

ARABULUCUNUN ROLÜ KOLAYLAŞTIRICI VE DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

Yard. Doç. Dr. Seda Özmumcu*

I. GENEL OLARAK

Batı ülkelerinde ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın bir şekilde uygulama alanı bulan, alternatif uyuşmazlık çözümleri kapsamında yer alan arabuluculuk usulü, arabuluculukta temel olarak alınabilecek modeller arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüş ayrılıkları, arabuluculuk usulünde uyuşmazlığa düşen taraflar arasında arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabulucunun rolünün ne olması gerektiği konusu üzerine toplanmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak bir görüşe göre, arabuluculukta (self-determination) taraf bağımsızlığını vurgulamakta ve uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, arabulucunun iletişimi kolaylaştıran ve pasif rol üstlenen bir sığata sahip olması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşılık diğer görüşe göre ise, birinci görüşün tam aksine, arabulucunun tercihan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde aktif bir rol oynamasına ve çözüm önerisinde bulunmasına işaret etmektedir.¹

Bu iki farklı görüş karşısında sorulması gereken soru şudur: acaba arabulucunun, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturma konusunda üstlenmesi gereken en uygun rol ne olmalıdır? Bu bağlamda arabulucu esas olarak, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında iletişimi kolaylaştıran bir köprü işlevi mi görmelidir? Yoksa arabulucunun, bir çözüm önermesine veya duruma göre yorum yapmasına olanak tanınan, daha aktif bir rol üstlenmesine izin mi verilmelidir?

Bu konu ile ilgili olarak arabulucular, taraflar arasındaki uyuşmazlığa bakış açıları, yaklaşım tarzları, bunları taraflara açıklama şekilleri bakımından doktrinde farklı biçimlerde dikkate alınmışlardır.² Nitekim arabuluculuk kapsamında, uyuşmazlıkları çözmek için uygulanabilen birçok farklı normatif yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunlar arasında, "Hak Merkezli" (rights-based) yaklaşım, tarafların hukuki hakları üzerine odaklanmakta ve geleneksel mahkeme ortamında elde edilen çözümlerle tutarlı bir şekilde, uyuşmazlığın amaca uygun hukuki ölçütünü karşılayan bir çözüm elde etmeye çalışmaktadır. Buna karşılık, "Menfaat Merkezli" (interests-based) yaklaşım ise, tarafların menfaatlerine ve bunun altında yatan ihtiyaçlarına odaklanmakta, tarafları uyuşmazlık için farklı çözümler veya daha geniş çözümler dizisi üretmeye teşvik etmektedir. Bu

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ HAKSOO KO, *On the Role of a Mediator : A Behavioural Law and Economics Perspective, Asia Pacific Law Review, 2000, Vol.17, (s.195-204)*, s.195.

² ELİF KISMET KEKEÇ, *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, 2011, s.218. Bu konuda Ayrıca Bkz. MUSTAFA SERDAR ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Baskı, Ankara, 2009, s.151-152; 501.

yaklaşım modeli, genel anlamda hukuk normları ile uyumlu olmasa da, tarafları tatmin eden bir sonuçla örtüşebilecek özelliğe sahip bulunmaktadır.³

Doktrinde bazı yazarlar, uyuşmazlık çözümü süreçlerinin, *menfaat merkezli* ve *hak merkezli* olması arasındaki ayrımı vurgulamaya çalışmıştır. Bu yazarlardan bazıları, aşağıda ayrıntılı olarak temas edeceğimiz üzere, **değerlendirici arabuluculuk** konusunda bir tezat olduğunu düşünmektedir.⁴

II. KOLAYLAŞTIRICI VE DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

A. GENEL OLARAK

Başlangıç olarak, bir arabuluculuk faaliyetinde arabulucunun rolünün ne olması gerektiği konusuna geçmeden önce, üzerinde hala tartışılmakta olan **kolaylaştırıcı arabuluculuk** (*facilitative mediation*) ve **değerlendirici arabuluculuk** (*evaluative mediation*) adı altında iki temel grupta toplanan arabuluculuk modelleri üstünde durmak gerekmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (*Alternative Dispute Resolution*) hareketinin başlarında; arabuluculuk, geniş ölçüde "**kolaylaştırıcı arabuluculuk**" şeklinde tipik bir çerçevede etiketlenerek uygulanmaya başlamıştır.⁵ Arabuluculuğa bu yaklaşım, destekleyici bir çevre içinde, güvenli ve tarafsız bir ortamda yerine getirildiği takdirde, uyuşmazlığa düşen tarafların yapıcı bir şekilde sorunlarını birlikte çözebilecekleri temel düşüncesine dayanmaktadır. Bu duruma göre, arabulucunun rolü arabuluculuk sürecinde böyle bir olanağı kolaylaştırmaktır. Kolaylaştırıcı arabuluculuğu benimseyen yazarlar, uyuşmazlığa düşen tarafların hukuk danışmanlarının yardımıyla, kendi durumlarını üçüncü kişiden daha iyi anlayabileceklerini ve bu sebeple, tarafların arabulucunun yaratabileceği daha iyi çözümler geliştirebileceklerini kabul etmektedir.⁶

1990'lı yıllar sırasında arabuluculuğun kullanım alanı önemli ölçüde genişlemeye başladığında, bu büyümenin büyük bir bölümünün mahkemenin

³ CAROL J. BROWN, *Facilitative Mediation : Approach Retains Its Appeal, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2004, Vol.4, (s.279-295), s.280.

⁴ STEPHEN J. WARE, *Principles of Alternative Dispute Resolution, Second Edition, USA*, 2007, s.295, dn.140'da adı geçen yazarlar.

⁵ MURRAY S. LEVIN, *The Propriety of Evaluative Mediation : Concern about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 2001, Vol.16, (s.267-296), s.268.

⁶ JOSEPH B. STULBERG, *Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations : Piercing the "Grid" Lock, Florida State University Law Review*, 1997, Vol.24, (s.985-1005), s.995; LEVIN, s.268. (Kanada'da 1999 yılının ocak ayında, Ontario Medeni Yargılama Kanunu yürürlüğe girmiş ve beraberinde Ontario Zorunlu Arabuluculuk Programı (Ontario Mandatory Mediation Program) tesis edilmiştir. Esasen bu program, ilk olarak 1997 yılında Ottawa-Carleton Bölge Belediyesi'nde pilot proje olarak başlamış ve daha sonra bu pilot projenin uygulama alanı Toronto şehrine kadar genişletilmiştir. (Brown, s. 279). Ontario Zorunlu Arabuluculuk Programı, dava yönetimi, hukuki ve ailevi olmayan alanlarda zorunlu arabuluculuk programı uygulamaktadır. Bu Program'ın kabul ettiği arabuluculuk modeli, kolaylaştırıcı arabuluculuktur. Bununla birlikte, uyuşmazlık çözümünün ayrı bir biçimi olan değerlendirici arabuluculuk da öneri olarak sunulmuştur. Fakat burada karma (melez) bir modelden ziyade *tarafsız değerlendirme* (neutral evaluation) kavramından söz edilerek, uyuşmazlık taraflarının süreçten dolayı neyi beklediklerini bilmeleri için, değerlendirici arabuluculuğun ancak bu şekilde uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Nitekim bu değerlendirme süreci, mahkemeye bağlı uyuşmazlık çözümü bağlamında ayrı kurallara ve yönetmeliğe tabi tutulmuştur. (Brown, s.294-295). Doktrinde *tarafsız değerlendirme* (neutral evaluation) konusunda ayrıca Bkz. WARE, s.341-342.

tarafları arabuluculuğa sevk ve idaresinin bileşimi olduğu görülmüş ve mahkeme bünyesinde gerçekleştirilen uyuşmazlığı çözüm konferanslarından sonra, bir ölçüde model alınan “**değerlendirici arabuluculuk**” uygulaması ortaya çıkmıştır.⁷

Bu konuda ilk defa arabulucunun rol modeline ilişkin olarak, 1996 yılında **Leonard L. Riskin**⁸ tarafından yayınlanan bir makalede; yazar, arabulucunun **kolaylaştırıcı** ve **değerlendirici** eğilimine göre tanımlanan bir vektör, bir şema geliştirmiştir. Bu çalışma, beraberinde uygulamacılar ve akademisyenler arasında çok önemli tartışmaları harekete geçirmiştir. Uygulamacılar içerisinde, kendilerini değerlendirici arabulucu olarak tanımlayanlar ile kendilerini kolaylaştırıcı arabulucu olarak adlandıranlar iki farklı kampa ayrılmıştır. Birçok akademisyen ise, bu tartışmada kendi pozisyonlarını belirlemiş ve kutuplaşmaya neden olmuştur.⁹ Arabuluculuk modeli konusunda, **Riskin** kolaylaştırıcıdan değerlendiriciye olmak üzere, dördü bir şema geliştirmiştir. Bu model sadece arabuluculuk modeli için değil, aynı zamanda arabulucu için de bir kategori sunmaktadır. Bu şemaya göre, yazar tarafından **kolaylaştırıcı-dar** (*facilitative-narrow*), **kolaylaştırıcı-geniş** (*facilitative-broad*) ile **değerlendirici-dar** (*evaluative-narrow*), **değerlendirici-geniş** (*evaluative-broad*) arabuluculuk modelleri arasında ayırım yapılmıştır.¹⁰

B. LEONARD RİSKİN'İN ŞEMASI

Yukarıdaki açıklamalarımızda kısaca ifade ettiğimiz üzere **Leonard Riskin**'in şeması, iki biçimsel yaklaşımı **Kolaylaştırıcı** ve **Değerlendirici** şeklinde olmak üzere, kuzey ve güney eksenini etrafında toplamıştır. Yazar, daha sonra bu şemayı dört ayrı kutuya bölerek **kolaylaştırıcı-dar** (*facilitative-narrow*), **kolaylaştırıcı-geniş** (*facilitative-broad*) ile **değerlendirici-dar** (*evaluative-narrow*), **değerlendirici-geniş** (*evaluative-broad*) arabuluculuk modelleri arasında bir ayırım yapmıştır.¹¹

⁷ LEVIN, s.269; SCOTT H. HUGHES, *Facilitative Mediation or Evaluative Mediation : May Your Choice Be Wise One*, *Alabama Lawyer*, 1998, (s.246-249), 246. Bu konuda ayrıca Bkz. ROBERT A. BARUCH BUSH, *Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation and What it Means for the ADR Field*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2002, Vol.3, (s.111-131), s.111-113.

