde veya öncesinde ödenir olacaktır.
- 10.4 İptaller, Katılımcıların Avukatları tarafından yazılı olarak Arabulucuya bildirilir.
11. İşbu Anlaşma ve arabuluculuk, İngiltere kanunlarına tabidir ve bu Anlaşma veya arabuluculuktan doğacak konuları yargılama yetkisi münhasıran İngiltere Mahkemelerine aittir.
12. Bu Uyuşmazlığın arabuluculuğa gönderilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi kapsamındaki hakları etkilemez, ve Uyuşmazlık, arabuluculuk yoluyla çözümlenmezse, Tarafların adil yargılanma haklarına hâlel gelmez.
13. Katılımcılar, bir gözlemcinin (genellikle stajyer arabulucu) arabuluculukta yer almasını kabul ederler.

Birinci Katılımcının İmzası:

Birinci Katılımcının Avukatının İmzası:

İkinci Katılımcının İmzası:

İkinci Katılımcının Avukatının İmzası:

Arabulucunun İmzası:

Gözlemcinin İmzası:

Ek IX.
Kurumsal Hizmet Sağlayıcılar için Model Arabuluculuk
Anlaşması
(CEDR 2016)

CEDR Model Arabuluculuk Anlaşması
2016 Baskısı

İŞBU ANLAŞMA, tarihinde, aşağıdaki TARAFLAR arasında YAPILMIŞTIR:

Taraf A

....., [Kurum adı]

Taraf B

....., [Kurum adı]

(birlikte "Taraflar")

Arabulucu

....., [Kurum adı]

(bu tabir, varsa Gözlemci Arabulucuyu da kapsar)

ve

CEDR of 70 Fleet Street, Londra EGIY 1 EU

Aşağıda belirtilen tarih ve yerde yapılacak arabuluculuk hakkında:

Tarih:

.....

Yer:

.....

("Arabuluculuk")

İşbu Anlaşmayı imzalayanlar aşağıdaki hususlarda ANLAŞMIŞLARDIR:

Arabuluculuk

1. Taraflar, uyuşmazlıklarını Arabuluculukta iyi niyetle çözmeye çalışmayı kabul eder. Arabulucu, işbu Anlaşmaya ve bu Anlaşmanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan CEDR Model Arabuluculuk Prosedürü ve CEDR Tarafsız Üçüncü Kişiler için Etik Kuralları'na uygun olarak arabuluculuğu yapmayı ve Taraflar da Arabuluculuğa katılmayı kabul eder.

Yetki ve statü

2. Her Taraf adına bu Anlaşmayı imzalayan kişi, o Tarafı ilzam etme ve o Taraf adına Arabuluculukta yer alan tüm diğer kişilerin bu Anlaşmaya uymasını sağlama yetkisine sahip olduğunu; ve ayrıca anılan Tarafı, olası anlaşmanın koşullarıyla ilzam etme yetkisine sahip olduğunu taahhüt eder.
3. Arabulucu veya CEDR, fiil veya ihmalin dolandırıcılık yoluyla veya kasıtlı yapıldığı kanıtlanmadıkça, Arabuluculuk ile ilişkili olarak hiçbir fiil veya ihmalden dolayı Taraflara karşı sorumlu olmayacaktır.

Gizlilik ve tüm haklar saklı kalma kaydı

4. Arabuluculukta yer alan her kişi:
 - 4.1 Arabuluculuğun yapılacağı veya yapılmış olduğu veya ifşanın kanun gereği olduğu veya anlaşma koşullarını uygulamak için gerektiği veya sigortacılar, sigorta aracıları ve/veya muhasebecilerine bildirmek için olduğu haller hariç olmak üzere, Taraflarca yazılı olarak mutabık olunmadığı sürece, Arabuluculuktan doğan veya bağlantılı olan, olası anlaşmanın koşulları dahil olmak üzere, her türlü bilgiyi gizli tutacaktır; ve
 - 4.2 Taraflar, Arabulucu ve/veya CEDR arasında, her ne şekilde olursa olsun iletilen tüm bu türden bilgilerin, hiçbir tarafın hukuki pozisyonuna hanel getirmemek kaydıyla olduğunu ve, kanunen ifşa edilebilir olduğu haller dışında, kanıt olarak ileri sürülemeyeceği veya hiçbir hukuki veya sair resmi süreçte herhangi bir hakim, hakem veya sair karar vericiye ifşa edilemeyeceğini kabul eder.

5. Taraflardan biri, Arabuluculuktan önce, esnasında veya sonrasında Arabulucuya veya CEDR'ye herhangi bir gizli bilgiyi verirse, Arabulucu ve CEDR, kanunen ifşa etmesi gereken haller dışında, bilgiyi kendisine veren Tarafın izni olmadan o bilgiyi hiçbir başka Tarafa veya kişiye ifşa etmeyecektir. Öte yandan Taraflar, gizliliğe tabi olmak kaydıyla Arabulucunun bu bilgileri CEDR'ye verebileceğini kabul ederler.
6. Taraflar, Arabulucu ve CEDR'nin hukuk danışmanlığı yapmadığını bilmektedir ve bu Arabuluculuk ile bağlantılı olarak Arabulucu veya CEDR'ye karşı hiçbir talep ileri sürmeyeceklerini kabul ederler. Taraflar, kendi uyuşmazlıkları ve bu Arabuluculuktan doğan veya bağlantılı olan herhangi bir dava, tahkim veya başka süreçte, Arabulucuyu veya CEDR'nin herhangi bir çalışanı veya danışmanını tanık veya bilirkişi olarak çağırmayacak veya arabuluculuğa ilişkin kayıtları veya notları kanıt olarak ibraz etmesini talep etmeyecek; Arabulucu veya CEDR'nin herhangi bir çalışanı veya danışmanı da böyle bir süreçte tanık, bilirkişi, hakem veya danışman olarak hareket etmeyecek veya hareket etmeyi kabul etmeyecektir. Herhangi bir Taraf böyle bir başvuru (yukarıda sayıldığı gibi) yaparsa, Arabulucunun veya CEDR'nin herhangi bir çalışanı veya danışmanının böyle bir başvuruya itiraz etmesi veya cevap vermesi için harcadığı zaman için Arabulucunun standart saatlik ücreti üzerinden Arabulucuya ödeme yapmak dahil olmak üzere (ancak bununla sınırlı olmamak üzere), bu başvuruya ilişkin her türlü masrafı Arabulucuya veya CEDR'nin herhangi bir çalışanı veya danışmanına ödeyecektir.

Anlaşma formaliteleri

7. Arabuluculukta varılan anlaşmanın hiçbir koşulu, yazılı hale getirilip Tarafların her biri tarafından veya adına imzalanıncaya kadar hukuken bağlayıcı olmayacaktır.

Ücretler ve arabuluculuk giderleri

8. Taraflar, bu Anlaşmanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan CEDR İş Koşullarına uygun olarak CEDR ve Arabulucunun ücret ve giderlerini ("Arabuluculuk Ücretleri") ödeyecektir (arbuluculuk sürecinin tahsis edilen sürenin ötesine aşması halinde, ilave saatler için öngörülen miktar dahil olmak üzere).
9. Taraflar ve CEDR'nin yazılı olarak sair şekilde anlaştıkları haller hariç olmak üzere, her Taraf, Arabuluculuk Ücretlerini eşit olarak paylaşmayı, ve ayrıca Arabuluculuğa hazırlanma ve katılıma ilişkin kendi hukuki ve diğer giderlerini ("Her Tarafın Kendi Hukuki Giderleri") ödemeyi kabul eder. Ancak, her Taraf ayrıca kabul eder ki, herhangi bir mahkeme veya divan, Arabuluculuk sonucunda uyuşmazlık anlaşma ile sonuçlansın veya sonuçlanmasın, giderlere ilişkin değerlendirme yapma veya emir verme yetkisine sahip olduğu hallerde, hem Arabuluculuk Ücretlerini hem de Her Tarafın Kendi Hukuki Giderlerini, dava ya da tahkime ilişkin dava giderleri olarak kabul edebilir.