⁸ LEONARD L. RISKIN, *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques : A Grid for The Perplexed*, *Harvard Negotiation Law Review*, 1996, Vol.7, (s.7-51), s.7 vd.

⁹ RICHARD BIRKE, *Evaluation and Facilitation : Moving Past Either/Or*, *Journal of Dispute Resolution*, 2000, Vol.2, (s.309-319), s.309. Bu konuda ayrıca Bkz. NANCY A. WELSH, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court - Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?* *Harvard Negotiation Law Review*, 2001, Vol.6, (s.3-96), s.27 vd.; CRIS M. CURRIE, *Mediating off the Grid*, *Dispute Resolution Journal*, 2004, (s.9-15), s.9 vd.

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için Bkz. RISKIN, s.26 vd. Bu konuda ayrıca Bkz. ROBERTS, s.189 vd.; KEKEÇ, s.226 vd.

¹¹ RISKIN, s.25.

ARABULUCUNUN ROLÜ DEĞERLENDİRİCİ

DEĞERLENDİRİCİ DAR	DEĞERLENDİRİCİ GENİŞ
KOLAYLAŞTIRICI DAR	KOLAYLAŞTIRICI GENİŞ

KOLAYLAŞTIRICI

C. KOLAYLAŞTIRICI ARABULUCULUK

Kolaylaştırıcı arabuluculukta (facilitative mediation), arabulucunun üstlenmiş olduğu fonksiyon, pasiftir. Şöyle ki, bu yöntemde arabulucu, bilakis kendisi geri çekilmekte, ancak tarafları aktif bir şekilde iletişim kurmaları için cesaretlendirmekte ve böylelikle taraflar uyuşmazlıklarına kendileri çözüm getirmektedir. Nitekim kolaylaştırıcı arabuluculuk adı altında; arabulucu, tarafların bağımsızlığına tamamen riayet etmekte ve adeta tarafların kendi kaderlerini kendilerinin çizmesi ve yükümlülükleri üzerinde önemle durmaktadır.¹² Bir başka ifade ile arabuluculuğun bu modelinde, arabulucu tarafların içinde buldukları durumu değerlendirmelerine, kendi menfaatleri üzerine odaklanmalarına, durumu anlamalarına ve kendi aralarında anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmaktadır. Arabulucu bunu yerine getirirken de, tarafların sorunu çözmek için yaratıcı çözümler aramalarına, optimal bir sonuç geliştirmelerine katkıda bulunmaktadır.¹³ Arabulucu bu faaliyetinde, taraflar arasında vuku bulan ihtilafta yardımcı bir fonksiyon üstlenince, sonuç olarak uyuşmazlığın çözümü tarafların kararlarına dayanmaktadır. Dolayısıyla ihtilafların çözümü için gerekli nihai sorumluluk da bizzat tarafların elinde bulunmaktadır.¹⁴

Batı doktrininde arabuluculuğun bu formu, menfaate dayalı arabuluculuk olarak bilinmektedir. Kolaylaştırıcı arabuluculuğun hedefleri, taraf egemenliği veya taraf özerkliği noktasında toplanmaktadır. Buna göre, kolaylaştırıcı arabulucular kendilerini arabuluculuk sürecine müdahalede bulunma noktasında sınırlandırmaktadır. Burada arabulucular, tarafları, diğer tarafların bakış açısından uyuşmazlığı anlamaya ve uyuşmazlıkla ilgili menfaatlerin ve ihtiyaçların ortaya çıkarılmasına dair cesaretlendirmektedir. Ancak kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinde, arabulucular taraflara uyuşmazlığa neden olan sorun hakkında ne bir tavsiyede bulunmaya ne de hukuki bir bilgi sağlamaya yetkilidirler.¹⁵ Bu bağlamda arabulucular, somut olay üzerinde uzmanlık yap-

¹² KO, s.195. Bu konuda ayrıca Bkz. **CHRIS GUTHRIE, The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering, Harvard Negotiation Law Review, 2001, Vol.6, (s.146-188), s. 146 vd.**

¹³ **LELA P. LOVE, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluative, Florida State University Law Review, 1997, Vo.24, (s.937-948), s.939; HUGHES, s.246.**

¹⁴ KO, s.196.

¹⁵ **ELLEN A. WALDMAN, The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation : Applying The Lens of Therapeutic Jurisprudence, Marquette Law Review, 1998, Vol.82, (s.155-170), s. 164; NADJA ALEXANDER, The Mediation Metamodel**

maktan ziyade, taraflar arasındaki iletişim kopukluğunun veya eksikliğinin, arabuluculuğa özgü iletişim becerileri ile kurulmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Bununla birlikte hukuki temsil söz konusu olduğu takdirde, arabulucular savunma rolü üstlenmeyip, bir danışman olarak hizmet sunmaktadırlar.¹⁶

Kolaylaştırıcı arabuluculuğun altında yatan gerekçe, bu modelde tarafların uyuşmazlıklarını birlikte yürütebilecekleri bir ortam içerisinde yapıcı bir şekilde çözümleyebilecekleri gerçeğidir. Burada uyuşmazlığın çözümüne engel olan şeyin etkili bir iletişim eksikliği olduğuna inanılmaktadır. Kolaylaştırıcı arabulucu, tarafların kendi durumlarını daha iyi anlayabilmeleri ve sorunu karşılıklı olarak halledebilmeleri için destekte bulunmaktadır. Bu modele göre, taraflar arabulucunun yaratabileceğinden daha iyi çözümler geliştirebilecektir.¹⁷ Bir başka ifade ile eğer taraflar kendi çözümlerini bulamadıkları takdirde, çözüm için bir seçenek önerebilir. Bundan dolayı kolaylaştırıcı arabulucu, arabuluculuk sürecine asgari ölçüde müdahale etmektedir.¹⁸

Kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli, esas olarak tarafların menfaatleri üzerine odaklanmaktadır. Arabulucunun çizmiş olduğu anlayışlı ve danışman imajı sayesinde, tarafların bozulmuş veya dağılmış ilişkilerinin tamir edilmesine yardımcı bulunma girişimi, kolaylaştırıcı arabuluculuğun tamamen karakteristik özelliği olup, bozulan ilişkileri tedavi edici bir nitelik taşımaktadır. Arabulucu bu faaliyeti yerine getirirken, taraflara hem durumu anlamak için soru sormakta hem de onların muhtemel seçenekler ve çözümler bulmaları için, ustaca sorular yöneltilmektedir. Bu modelde, arabulucudan taraflar arasındaki görüşmelere mümkün olduğu kadar az müdahalede bulunması beklenmektedir. Diğer taraftan, tarafların da arabulucudan bekledikleri şey, sadece müzakerelerin kesilmemesi için onun yol göstermesi ve görüşmelerin kolaylaştırılmasını sağlamasıdır.¹⁹

Kolaylaştırıcı arabulucular, menfaatlere odaklanmış arabuluculuğu muhafaza etmek için, genel olarak uyuşmazlık taraflarının katılımını artırmak ve avukatların katılımını ise azaltmak yönünde çaba harcamaktadır. Bu bağlamda esasen taraflar, menfaatleri ve öncelikleri söz konusu olduğunda bunu avukatlarından daha iyi bilmektedirler. Diğer taraftan avukatlar, menfaatlerinden ziyade haklar üzerinde düşünmeye alışkındırlar. Avukatlar, kişileri ve olayları hukuken anlamlı kategoriler içine yerleştirmeye, kurullarla tesis edilen haklar ve ödevler konusunda düşünmeye ve kişilerden ziyade kanunlara odaklanmaya eğilimlidirler. Bu şekilde, avukatın katılımı nedeniyle tarafın katılımı gölgelenmekte, arabuluculuk tipik olarak *hak merkezli* bir süreç haline dönüşmektedir.²⁰

Daha önceki açıklamalarımızda da ifade ettiğimiz üzere, kolaylaştırıcı arabulucular taraflara, karşılıklı olarak uyuşmazlıklarını anlamalarına sağlamak için yardım etme girişiminde bulunarak, böylelikle karşılıklı ilişkileri ha-

Understanding Practice, Conflict Resolution Quarterly, 2008, Vol.26, No.1, (s.97-123), s.111

¹⁶ ALEXANDER, s.111.

¹⁷ **KENNETH M. ROBERTS, "Mediating the Evaluative-Facilitative Debate: Why both Parties are Wrong and a Proposal for Settlement", Loyola University Chicago Law Journal, Vol. XXXIX, 2007 (s. 187-213), s.193.**

¹⁸ **SAMUEL J. IMPERATI, Mediator Practice Model: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation, Willamette Law Review, 1997, Vol.33, (s.703-746), s.709-710.**

¹⁹ ROBERTS, s.193.

²⁰ WARE, s.294.

sım olarak yürütmek yerine, birlikte kabul edilebilir bir çözüm üzerine çalışmaya ve işbirliği yapmaya sevk etmektedirler. Arabuluculuğun bu modeli, taraflar arasında doğrudan iletişimi kolaylaştırırken, taraflar arasındaki arabuluculuk sürecine rehberlik eden tarafsız bir arabulucunun yardımı ile onları da kendi çözümlerini geliştirmeye çalışmaktadır. Bununla birlikte kolaylaştırıcı arabulucunun çalışması, farklı yetenekleri, eğitimi ve “tarafsız” olması nedeniyle etik kriterleri gerekli görmektedir. Bu yöntem, çok derin tarih köklere sahip olup, gruplar ve bireyler arasında veya bireyler arasındaki özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların çözümü için, yargılama sistemine bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Modern zamanlarda ise, özellikle, işçilerle-işverenler arasında meydana gelen iş uyuşmazlıklarında, şirket içi uyuşmazlıklarda, topluluk uyuşmazlıklarında, kiracı-kiraya veren ihtilaflarında, ailevi uyuşmazlıklarda, çevre kirliliği uyuşmazlıklarında karşılıklı olarak tatmin edilen sonuçlar elde etmek için kullanılan bir arabuluculuk modeli olarak kabul edilmektedir.²¹

Uygulamada kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin kullanılmasının bazı yararları bulunmaktadır. Buna göre, ilk olarak taraflar uyuşmazlığın çözülmesinden sonrada -ticari, sosyal veya ailevi olup olmadığına göre- ilişkilerine devam etmek isteyebilirler.²² Bir başka ifade ile tarafların uyuşmazlıkları için getirdikleri çözümler gelecekteki çeşitli faaliyetleri bakımından yaratıcı anlaşmaları içerebilir. Bu nedenle, kolaylaştırıcı arabulucular anlaşmazlığın veya uyuşmazlığın geçmişi ne odaklanmaktadır.²³ İkinci olarak, tarafların menfaatlerine ve ihtiyaçlarına hitap eden geleceğe odaklı çözümler ve yaratıcı fırsatlar söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, taraflar eşit şartlarda müzakere yeteneğine sahip oldukları için, arabuluculuk sürecine başlamada veya müzakere-lerde çıkmaza girme güçlüğü yaşanabilmektedir.²⁴

Kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinin yararlı yönleri yanında eleştiriye açık tarafları da bulunmaktadır. Şöyle ki, anlaşmaya ulaşamadığı hallerde, arabuluculuk oturumunda paylaşılan bilgi veya görüşlerin sonradan taraflardan bir aleyhine kullanılabilmesi riski bulunmaktadır. Arabuluculuk, güvenilir bir süreç olmasına rağmen, taraflardan birinin karşı taraf hakkında, yeni bir bilgi elde ettiği hallerde, taraflar arasındaki güç dengesi değişebilmektedir. Dolayısıyla bu yeni bilgi ayrı bir kaynaktan elde edilebileceği gibi, daha sonra tahkim veya yargılama sürecinde de kullanılabilir. Bazı hallerde, kolaylaştırıcı arabuluculuğun, taraflardan birinin veyahut her ikisinin müzakere yeteneklerinin yeterli olmadığı hallerde, uygulanmasının elverişli olmadığı ileri sürülmüştür. Özellikle taraflardan birinin okuma yazma veya lisan güçlüğü çektiği haller buna örnek olarak gösterilmektedir. Bunların dışında, ayrıca kolaylaştırıcı arabuluculuk, tarafların daha fazla zaman harcamalarını gerektiren bir model olarak ortaya çıkmaktadır.²⁵

1) Kolaylaştırıcı - Dar Arabuluculuk

Riskin tarafından gerçekleştirilen şemaya göre, *Kolaylaştırıcı-Dar Arabuluculuğu*, *Değerlendirici-Dar Arabulucunun* genel stratejisini paylaşmaktadır. Dolayısıyla bu tür arabulucu, taraflara uyuşmazlığın çözülmesini başarısız

²¹ CAROL WEIGLER/JERARD WEIGLER, *Facilitative Mediation, The Alternative Dispute Resolution Alternative*, Oregon State Bar Bulletin, 2003, s.27-32), s.27-28.

²² ALEXANDER, s. 110.

²³ WEIGLER/ WEIGLER, s.28.

²⁴ ALEXANDER, s. 110.

²⁵ ALEXANDER, s. 110-111.

kılan olası sonuçları ve karşılıklı taleplerinin güçlü ve zayıf noktaları hakkında eğitim vermektedir. Bununla birlikte bu modelde arabulucu, farklı teknikler de uygulamaktadır. Arabulucu burada kendi değerlendirmelerini, tahminlerini ve önerilerini taraflarla paylaşmamakta ve onlara baskı yapmamaktadır.²⁶ Arabulucunun bu modelde rolü, genel olarak özel toplantılarda, her iki tarafın hukuki durumlarını anlayıp, katılımcılara yardım etmek amacıyla sorular sormaktır.²⁷ Kolaylaştırıcı-dar arabulucu için bu soruların mahiyeti örnek olarak, uyuşmazlık taraflarının davalarında kuvvetli ve zayıf oldukları yönlerin neler olduğu, olası bir davanın en iyi, en kötü veya muhtemel sonuçlarının ne olabileceği, bu değerlendirmenin nasıl yapıldığı, tarafların yargı yoluna gidildiği takdirde, ekonomik açıdan, gerek itibarları ve gerek duyguları açısından nasıl bir ilişkilendirme kurulacağı, tarafın bu konudaki düşüncelerinin ne olduğu, yargı yoluna başvurulduğu takdirde davanın ne kadar sürebileceği ve dava masraflarının ne olacağı şeklinde ortaya çıkmaktadır.²⁸

2) Kolaylaştırıcı - Geniş Arabuluculuk

Kolaylaştırıcı-Geniş Arabulucunun başlıca stratejisi, katılımcılara yardım etmektir. Katılımcılara menfaatlerinin altında bulunan arabuluculuğun konusunu belirlemek ve menfaatlerini karşılayan kendi çözümlerini seçmelerine ve onları geliştirmelerine yardım etmektir. Buna ilave olarak kolaylaştırıcı geniş arabulucular, katılımcılara kendilerini, kurumlarını veya topluluklarını değiştirmeye ya da geliştirmeye fırsat aramaları için de yardımcı olmaktadır. Bu arabulucular, bu faaliyeti yerine getirirken, belirli teknikleri kullanılmaktadırlar.²⁹ Bu arabulucular, değerlendirici-geniş arabulucu gibi, aynı faaliyetlerin birçoğu ile örnek olarak, menfaatlerinin önemini açıklama, sadece avukatlarının değil gerçek tarafların dikkatini toplama ve katılımını teşvik etmeyle ilgilenmektedir. Arabulucu buradaki faaliyetinde, tarafların kendi önerilerini yaratmalarını, bir arabulucudan ziyade birbirlerini ve kendi kendilerini geliştirme ihtiyacında olduklarını vurgulamaktadır. Bu şekilde değerlendirici arabulucunun aksine kolaylaştırıcı-geniş arabulucu, özel toplantılardan ziyade ortak oturumları tercih etmeye eğilimlidir.³⁰

D. DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

Değerlendirici arabulucu, tarafların hukuki menfaatlerini karşılamaktan ziyade, hukuki hakları ile ilgilenmektedir. Değerlendirici arabuluculuğun temel düşüncesi, tarafların içinde buldukları durumu, esas konuyu bilen bilgili ve kültürlü tarafsız bir üçüncü kişinin uyuşmazlığa düşen taraflara yardım edebileceği anlayışıdır. Değerlendirici arabulucu taraflara tavsiyede bulunmakta, değerlendirme yapmakta, somut olaya ilişkin, - dava hakkında hakim veya jürinin muhtemelen nasıl bir karar verebileceğine ilişkin görüşünü içeren- görüşlerini ifade etmektedir. Bu sürecin bir bölümü, değerlendirici arabulucunun genellikle önemli bir zamanının tarafların davalarının zayıf noktalarının ve dava açmak istediklerinde dava masraflarının ne olacağı konusunda tarafları etkilemeye yöneliktir.³¹

²⁶ RISKIN, s.28.

²⁷ RISKIN, s.28.

²⁸ RISKIN, s.28, dn.68.

²⁹ RISKIN, s.32.

³⁰ RISKIN, s.32-33.

³¹ LEVIN, s.269. Bu konuda ayrıca Bkz. GUTHRIE, s.146 vd.