Arabuluculuğun hukuki statüsü ve etkisi

10. İşbu Anlaşma, İngiltere ve Galler kanunlarına tabidir ve bu Anlaşma ve Arabuluculuktan doğacak konuları yargılama yetkisi münhasıran İngiltere ve Galler Mahkemelerine aittir.
11. Bu Uyuşmazlığın Arabuluculuğa gönderilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi kapsamındaki hakları etkilemez, ve Uyuşmazlık, Arabuluculuk yoluyla çözümlenmezse, Tarafların adil yargılanma haklarına hâlâ gelmez.

Anlaşmada değişiklik yapılması

12. Bu Anlaşma ve/veya Model Prosedürde mutabakatla yapılan değişiklikler aşağıda belirtilmiştir:

İmzalar

Taraf A

.....

[İmza ve Tam Adı (matbaa harfleriyle)]

Taraf B

.....

[İmza ve Tam Adı (matbaa harfleriyle)]

Arbulucu

.....

CEDR

.....

Ek X.

Anlaşma Tutanağı Örneği

[Tarih] TARİHİNDE, AŞAĞIDAKİ TARAFLAR ARASINDA YAPILMIŞTIR:

- (a) [Taraf Adı ve bilgilerini yazın] ve
- (b) [Taraf Adı ve bilgilerini yazın].

TARAFLAR, ARABULUCULUK YOLUYLA, UYUŞMAZLIKLARI HAKKINDA [tarih] TARİHİNDE ANLAŞMAYA VARMIŞ OLARAK,

Aşağıdaki hususlarda ANLAŞMIŞLARDIR:

1. [Taraf Adı], [£x] tutarını, [tarih ve saat]'e kadar, [çek/banka havalesi vs.] yoluyla [Taraf Adı]'a ödeyecektir.
2. Yukarıda belirtilen tutar, [Taraf Adı] ile [Taraf Adı] arasındaki [uygun olduğu hallerde, x tarihli dava beyanında belirtilen konular/x tarihli yazıda belirtilen konularda] tüm talep ve karşı taleplerin, [örneğin KDV, faiz ve giderler] dahil olmak üzere, eksiksiz ve kesin biçimde anlaşma ile sonuçlandırılması olarak ödenmekte ve alınmaktadır.
3. [Ayrıca, [Taraf Adı], [tarih]'e kadar [yapılacak eylem her ne ise] yapacaktır].
4. [Gizliliğe ilişkin hükümler]
5. [Yukarıda 1. paragraf hükmüne rağmen, her taraf, [tarih] tarihli Arabuluculuk Anlaşması uyarınca arabulucu ücretleri ve arabuluculuk giderlerini ödeyecek/ödemmiştir.]
6. Bu Anlaşma Tutanağı İngiltere kanunlarına tabidir.
7. Bu Anlaşma Tutanağının koşullarına ilişkin uyuşmazlık çıkarsa, Taraflar öncelikle Arabulucu [Tam Adı]'ya başvurarak, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeye çalışacaktır.

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

Ek XI.
Arabuluculuk Yoluyla Anlaşmaya Varılana kadar
Yargılamanın Durdurulmasına ilişkin Tomlin (Durdurma)
Emri (taslak)

[MAHKEME]

[Dava No]

[Tarih] tarihli

TARAFLAR:

[TARAF]

Davacı

İle

[TARAF]

Davalı

TOMLİN (DURDURMA) EMRİ

Davacı ve Davalının, burada Ek olarak ekli, [tarih] tarihli Anlaşma Tutanağında belirtilen koşullarda anlaşmaları üzerine;

VE ONAY İLE, bu [Talep/Talep ve Karşı Talep]'e ilişkin tüm yargılama işlemlerinin, anılan koşulların yürürlüğe konulması amacıyla olması hariç olmak üzere, durdurulması EMREDİLMİŞTİR.