Değerlendirici arabuluculuk yukarıda da belirttiğimiz üzere, tarafların hukuki hakları üzerine odaklanmış olup, her bir tarafın ileri sürdüğü iddiayı değerlendirmektedir. Bununla birlikte değerlendirici arabuluculuk hukuk üzerine odaklanmasına rağmen, bu süreç, çözümleri belirlemek için üçüncü kişinin müdahalesini gerektiren, geleneksel yargılama yöntemlerini içermemektedir. Değerlendirici arabulucu uyuşmazlığın sebebi ve onun altında yatan esas üzerine odaklanmaktadır. Bu modelde arabulucu tarafların menfaatlerini de göz ardı etmemekte, bu bakımdan kolaylaştırıcı arabuluculuktan daha uygulamalı bir odak noktasına sahip bulunmaktadır. Bu daha geniş hukuki odak noktası nedeniyle, taraflar genel olarak değerlendirici arabulucudan hukuki temele sahip olmalarını beklemektedir. Kolaylaştırıcı arabulucunun aksine, değerlendirici arabulucunun uyuşmazlık konusunda en azından belli ölçüde deneyimli olması esas tutulmaktadır. Böyle bir bilgi, yerinde sorular sormak için gerekli olup, ayrıca makul bir yönlendirmeye rehberlik etmek ve tarafların taleplerini gerçekçi bir şekilde yeniden değerlendirebilmek için de gereklidir.³²

Değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation), arabulucunun arabuluculuk faaliyetinde aktif rolünü vurgulamaktadır. Arabuluculuğun bu modelinde, arabulucu kolaylaştırıcı arabuluculukta kabul edilenlere ilave olarak bazı başkaca yükümlülükler üstlenmektedir. Değerlendirici arabuluculukta, özellikle arabulucunun rolü olarak altı çizilen konu, arabulucunun öneriler getiren veya somut durum hakkında uygulanabilir bir çözüm sunan ve uyuşmazlığın her bir tarafının zayıf noktalarını veya aktif değerlendirme gücünü bilen kişi olarak tanımlanmasıdır.³³

Değerlendirici arabulucu, tarafların anlaşmaya ulaşmaları gerekli uygun zemini hazırlama konusunda gereken rehberliği ve tarafların istedikleri durumu göz önünde tutmaktadır. Bu yaklaşıma bağlı olarak, uyuşmazlığın çözümüne engel olan nokta, tarafların taleplerinin önemi konusunda, kendilerinde gerçekçi olmayan görüşlerin kökleşmiş olmasına bağlanmaktadır. Bu konuda arabulucu, tarafların kendi durumlarını daha gerçekçi bir şekilde yeniden değerlendirmelerine ve buna göre bir sonuca ulaşmalarına yardım etmek için gerçeğin temsilcisi “agent of reality” olma sıfatıyla bir ödev yüklenmektedir.³⁴ Değerlendirici arabulucu bu görevi ifa ederken, aynı zamanda taraflara dava açmaları halinde, dava masraflarının ne kadar olacağını ve dava yolunun riskleri hakkında, her iki tarafın birlikte katıldıkları veya özel toplantılarda bilgi vermesi, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde güçlü ve zayıf oldukları noktalar konusunda aydınlatması gerekmektedir.³⁵

Doktrinde **Menkel-Meadow**, özellikle karmaşık arabuluculuğun hukuki soruları ve arabulucunun davanın olası sonuçları veya davanın hukuki esasının değerlendirilmesi veya tahmin edilmesini ihtiva ettiğini belirtmektedir.³⁶ Nitekim değerlendirici arabuluculukta arabulucu, kolaylaştırıcı arabulucunun faaliyetinden farklı bir şekilde hareket etmektedir. Zira burada arabulucu tavsiyelerde bulunabilir, değerlendirme yapabilir, adil teklifler önerebilir, bir veya daha fazla konuda işleyebilir çözümler getirebilir ve olası sonuçları içeren gö-

³² STULBERG, s.995; HUGHES, s.246; ROBERTS, s.195.

³³ KO, s.196; **KIMBERLEE K. KOVACH, The Vanishing Trial: Land Mine On The Mediation Landscape or Opportunity for Evaluation : Ruminations on the Future of Mediation Practice, Cardozo Journal of Conflict Resolution, 2006, Vol.7, (s.27-75), s.57.**

³⁴ BIRKE, s.315; ROBERTS, s.196.

³⁵ STULBERG, s.995; ROBERTS, s.196.

³⁶ **CARRY MENKEL-MEADOW, Is Mediation the Practice of Law, Alternatives to the High Cost of Litigation, 1996, (s.57-61), s.61.**

rüşlerini ifade edebilir.³⁷ Bir başka ifade ile değerlendirici arabulucu, kolaylaştırıcı arabuluculuğun aksine, arabulucunun sürecin her aşamasında, davanın esası ile görüşlerini belirtmesi nedeniyle müdahaleci bir tutum izlemektedir.³⁸

1) Değerlendirici - Dar Arabuluculuk

Değerlendirici-Dar Arabuluculuğun başlıca stratejisi, dava açıldığı takdirde olası sonuçlarına veya arabuluculukta taraflar bir çözüme ulaşamadıkları takdirde kullanacakları diğer süreç ne olursa olsun, durumlarının zayıf ve güçlü oldukları noktaları anlamalarına yardım etmektir.³⁹ Burada değerlendirici-dar arabulucunun, taraflarınki kadar en az kendi eğitimi de önem taşımaktadır. Arabuluculuk faaliyeti başlamadan önce, arabulucu uyuşmazlık ile ilgili belgeleri örneğin iddiaları içeren talepleri, delilleri, raporları ve arabuluculuk belgesini inceleyecektir. Arabuluculuğun başlangıcında, arabulucu müşterek bir oturumda taraflardan normal olarak durumlarını görüşmek amacıyla, uyuşmazlıklarını anlatmalarını isteyecektir. Bundan sonraki aşamalarda çoğu arabuluculuk faaliyeti özel oturumlarda, arabulucunun taraflardan uyuşmazlığın çözümü için, ilave bilgi toplayacağı ve değerlendirici teknikleri uygulayacağı şekilde yerine getirilecektir.⁴⁰

2) Değerlendirici - Geniş Arabuluculuk

Değerlendirici-Geniş Arabulucunun tekniklerini ve stratejilerini tanımlamak daha güç bir meseledir. Bu tip arabulucunun başlıca stratejisi, tarafların içinde bulunduğu durumları ve altında yatan menfaatleri ve bireyleri veya grupları etkileyen başkaca konular hakkında bilgi edinmektir. Daha sonra da bu bilgiyi kullanmak için, tarafları bu menfaatleri karşılayan sonuca doğru yönlendirmektedir. Dolayısıyla arabulucu bu stratejiyi yerine getirmek için, farklı teknikler kullanacaktır.⁴¹

Riskin, 1996 tarihli makalesinde, önce ikili ve sonra da dördü bir ayrımaya tabi tuttuğu arabuluculuk şemasında amacının, arabuluculuk görüşmelerini kolaylaştırmak, arabuluculuğa yaklaşımları anlamak ve kategorize etmek için bir sistem sağlayan argümanları açıklamak olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu şemanın amacı, arabuluculuk modellerinden birini diğerine daha üstün tutmak değildir. Yazar burada, uygun arabuluculuk yöntemini seçmek ve anlamak için şemanın bir araç olduğunu vurgulamaktadır. Bunun yanı sıra iki eksen etrafında toplanan farklı stillere ve tekniklere dayalı arabulucuların yaklaşımlarını ve kategorilerini açıklamayı amaçlamaktadır.⁴²

E. LEONARD RİSKİN'İN ŞEMASINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinde üstlenmesi gereken rolün ne olması gerektiği konusunda **Riskin** tarafından oluşturulan kolaylaştırıcı- değerlendirici arabuluculuk şemasına ilişkin olarak yapılan ilk eleştiriler, **Kovach**

³⁷ RISKIN, s.28; LOVE, s.938; HUGHES, s.246.

³⁸ IMPERATI, s.711.

³⁹ RISKIN, s.26 vd.

⁴⁰ RISKIN, s.26-27.

⁴¹ RISKIN, s.29-30.

⁴² RISKIN, s. 3 vd.

& Love tarafından yapılmıştır. Bu yazarlara göre⁴³, “değerlendirici” arabuluculuk bünyesi içinde bir tezat (oxymoron) ihtiva etmektedir. Zira arabulucunun burada bir tarafın lehine, diğerine karşı devamlı olarak değerlendirme yapması tarafsızlığını tehlikeye düşürmektedir. Buna ilave olarak, arabulucunun değerlendirme faaliyetleri taraflarca problemin çözümü ve anlayış arasında cesaret kırıcı olmaktadır. Bu nedenle bazı durumlarda değerlendirmelerin aleyhine olduğu taraf arabulucunun tarafsız olmadığı düşüncesiyle arabuluculuk sürecini açık bir şekilde bırakabilmektedir.