Taraflar, başka dava işlemi başlatmaya gerek olmaksızın, anılan koşulları yürürlüğe koydurmak için başvuruda bulunabilirler. Ayrıca, giderlere ilişkin hiçbir emir verilmemektedir.

İMZALAR

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

EKİ

[Tarih] TARİHİNDE, AŞAĞIDAKİ TARAFLAR ARASINDA YAPILMIŞTIR:

(a) [Taraf Adı ve bilgilerini yazın] ve

(b) [Taraf Adı ve bilgilerini yazın].

TARAFLAR, ARABULUCULUK YOLUYLA, UYUŞMAZLIKLARI HAKKINDA [tarih] TARİHİNDE ANLAŞMAYA VARMIŞ OLARAK,

Aşağıdaki hususlarda ANLAŞMIŞLARDIR:

1. [Taraf Adı], [£x] tutarını, [tarih ve saat]'e kadar, [çek/banka havalesi vs.] yoluyla [Taraf Adı]'a ödeyecektir.
2. Yukarıda belirtilen tutar, [Taraf Adı] ile [Taraf Adı] arasındaki [uygun olduğu hallerde, x tarihli dava beyanında belirtilen konular/x tarihli yazıda belirtilen konularda] tüm talep ve karşı taleplerin, [örneğin KDV, faiz ve giderler] dahil olmak üzere, eksiksiz ve kesin biçimde anlaşma ile sonuçlandırılması olarak ödenmekte ve alınmaktadır.
3. [Ayrıca, [Taraf Adı], [tarih]'e kadar [yapılacak eylem her ne ise] yapacaktır].
4. [Gizliliğe ilişkin hükümler]
5. [Yukarıda 1. paragraf hükmüne rağmen, her taraf, [tarih] tarihli Arabuluculuk Anlaşması uyarınca arabulucu ücretleri ve arabuluculuk giderlerini ödeyecek/ödemmiştir.]
6. [Tomlin (Durdurma) Emri [örneğin burada ekli], bu Anlaşma Tutanağının bir parçasıdır. [Taraf Adı], bu Tomlin (Durdurma) Emrini [tarih] tarihine kadar [mahkeme bilgileri] Mahkemesi'ne kaydettirecektir.]

7. Bu Anlaşma Tutanağı İngiltere kanunlarına tabidir.
8. [Bu Anlaşma Tutanağının koşullarına ilişkin uyuşmazlık çıkarsa, Taraflar uyuşmazlığı öncelikle arabuluculuk yoluyla çözmeye çalışacaktır.]

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

İMZA:

İmzalayan [TAM ADI]

[TARAF ADI] adına ve namına

.....

[UNVANI]

Kaynakça

Kitap ve makaleler

- Abramson, Harold I. Mediation Representation: Advocating as Problem Solver, 3rd Edn, Aspen 2013.
- Allman, William F. Nice Guys Finish First, I Science (1984) vol 5 no 8 p.25-31.
- Aubrey-Johnson, Kate and Curtis, Helen. Making Mediation Work for You LAG 2012.
- Axelrod, Robert. The Evolution of Cooperation Basic Books 1984.
- Beer, Jennifer and Packard, Caroline C. Mediator's Handbook New Society 2012.
- Birch, Elizabeth. New Sophistications in Commercial Mediation ACI newsletter issue 9 Spring/Summer 2004.
- Blake, Susan, Browne, Julie and Sime, Stuart. The Jackson ADR Handbook 2nd Edn 2016.
- Brown, Henry and Marriott, Arthur. ADR Principles and Practice, 3rd Edition, Sweet and Maxwell 2012.
- Carroll, Eileen and Mackie, Karl J. International Mediation: The Art of Business Diplomacy 2nd edn Bloomsbury 2016.
- CEDR First Mediators' Congress Workshop Session Report On Mediation Advocacy Resolutions issue 34 Winter 2003 Commercial Court Committee Working Party on ADR Second Report Nov 1998.
- Connerty, Anthony. ADR and the Lawyer NLJ 147 Nov and Dec 1997.
- Dodson, Charles. Preparing for Mediation Resolutions issue 17 Summer 1997.
- Elgin, Suzette Haden. The Gentle Art of Verbal Self-Defense at Work Prentice-Hall 2003.
- Endispute Making Alternative Dispute Resolution Work- A Guide for Practicing Lawyers and Business People New York 1991.
- Fisher R., and Ury W. Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In Penguin 2012.