Bu konuda **Ware**⁴⁴ ise, şöyle bir yorumda bulunmaktadır: Esas olarak arabulucunun değerlendirici olup olmaması evet veya hayır sorusu ile ilgili olmayıp bir derece sorunudur. Yazara göre, bir davanın ödeme değeri hakkında ortaya bir dolar koyan bir arabulucu, mümkün olduğu kadar değerlendirici sayılmaktadır. Arabulucunun ustaca taraflardan birine mahkemeye gidildiği takdirde, her zaman bazı belirsizliklerin olacağına dikkat çekmesi veya arabulucunun belirsizlik hakkında tarafı uyarması, tarafın gerçekçi olmayan beklentilerine, ılımlı bir şekilde yardım edebilir. Bütün bunlar arabulucu tarafından gerçekleştirilen değerlendirme kapsamına girmektedir. Yazara göre, değerlendirme kaçınılmaz olabilir. Tarafların durumlarının güçlü oldukları yönler hakkında görüşünü hiç bir zaman açığa vurmeyen bir arabulucu bulmak çok zordur.⁴⁵ Nitekim kendilerini değerlendirici olarak düşünmeyen arabulucular bile, sıklıkla yerine göre kaba bir şekilde taraflara teklif edilen durumu yeniden düşünmeye zorlayabilir veya taraf önerilerini toplantı sırasında yanlış yola sevk edebilmektedir.⁴⁶ Bu anlamda bir arabulucu, sorulan veya sorulmaması uygun görülen sorular, takip edilen veya görmezlikten gelinen açıklamalar yoluyla, yüzünün ifadesi ve sesinin tonuyla esas olarak dava hakkında görüşlerini arada söylemektedir.⁴⁷

Bu konu ile ilgili olarak, **Roberts**⁴⁸ ise, bu durumu şöyle ifade etmektedir. Bu yazara göre, değerlendirici unsurlarıyla arabuluculuk, tarafların kendilerinin anlaşmaya ulaşmalarına yardım ettiği için gereklidir. Buna rağmen değerlendirici arabulucular, arabuluculuğun diğer prensiplerini son derece ihlal etmektedirler. Eğer odak noktası tarafların kendi çözümlerini yaratabilme yeteneğini ortaya koyuyorsa, kontrol arabuluculuğuna ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim bu alandaki pazar güçleri değerlendirici veya kolaylaştırıcı yöntemleri açısından verimli olmayan arabulucuları bertaraf edecektir. Eğer taraflar arabuluculuk sürecine başlanılmadan önce, arabulucunun yaklaşım modelini bilmiyorsa, arabuluculuktan vazgeçme hakkını daima ellerinde tutmaktadırlar.

F. LEONARD RİSKİN'İN YENİ ESKİ ve YENİ YENİ ŞEMALARI

Leonard Riskin, “Arabuluculukta Karar Alma : Yeni Eski Şema ve Yeni Yeni Şema Sistemi”⁴⁹ konulu 2003 tarihli makalesinde, 1996 tarihli çalışmasında ortaya koyduğu şema ile bu sistemi önermesinin gerekçelerini şu şekilde

⁴³ **KIMBERLEE K. KOVACH & LELA P. LOVE**, “Evaluative” Mediation is An Oxymoron, *Alternatives to High Cost Litigation*, 1996, Vol.14, (s.31-32), s.31.

⁴⁴ WARE, s.295.

⁴⁵ WARE, s.295.

⁴⁶ STULBERG; s.1002-1003; WARE, s.295.

⁴⁷ WARE, s.295-296; KEKEÇ, s.230.

⁴⁸ ROBERTS, s.212.

⁴⁹ **LEONARD L. RISKIN**, *Decisionmaking mediation, The New Old Grid and The New New Grid System*, 2003, Vol.79, (s.1-53), s.1 vd.

belirtmiştir. Yazara göre, çok sayıda farklı yöntemler dizisi arabuluculuk olarak isimlendirilmektedir. Fakat bunları büyük ölçüde tanımlayan veya açıklayan kabul edilmiş bir sistem bulunmamaktadır. Bu sebeple yaygın olarak arabuluculuk olarak nitelendirilen tamamen farklı yöntemler arasında ayırım yapmak için, ayrı terim ve içerikler kullanarak bunu sağlamak gerekmektedir. Bunun yanında yazar; bu şemanın, bir uyuşmazlıkta tarafların ve avukatlarının, arabuluculuğa başvurup başvurmamaya karar vermeleri, nasıl bir arabulucu seçecekleri, arabuluculuğa nasıl hazırlanacaklarını ve arabuluculuğa katılma konularında yardım edeceğini düşünmüştür.⁵⁰ Arabulucuların çalışmalarını daha iyi anlamalarına yardım eden bu şemanın, program yöneticilerinin arabulucunun seçimi, eğitimi ve atamalarına ve devlet kurumlarının arabuluculuk uygulamasını düzenlenmesine katkı sağlayacağına inanmıştır.⁵¹

Riskin'e göre, şema arabuluculuğun niteliği, nasıl tanımlanacağı ve düzenleneceği hakkındaki tartışma ve görüşmelerin çoğunu çerçevelemiş ve harekete geçirmiştir. Uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuk üzerine birçok kitap ve makalede, arabuluculuk eğitim programlarında, hukuk fakülteleri ve üniversite programlarında şema yer almaktadır. Bu şema sistemi, arabuluculuk uygulamasını düzenlemek, taraflara arabulucu seçiminde yardım etmek ve tarafların kendi yaklaşımlarını anlamalarına arabulucuların yardımcı olmasını amacıyla hazırlanmıştır.⁵² Yazara göre, *arabulucu* olarak bilinen binlerce kişi *değerlendirme* yaptığından, değerlendirimin arabuluculuğun bir parçası olmadığı söylemek için çok geçtir. Bu şema gerçekte insanlara karmaşık gerçeklikten bir anlam çıkarmalarına yardım etmiş ve bir arabulucunun esas itibarıyla belli bir yöne yönelmesini ve yaklaşımını nitelendirmesine hizmet edebilmiştir.⁵³

Roberts'a⁵⁴ göre, bir arabulucu tipi seçmek, gerçekten arabuluculuğa başvuran tarafların işi değildir. Esasen arabulucuların çoğu tarafların ihtiyacı olan davayı açmak için, arabuluculuk süresince kendi stratejilerini uyarlamaya çalışmaktadır. İyi bir arabulucu, tarafların ihtiyaçlarını daha iyi anlayacak ve arabuluculuğu hazırlamak için gerekli olan beceriyi tespit edecektir. Arabulucular belirli bir yaklaşımı kullanarak uygulamayı tercih etmelerine rağmen, *kolaylaştırıcı – değerlendirici* şeklindeki ayırımı kullanmak yerinde değildir.

Riskin, 2003 tarihli makalesinde, gerek kendisinin yaptığı gerek dışarıdan gelen eleştiriler sebebiyle, şemasında değişiklik yapma gereğini duymuştur. Yazar, bu makalesinde terimleri değiştirmeyi önermiş ve terminoloji üzerine yapılan tartışmayı kabul etmiştir. Böylelikle *değerlendirici* yerine *yol gösterici* veya *yönlendirici* anlamına gelen (directive) teriminin, bu ayırımı daha iyi açıkladığını belirtmiştir. Bunun yanında *gerçeği ortaya çıkarma* anlamına gelen (elicit) teriminin kolaylaştırıcı teriminden daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Aynı şekilde *yönlendirici* ve *gerçeği ortaya çıkartıcı* terimlerinin, arabulucunun rolünü dayanak noktası açısından *kolaylaştırıcı ve değerlendirici* terimlerinden daha iyi ifade ettiğini açıklamıştır.⁵⁵ **Riskin**, arabulucunun yöntemlerine ilişkin yeni şemanın, arabuluculuk sürecine katılanların, belirli bir prosedüre, bakış açısına veya sonuca doğru, arabulucu tarafından yönlendirilmelerinin, arabulucunun tutum ve davranışlarını anlamaya daha iyi yardım

⁵⁰ RISKIN (Decisionmaking mediation), s.3-4.

⁵¹ RISKIN (Decisionmaking mediation), s.4.

⁵² RISKIN (Decisionmaking mediation), s.4-6.

⁵³ RISKIN (Decisionmaking mediation), s.7.

⁵⁴ ROBERTS, s.191.

⁵⁵ RISKIN (Decisionmaking mediation), s.30 vd. (**Roberts**'a göre, kolaylaştırıcı ve değerlendirici arasında ayırımı gösteren bu terim değişikliği önemli değildir. ROBERTS, s.192).

ettiğini savunmuştur. Yazara göre, yönlendirici arabulucu davranışı çok kısa vadede taraf bağımsızlığını neredeyse ihlal etmektedir. Bununla birlikte zaman zaman taraf bağımsızlığını teşvik etmek için önemli de olabilmektedir. Örneğin, arabulucu belirli temel kuralları tespit etme ve bu kuralları uygulamakta yönlendirici olmaktadır.⁵⁶

Riskin, eski yeni şemayı (new old grid) hazırladıktan sonra, bu şemanın kullanımı konusunda, eski şemanın sınırlamalarını bünyesinde barındırdığından bahisle bazı çekinceleri olduğunu ifade etmiştir. Buna göre yazar; ilk olarak, bu şemanın genel eğilimine işaret ederek, arabulucunun da bu çerçeveye içine dahil edilmesinin, arabuluculuk faaliyetinin esnek olmasını güçleştirebileceğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla bu durum arabulucunun, taraflara, onların avukatlarına, açık fikirle olaylara yaklaşımına ve arabulucunun becerisine zarar verebilecektir. İkinci olarak, eski şema ile bağlantılı biçimde belli bir arabulucuyu genel eğilimle nitelendirmek, genel olarak mantıksız ve neredeyse imkânsızdır. Bu sebeple terminolojiyi değiştirmek sorunu çözmektedir. Koylaştırmacı ve değerlendirici terminoloji ile ilgili olarak tartışılan konular, karmaşıklıktan ve belirsizlikten kaçmaya yardım etmemektedir.⁵⁷ Örneğin, neredeyse her arabulucu bazı konular üzerinde *yönlendirici* (directive); bazı konularda ise, *gerçeği ortaya çıkartıcı* (elicit) arabuluculuk süreci yürütmekte ve bu arabulucuların yürüttükleri faaliyet hem yönlendirici hem de gerçeği ortaya çıkartıcı şekilde her ikisini birden kapsamına alabilmektedir. Böylece bir arabulucu, belirli durumları anlamak ve tarafların tercihlerinden gerçeği ortaya çıkartmak için taraflara sorular yöneltebilmektedir.⁵⁸

ARABULUCUNUN ROLÜ YÖNLENDİRİCİ

YÖNLENDİRİCİ DAR	YÖNLENDİRİCİ GENİŞ
GERÇEĞİ ORTAYA ÇIKARTICI DAR	GERÇEĞİ ORTAYA ÇIKARTICI GENİŞ

GERÇEĞİ ORTAYA ÇIKARTICI ARABULUCUNUN ROLÜ

Aynı şekilde bir arabulucunun, taraflarından birine, diğer tarafla gelecekte ticari ilişkiler kurmayı düşünüp düşünmediğini sorması, açık bir şekilde gerçeği ortaya çıkartıcı bir hamle özelliğine sahiptir. Fakat bazen sorulan soru çok fazla yönlendirici olabilmektedir.⁵⁹

Bir başka deyimle ile yönlendirici ve gerçeği ortaya çıkartıcı arabulucunun hareketleri arasındaki ilişkide karmaşık ve dinamik bir nitelik bulunmaktadır. Daha doğru bir ifade ile arabulucunun yönlendirici ve gerçeği ortaya çı-

⁵⁶ RISKIN (Decisionmaking mediation), s.30-31.