- Floyer-Acland, Bevan, Andrew Alex and Frayley Andrew. When to Use Mediation IDR Europe 1990.
- Foskett, David. The Law and Practice of Compromise Thomson Sweet & Maxwell 7th edn 2010.
- Gilson, Ronald J. How Many Lawyers Does it take to Change an Economy (1993) 17 Law & Social Enquiry 635-643.
- Mackie, Karl, Miles, David, Marsh, William, Allen, Tony ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution Tottel 3rd edn 2007
- Moore, Christopher W. The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict 4th edn Jossey Bass 2014.
- Naughton QC, Philip. ADR Comes in from the cold New Law Journal Practitioner March 17 1995.
- Newman, Paul. Keeping Secrets Solicitors Journal 19.08.05 1007.
- Patton, Bruce, Stone, Douglas and Heen, Sheila. Difficult Conversations: How to Discuss What Matters Most Penguin 2011.
- Pemble, Stuart and Whiteley, Miranda. It ain't necessarily so, (2004) EG 95.
- Rosenthal, D.E. Lawyer and Client: Who's in Charge? Russell Sage Foundation 1974.
- Shapiro, Daniel and Fisher Roger. Building Agreement: Using Emotions as You Negotiate Random House 2007.
- Williams, Gerald R. A Lawyer's Handbook for Effective Negotiation and Settlement 1992.
- York, Stephen D. Preparing Your Client for Mediation Resolutions issue 17 Summer 1997.

Konferans ve seminer materyali

- Birch, Elizabeth. Mediation in the Professional Negligence Sector PNBA Back to Basics Course November 2003.
- Burgess, John. Looking In All Directions, Society of Construction Law 7 October 2003.
- Burgess, John. Mediation Skills: What the Mediator Wants from Advocates, 1 Serjeants Inn February 2005.

- Connerty, Anthony. ADR Tactics and ADR and the CPR Bar Council Seminar, Inner Temple Hall 15 September 1999.
- Fraley, Andrew. Sharpening The Process - Tips And Techniques For Time Limited Mediation CEDR First Mediators' Congress 20 November 2003.
- Goodman, Andrew. ADR Uses, 199 Strand 14 March 1996.
- Goodman, Andrew. ADR and Costs, PNBA Back to Basics Course November 2003.
- Goodman, Andrew. Mediation Advocacy, 1 Serjeants Inn February 2005.
- Honeywell, Martin. Mediation And Theories Of Change, CEDR Forum September 2005.
- Mackie, Karl. The Effective Mediator, CEDR seminar paper February 2002.
- Mackie, Karl. Breakthrough: The Myths and Magic of Mediation, CEDR Forum September 2005.
- Manning, Colin. The Lawyer's Role in Mediation, PNBA Back to Basics Course November 2003.
- Maynard, Francis. Handling time limited mediations, CEDR Forum August 1996.
- Naughton QC, Philip. An Introduction to ADR, Bar Council Seminar, Inner Temple Hall 15 September 1999.
- Nesic, Miryana. Mediation Advocacy: how to keep it on track for results, CEDR First Mediators' Congress 20 November 2003.
- Weatherill QC, Bernard. Effective Alternative Dispute Resolution, Chancery Bar Association Seminar 10 February 2000.
- Williams, Gerald R. Lawyers as Healers and Warriors, CEDR Seminar September 1997.

Tavsiye edilen okumalar

- American Bar Association. Mediation Practice Guide: A Handbook for Resolving Business Disputes 2004.
- Blackshaw, Ian S. Mediating Sports Disputes, Springer 2002.
- Boulle, Laurence and Nesic, Miryana. Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence: Skills, Techniques and Strategies, Bloomsbury Professional 2009.
- Brazil, W. D. For Judges: Suggestions about What to Say about ADR at Case Management Conferences - and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel, (2000) Ohio State Journal of Dispute Resolution, 16" 165.
- Brooker, P. Survey of Construction Lawyers' Attitudes and Practice in the use of ADR in Contractors' Disputes. (1999) Construction Management and Economics, 17" 757-765.
- Bush, Robert and Folger, Joseph. The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition 2004.
- Cohen, J. R. Adversaries? Partners? FOW about Counterparts? On Metaphors in the Practice and Teaching of Negotiation and Dispute Resolution. (2003) Conflict Resolution Quarterly, 20" 433-440.
- Crocker, Chester A., Hampson, Fen Osier; Aall, Pamela. Taming Intractable Conflicts: Mediation in the Hardest Cases, US Institute of Peace, 2004.
- Dingwall, R. & Eekelaar, J. (Eds.) Divorce Mediation and the Legal Process. Oxford, Clarendon Press 1998
- Field, T. G. & Rose, M. Prospects for ADR in Patent Disputes: An Empirical Assessment of Attorneys' Attitudes. (1991) IDEA, 32" 309.
- Frey, M. A. Representing Clients Effectively in an ADR Environment. (1997) Tulsa Law Journal, 33" 443.
- Intrater, K. A. & Gann, T. G. The Lawyer's Role in Institutionalizing ADR. (2000) Hofstra Labour and Employment Law Journal 18: 469.
- Landau, Barbara; Bartoletti, Mario; Mesbur, Ruth. Family Mediation Handbook, Butterworths, Canada 1999.

- Lebaron, M. & Zumeta, Z. D. Windows on Diversity: Lawyers, Cultures and Mediation Practice. (2003) *Conflict Resolution Quarterly*, 20" 463-472.
- Lovenheim, Peter and Laurence, Bethany K. *Mediate, Don't Litigate: Strategies for Successful Mediation* Nolo, 2004.
- Mackie, Karl. *Commercial Dispute Resolution: An ADR Practice Guide*, LexisNexis UK 2000.
- Moore, Christopher W. *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4th edn Jossey-Bass 2014.
- Mulcahy, L. Can leopards change their spots? An evaluation of the role of lawyers in medical negligence mediation. (2001) 8 *International Journal of the Legal Profession*, 203-224.
- Nesic, Miryana. *Mediation*, Tottel 2001.
- Phillips, G F. The Obligation of Attorneys to Inform Clients about ADR. (2003) 31" 239.
- Richbell, David. *How to Master Commercial Mediation*, Bloomsbury 2014.
- Roberts, Simon. *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, 2nd edn. CUP 2009
- Sander, Frank E.A, Rogers, Nancy H., Rudolph Cole, Sarah, Goldberg, Stephen B. (eds.) *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Law and Business 2003.
- Schmitz, S. J. What Should We Teach in ADR Courses: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation. (2001) *Harvard Negotiation Law Review*, 6" 189.
- Strasser, Freddie and Randolph, Paul. *Mediation: A New Psychological Insight into Conflict Resolution*, Continuum 2004
- Van Wezel, Katherine. *Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution*, Stone Foundation 1999.
- Westcott, J. Ed. *Family Mediation in the UK*, Jordan 2004.
- Whatling, Tony. *Mediation Skills and Strategies: A Practical Guide*, Jessica Kingsley 2012.
- Wissler, R. L. When Does Familiarity Breed Content - A Study of the Role of Different Forms of ADR Education and Experience in Attorney's ADR Recommendations. (2002) 2." 199.

Wissler, R. L. Barriers to Attorneys' Discussion and the Use of ADR. (2003) Ohio State Journal of Dispute Resolution, 19: 459.

Wreston, M. A. Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy and Confidentiality. (2001) Indiana Law Journal, 76." 591.

İnternet siteleri

www.amati.org.uk www.cedrsolutions.com
www.imi-mediation.com
www.mediate.com www.mediationadvocates.org.uk
www.scmastandards.com

Dizin

[En son yapılacaktır (tüm terminoloji onaylandığında)].