⁵⁷ RISKIN, s.32.

⁵⁸ RISKIN, s.32.

⁵⁹ RISKIN, s.32.

kartıcı hareketlerinin her biri diğerinin kökenini içermektedir. Örnek olarak, arabulucu çok yönlendirici olduğunda - tarafları anlaşmaya ulaşmaları için zorladığında- böyle bir yönlendirme sonucu, taraflar arasında bir anlaşmaya sağlanamazsa, arabulucu tarafların kendi yönelimlerini sağlamak için çözüm aramaları doğrultusunda daha fazla gerçeği ortaya çıkartıcı olmaya ihtiyaç duyabilmektedir. Bu nedenle, çok fazla yönlendirici davranış, yerini gerçeği ortaya çıkartıcı davranışa bırakmak zorundadır.⁶⁰

Riskin, yeni yeni şema (new new grid) sisteminde, iki konuya dikkat çekmek suretiyle iyi arabuluculukta karar almayı kolaylaştırmayı planlamıştır. Bunlardan ilki, arabuluculuk hakkında ve içinde çok sayıda potansiyel karar alma ve farklı katılımcıların bu kararları hangi ölçüde etkilediği hususu olmuştur. Yazara göre, bu sistem şemalar yoluyla çalışmakta ve eski şemadaki gibi münhasıran arabulucu üzerine odaklanmaktan ziyade, arabuluculuk sürecine katılan bütün katılımcılara, arabulucuya, taraflara ve avukatlara eşit özeni göstermektedir.⁶¹

ARABULUCUNUN ETKİSİ

KONU TARAF/AVUKATIN ETKİSİ KONU

Kolaylaştırıcı arabuluculuk gibi, değerlendirici arabuluculuk da, yönlendirici (directive) ve yönlendirici olmayan (non-directive) şekilde olmaktadır. Değerlendirici yönlendirici arabuluculukta, arabulucu tarafların durumuna göre, onları anlaşmaya ulaşmaya yönelik önerilere, davanın tahmini sonuçlarına, uyuşmazlığın çözümüne doğru teşvik etmektedir. Bu arabulucu sadece değerlendirmeler yapmakla kalmamakta, aynı zamanda tarafları anlaşmaya ulaşmaları için baskı da yapmaktadır.⁶² Yönlendirici arabulucunun görevi, 1) uyuşmazlığın her bir tarafının davanın zayıf ve güçlü oldukları noktaları, 2) tahmini sonuçları, 3) duruma dayalı çözüm önerilerini belirtmek, 4) belirli bir öneriyi kabul etmeleri için tarafları teşvik etmektir.⁶³

Buna karşılık yönlendirici modelin aksine, yönlendirici olmayan modelde, arabulucu sadece uyuşmazlık konularının bazılarını değerlendirmekte, görüşmeleri yönlendirmeden, bilgiyi sadece çözümleri yönlendirmek için kullanmaktadır. Yönlendirici olmayan arabulucunun görevi, 1) tarafların menfaatleri hakkında bizzat kendisi eğitim vermekte, 2) anlaşmaya ulaşmanın başarsız olması halinde tahmin etkilerini belirtmekte, 3) geniş menfaate dayalı tek-

⁶⁰ RISKIN, s.33.

⁶¹ RISKIN, s.34.

⁶² BUSH, s. 113-114; ROBERTS, s.196.

⁶³ ROBERTS, s.196.

lifleri destekleme ve geliştirme, 4) bir öneriyi kabul etmeleri için tarafları teşvik etmektedir.⁶⁴ Değerlendirici arabuluculuğun bireysel menfaatlerden ziyade hukuki haklar üzerinde kökleştiği göz önünde tutulmasına rağmen, tarafların menfaatleri üzerine de toplanabilir. Kolaylaştırıcı arabuluculuğun aksine, yine de yönlendirici olmayan değerlendirici arabuluculuk, yönlendirici kolaylaştırıcı arabuluculuktan daha çok müdahale edilmesini ve karışılmayı gerektirmektedir. Değerlendirici ve kolaylaştırıcı arabuluculuk arasında önemli bir fark, değerlendirici arabuluculuk yaklaşımını savunanların kolaylaştırıcı arabuluculuk sürecini reddetmeleridir. Bunun yerine, değerlendirici arabulucuların birçoğu değerlendirme olgusunu, uyuşmazlıkların çözümünde taraflara yardım eden bir araç olarak dikkate almaktadırlar. Değerlendirici araçların kullanılması ile arabulucu taraflara, çözüme daha yakın hale getiren, güvenilir değerlendirmeler yoluyla gerçeğe uygun “reality check” teklifler sunmaktadır.⁶⁵ Bu durum, kolaylaştırıcı modelin uygun olmadığı, karmaşık olarak nitelendirilebilecek davalarda özellikle önem taşımaktadır. Bununla birlikte değerlendirici arabuluculuk modeline çözüm yaratma sınırlı olduğundan bahisle eleştiri getirilmektedir. Bununla birlikte bu modelin savunucuları, değerlendirici arabuluculuğun seçimleri ve seçenekleri daralttığını ve kolaylaştırıcı arabuluculuğun ise onları daha genişlettiğini, ancak değerlendirmenin de sorunlara çözüm getirmek için en önemli konulara odaklandığından bahisle gerekli bir araç olduğunu ileri sürmektedirler.⁶⁶

III. KOLAYLAŞTIRICI VE DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK ÜZERİNE ELEŞTİREL YAKLAŞIMLAR

Amerikan doktrininde **Riskin** tarafından hazırlanan kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk şeması yazarların iki farklı arabuluculuk modeli üzerinde kutuplaşmalarına neden olmuştur. Bu konuda özellikle **Golann** ve **Aaronn** gibi bazı yazarlar, arabuluculukta değerlendirme modelinin kullanılması hususunda, değerlendirmenin arabulucunun cephaneliğinde yer alan meşru bir silah olduğunu, bunun ya etkili ya da ne zaman ve nasıl kullanıldığına bağlı olarak patlayıcı olabileceğini ileri sürmüşlerdir.⁶⁷ Bu yazarlara göre, “**değerlendirme**” hukuki bir talebin değeri ve muhtemel sonucu konusunda tarafsız bir görüş belirten yöntemdir. Dolayısıyla değerlendirme, bir davada genel sonuç üzerine veya tek bir konuya odaklanabilir. Bu durum şu şekilde örneğin, zararın 25.000 \$ ile 75.000 \$ arasında değişmesi, sayısal olasılıklar (%40 şans), veya kesin bir rakamla (100.000 \$ değerinde bir dava) ifade edilebilir. Bunun dışında değerlendirme kesinlik (davacı davayı kazanacak...) veya belirsizlik (hakkında şüphelerim var gibi..) taşıyabilir. Bu nedenlerden dolayı, değerlendirmeyi zaman zaman gerçeği değerlendirme yetisi “**reality testing**” denilen gerçeklik testinden ayırt edebilmek güçtür. Hemen hemen bütün arabulucular gerçeği test etmek istemekte, uyuşmazlığa düşen taraflara, davalarının zayıf ve güçlü noktaları hakkında sorular sormaktadır.⁶⁸ **Golann** ve **Aaronn** özellikle arabulucunun bu rolde, uyuşmazlığın esası hakkında kişisel görüşünü tamamen açığa vurmaksızın daha gerçekçi olmaya tarafları zorlayarak, şeyta-

⁶⁴ ROBERTS, s.196.

⁶⁵ ROBERTS, s.196-197.

⁶⁶ ROBERTS, s.197.

⁶⁷ DWIGHT GOLANN & MARJORIE CORMAN AARON, **Using Evaluations in Mediation, Dispute Resolution Journal, 1997, (s.26-33), 27.**

⁶⁸ GOLANN & AARON, s.27. Bu konuda ayrıca Bkz. JAMES ALFINI/GERALD S. CLAY, **Should Lawyer-Mediators Be Prohibited from Providing Legal Advice or Evaluations, Dispute Resolution Magazine, 1994, Vol. 1, (s.8-11), s.8 vd.**

nın avukatı olarak hareket ettiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, arabulucular gitgide gerçeklere ve delillere aşına olduklarından dolayı, bir davada mahkemenin nasıl bir hüküm vereceği konusunda da kaçınılmaz olarak bir görüş oluşturmaktadır.⁶⁹

Bu yazarlar, çoğu uyuşmazlıklarda kullanılan değerlendirmeden, muhtemelen yardımcı olacağı düşünülen durumlarda bile ilk veya ikinci başvuru aracı olarak yararlanılmasını desteklemediklerini ileri sürmüşlerdir.⁷⁰ Buna karşılık, literatürde **Roberts** bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir. Yazara göre, Kolaylaştırıcı arabuluculuğu savunanlar, değerlendirici arabuluculuğu eleştirmelerine rağmen, bu bilakis doğru değildir. Çünkü değerlendirici arabuluculuk, arabuluculuğun gerekli bir bölümü olarak değerlendirmenin göz önünde tutulmasını savunmaktadır. Hâlbuki onlar, kolaylaştırıcı arabuluculuk ile bağlantılı olarak onu bir araç olarak kullanmayı dikkate almaktadırlar. Özellikle karmaşık nitelikteki ticari davalarda, kolaylaştırıcı ve değerlendirici arabuluculuk arasında ayırım yapılması isabetli değildir. Bu nedenle, arabuluculuğun kolaylaştırıcı elementi olarak nitelendirilebilmek için, bazı değerlendirici öğeleri zorunlu olarak kapsamaması gerekmektedir.⁷¹ Dolayısıyla çoğu arabuluculuk hem kolaylaştırıcı hem de değerlendirici yöntemlerin bileşimini ihtiva etmektedir. Burada başarının en önemli tespiti, tarafların durumları hakkında daha iyi bilgilendirmeyi yapabilmesi için, bunu arabulucunun yeteneğine bırakmaları olmaktadır.⁷²

Değerlendirici arabuluculuk, başarılı bir arabuluculuğun şansını ve çözümünü artırmaktadır. Değerlendirici arabuluculuğun faydaları, arabuluculuk sürecinin faktörlerinden hareket edilerek esas konulara gelindiğinde ortaya çıkmaktadır. Arabuluculukta, değerlendirici modelin kullanılması, arabulucunun hakim rolü oynamasını, nihai olarak doğru veya yanlış karar vermesini, kabul etme veya reddetme yönünde yargılama yapmasını gerektirmemektedir. Bilakis, değerlendirici arabuluculuk, taraflara ilave bilgiler elde etmek, durumlarını yerinden değerlendirmek, her iki tarafa çözüme daha yakın oldukları düzenli bir plan önermek için bir yardım aracıdır.⁷³

En güvenilir kolaylaştırıcı arabulucular bile değerlendirici olan veya değerlendirici olarak algılanabilen araçları kullanabilmektedir.⁷⁴ Doktrinde **Kovach** ve **Love** genel olarak değerlendirici arabuluculuğu eleştirenler arasında yer almaktadır.⁷⁵ Bu yazarlara göre, arabuluculuk tamamen, tarafların iletişim kurmalarına yardım eden, müzakere edilen bütün konuları belirleyen ve taraflar arasında kabul edilebilir çözümler geliştiren hususlar ile sınırlı tutulmalıdır.⁷⁶ Bu konuda aynı görüşü savunan **Moberly**'e göre ise, değerlendirici arabuluculukta başlıca iki tehlike bulunmaktadır. Bunlardan ilki, değerlendirici arabuluculuk modelinde, tarafların irade özerkliğinin muhtemelen kaybol-

⁶⁹ GOLANN & AARON, s.27.

⁷⁰ GOLANN & AARON, s.33.

⁷¹ ROBERTS, s.197.

⁷² ROBERTS, s.207-208.

⁷³ ROBERTS, s.209.

⁷⁴ LEVIN, s.269.Bu konuda ayrıca Bkz. ROBERTS, s.209.

⁷⁵ KOVACH & LOVE (Oxymoron), s.31-32.

⁷⁶ KOVACH & LOVE (Oxymoron), s.32. Bu konuda aynı fikirde Bkz. ROBERT B. MOBERLY, Mediator Gag Rules : Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise ? South Texas Law Review, 1997,Vol.38, (s.669-679), s.670; JEFFREY W. STEMPEL, Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing A Flexible Concept of The Mediator's Role, Florida State University Law Review, 1997, Vol.24, (949-984), s.950.

masıdır. İkincisi ise, arabulucunun muhtemel bağımsızlığının kaybolması riskidir.⁷⁷ Ancak değerlendirici arabuluculuk, açık bir şekilde belirli koşullarda, özellikle uyuşmazlığın her iki tarafının danışman tarafından temsil edildiği davalarda- bazı yararlar sağlayabilmektedir. Yazara görüşüne göre, haksız fiil davalarında, yapı ve inşaat uyuşmazlıklarında, karmaşık hukuk davalarında değerlendirici arabuluculuğu uygulanmasını destekleyen taraftarları bulunmaktadır.⁷⁸

Bu konuda **Bush**'a göre, birçok uyuşmazlıkta taraflar üzerine baskı ve yönlendirme yapılmaksızın, müzakereleri desteklemenin yararlı yolları olarak değerlendirme teknikleri düşünülmelidir. Ancak değerlendirmenin kolaylıkla baskı ve yönlendirmeye dönüşmesi ve uygulamada bunun sıklıkla görülmesinden söz edilmektedir. Literatüre bakıldığında, bu durumun yaşandığı hallerde, tarafların süreç üzerindeki kontrolleri ve özerklikleri (self-determination) azalacaktır.⁷⁹

Diğer taraftan değerlendirici arabuluculuğu eleştirenler bile bazı faaliyetlerde kolaylaştırıcı arabuluculuğun "değerlendirme derecesini" içermesinin önemli olduğu kabul etmektedir. Bu konuda özellikle **Kovach** ve **Love** arabulucunun değerlendirme faaliyetlerini, arabulucunun kolaylaştırıcı rolünün önemli bir parçası olarak görmektedir.⁸⁰ Bunlar arasında, taraflar arasında başarılı bir işbirliği için fırsatı yaratmak için, görüşme gündemi oluşturmak; bilgiler ve ilave çözümler elde etmek için, tarafları teşvik etmek, gerçekçi görünmeyen veya yetersiz görünen veya müzakereyi sona erdirebilen teklifleri tartışmak; bir tarafın doğru şekilde anlamasını sağlamak ve durumları ve de karşı değerlendirmeleri göz önüne almak için, durumları ve değerlendirmeleri derinlemesine incelemek ve taraflara çözüm için olasılıklar hakkında önerilerde bulunmaları, seçenekler üretmeleri için teşvik etmek gibi unsurlar yer almaktadır.⁸¹ **Roberts**'a göre, Bu bağlamda kolaylaştırıcı arabuluculuğu savunan yazarlar da, yukarıda sayılan bütün bu elementlerin arabuluculukta bulunmasına gerek olduğunu kabul etmektedirler. Dolayısıyla kolaylaştırıcı arabuluculuk ile değerlendirici arabuluculuk arasında bir sınır çizilmesi, görüşüne bakıldığında arabuluculuk üzerine karışıklığın artmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle karmaşık nitelikteki ticari davalarda, arabuluculuk sürecinin genelinde kolaylaştırıcı faaliyetin tamamen arabulucuya kalmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir.⁸²

Bu bağlamda arabuluculukta değerlendirmenin kullanılması, arabulucunun yargısal anlamda kesin kararlar vermesini gerektirmemektedir. Zira burada nihai hüküm mevcut değildir. Burada arabuluculuğa dört tane değerlendirici unsur ilave edilmektedir. Bunlar: 1) bilgi elde etme, 2) tavsiyede bulunma, 3) sonuçları tahmin etme, 4) olası çözümlerde bulunma şeklinde ifade

⁷⁷ MOBERLY, s.670-671.

⁷⁸ MOBERLY, s.671. Bu konuda aynı fikirde Bkz. JAMES H.STARK, The Ethics of Mediation Evaluation : Some Troublesome Question and Tentative Proposal, From An Evaluative Lawyer Mediator, South Texas Law Review, 1997, Vol.38, (s.769-799), s.770-771.

⁷⁹ ROBERT A. BARUCH BUSH, "What Do We Need a Mediator For? : Mediation's "Value-Added" for Negotiators, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996, Vol.12, (s.1-37), s.35.

⁸⁰ KIMBERLEE K. KOVACH & LELA P. LOVE, Mapping Mediation : The Risks of Riskin's Grid, Harvard Negotiation Law Review, 1998, Vol.3, (s.71-110), s.79.

⁸¹ KOVACH & LOVE (Mapping Mediation), s.79-80.

⁸² ROBERTS, s.209.

edilmektedir. Arabulucu, kolaylaştırıcı arabuluculuk sürecinde değerlendirici elementleri kullanarak, bu hedeflerin hepsini başarıyla tamamlayabilir.⁸³

III. YENİ DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK

Bu iki arabuluculuk modeli arasında ortaya şu soru çıkmaktadır: acaba arabuluculuk faaliyeti sırasında arabulucunun üstlenmiş olduğu fonksiyon bakımından hangisi kabul edilmelidir? Batı hukukundaki uygulamalarda, sıklıkla en fazla gözlemlenen husus, arabulucunun rolü yönünden, değerlendirici arabuluculuk modelinin benimsendiği şeklindedir. Buna karşılık, akademik çevrelerde ise, arabulucu için en uygun rolün kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli olduğu anlayışı, hakim görüş olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, uygulama ve doktrin arasında önemli ölçüde fikir ayrılığından söz etmek mümkündür. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde, arabulucunun taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturma faaliyeti sırasında üstlendiği görevin niteliği, arabuluculuk usulü açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle *yeni değerlendirici arabuluculuk* (new evaluative mediation) adı altında farklı bir yaklaşımdan söz edilmektedir. Bu yeni yaklaşım gereğince, arabulucu taraflar üzerine kendi kararını empoze etmeye çalışmamakta; bunun yerine, tarafların ön yargılarını düzeltmeye ve taraflara adil bir çözüm getirmeye yardım etmektedir. Yeni değerlendirici arabuluculuk modeli, farklı tiplerdeki ön yargıların varlığını ve uyuşmazlığın çözümünü zorlaştırıcı diğer psikolojik engellerin varlığını kabul etmektedir. Bundan dolayı, bu yeni yaklaşım modeli, önerilen çözümün taraflarca adil olduğunun anlaşılmasını, kabul edilen böyle bir çözümün kimi zaman çok önemli olduğunu kabul etmektedir. Bu yeni yaklaşım modeli, aynı zamanda arabuluculuğun sonucunun tarafların sübjektif değerlendirmelerinin önemine ve tarafların farklı psikolojik önyargılarını açığa çıkarma olasılığına işaret etmektedir. Bu sebeple, yeni değerlendirici arabuluculuk, algılamalarını değiştirmeksizin taraflara bir çözüm empoze etmeyi tavsiye etmemektedir. Bu model, aynı zamanda uyuşmazlığa düşen taraflar arasında arabulucunun aktif bir rol oynamasını gerektirdiği için, açık bir şekilde kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden farklıdır.⁸⁴

Bu yeni model altında arabulucu tarafları, kendi kararını kabul etmeleri için zorlamaya çalışmamaktadır. Eğer somut olay gerektirdiği takdirde, arabulucu bir çözüm önerebilir. Ancak burada arabulucunun rolünün odak noktası, objektif bir şekilde durumu değerlendirebilmeleri için taraflara yardım etmek ve farklı önyargıların etkilerini bertaraf etmektir.⁸⁵

Yeni değerlendirici arabuluculuk modelinin farklılaşan bir başka önemli faktörü ise, bu modelde adil yargılama anlayışına ve usulî prosedüre verilen önemdir. Zira bütün bir sürecin ve nihai sonucun taraflarca adil olarak görülmesi gerekmektedir. Arabulucu taraflara süreci veya sonuçları zorla kabul ettiremez. Bu nedenle taraflar arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkacak nihai sonuçlardan, sorumlu olduklarını kavramalıdır.⁸⁶

⁸³ ROBERTS, s.210.

⁸⁴ KO, s.196-197.

⁸⁵ KO, s.204.

⁸⁶ KO, s.204.

IV. TÜRK HUKUKUNDA 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU YÖNÜNDE ARABULUCUNUN ROLÜ

Türk hukukunda gündemi belli bir süre meşgul eden ve uzun süren tartışmalardan sonra uyuşmazlıkların yargı yolu dışında, alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olan arabuluculuk yoluyla çözümüne olanak sağlayan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bu Kanun’un uygulanmasına yönelik olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ise, 26.01.2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Kanun koyucu 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun yürürlüğe ilişkin 37.maddesiyle, 28 ila 32. maddeler ile geçici maddelerin, bu Kanun’un yayımı tarihinde, diğer hükümlerinin ise, yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini düzenlemiştir. Aynı şekilde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği’nin yürürlüğe ilişkin 55.maddesi ise, bu Yönetmeliğin 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe gireceğini tanzim etmiş bulunmaktadır.

A. HUAK md.2 /b HÜKMÜ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 2.maddesinin (b) bendinde “**arabuluculuk**” kavramı hakkında bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanıma göre,

“Arabuluculuk: *Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözümü yöntemini*” ifade etmektedir.⁸⁷

HUAK md.2 hükmüne ilişkin olarak Gerekeç’de şu açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre, “*Maddede bu Kanunun uygulanması bakımından belirleyici olan kavramlara ve kurumlara yüklenen anlam ve içeriğin ne olduğu açıklanmıştır. Kanunun uygulanması bakımından merkezî bir konumda bulunan "arabuluculuk" kavramına yüklenen anlam ve içerik, "uzlaştırma" kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle "kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak" için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistemik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümü kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir*

⁸⁷ Karş. HUAKY. md.4/ b. (b)

anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarfederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.

Arabuluculuk tanımlaması çerçevesinde, vurgulanması gereken bir diğer husus ise, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu somut bir önerinin arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağıdır. Yine bu çerçevede son olarak kaydedilmesi gereken diğer bir husus ise, arabuluculuk sürecinin, başından sonuna dek tümüyle ihtarî olarak işlerlik kazanan, gönüllü olarak uygulanma alanı bulan bir uyuşmazlık çözme yöntemi olduğudur.”

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesinin (b) bendinde, arabulucu tarafından arabuluculuk faaliyeti boyunca uygulanacak olan arabuluculuk modeli tanımlanmış bulunmaktadır. Bu düzenleme gereğince, uyuşmazlıklarını çözümlmek için arabuluculuk usulüne müracaat eden tarafları; arabulucu, 1) sistematik teknikler uygulamak suretiyle görüşmek ve müzakerelerde bulunmak için bir araya getirecek, 2) tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu şekilde çözümlerinin kendileri tarafından üretilmesini sağlayacak, 3) taraflar arasında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirecektir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesine ilişkin Gerekçe'de de açık bir şekilde belirtildiği üzere, arabulucunun asıl rolü, taraflar arasındaki somut olayda tıkanan veya kopma noktasına doğru gelen hukuki veya ticari ilişkilerin, ikna veya telkin yoluyla yeniden müzakerelere başlanması için uygun olan zemini hazırlamak, bunu arabuluculuğa özgü sistematik teknikler vasıtasıyla gerçekleştirmek ve sonuç olarak tarafların anlaşmaya ulaşmalarına olanak veren bir ortam yaratmaktır. Arabulucu bu faaliyeti yerine getirirken, haklı ya da haksız olanı bulmaya ya da belirlemeyi değil, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesi için gayret sarf etmekte ve uyuşmazlığın çözüme ulaştırılmasını gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

HUAK md.2/b hükmünde düzenlenen “arabuluculuk” kavramına ilişkin tanım değerlendirildiğinde karşımıza çıkan durum bize, kanun koyucunun arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun bu süreçte üstleneceği fonksiyon bakımından genel olarak “kolaylaştırıcı arabuluculuk” modelini benimsediğini göstermektedir. Zira kanun hükmünün öngördüğü düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucunun, arabulucunun rolünün pasif olmasını istediği ve taraflar arasındaki görüşme ve müzakerelere asgari ölçüde müdahale etmesini gerektirecek şekilde hareket ettiği sonucuna varılmaktadır. Ancak bununla birlikte, HUAK md.2/b hükmü sadece madde metninin lafzı ile değil, hükmün Gerekçesi ile birlikte değerlendirilmelidir. Hükmün gerekçesine bakıldığında, arabulucunun arabuluculuk sürecinde; tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit ederek, bu zemin üzerinde anlaşmaya varmalarına yönelik olarak faaliyet göstereceği, taraflara çözüm önerisi geliştirip, bu çözümü

onlara empoze edemeyeceği ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamayacağı hususlarına da işaret edilmektedir. Diğer taraftan, HUAK md.2/b hükmüne ait Gerekçe'nin son bölümünde ise, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında sunmuş olduğu somut bir önerinin arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.

Yukarıdaki konu ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, değerlendirici arabuluculuk, kolaylaştırıcı arabuluculuğun aksine, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, arabulucunun aktif bir rol üstlendiği, anlaşmaya ulaşılması yolunda çözüm önerilerinde bulunduğu ve bu önerilerin taraflarca kabul edilmeye empoze edildiği bir arabuluculuk modeli sunmaktadır. Dolayısıyla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesinin (b) bendinin ve hükme ait Gerekçe'nin değerlendirici arabuluculuk modelini kabul etmediğini söylemek mümkündür. Fakat bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kanun koyucu yine de son derece sınırlı olarak uyuşmazlığın çözümü kapsamında taraflardan birinin sunduğu somut bir önerinin, arabulucu tarafından geliştirilerek karşı tarafa iletilmesini, değerlendirici arabuluculuk bağlamında empoze etmek şeklinde değerlendirmemektedir.

Diğer taraftan, 26.01.2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'ne bakıldığında, Yönetmelik kapsamında yer alan ve HUAKY md.19 hükmünün 5. fıkrasında öngörülen hukuki düzenlemenin, arabulucu yönünden değerlendirici arabuluculuk modeline ilişkin yolu kapattığı ve kolaylaştırıcı arabuluculuğu benimsediği neticesine varmak mümkündür. Şöyle ki bu düzenlemeye göre, *“Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütalaa edilemez.”* denilmektedir.

Yönetmeliğin öngördüğü düzenlemeye de bakıldığında, arabulucunun, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümlemek amacıyla görev aldığı arabuluculuk faaliyeti süresince, pasif bir rol üstlenmesi gerektiği gözlenmektedir. Zira arabulucunun hukuki tavsiyelerde bulunmasına, bir çözüm önerisi geliştirmesine veya öneriler kataloğu oluşturmasına izin verilmemiştir. Bu duruma göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, arabulucunun arabuluculuk faaliyeti boyunca üstleneceği fonksiyon açısından, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'ni birlikte ele alarak bir değerlendirme yaptığımızda, öngörülen sistemin baskın olarak *kolaylaştırıcı arabuluculuk* modelini kabul ettiği görülmektedir.

Fikrimizce, özellikle bazı hallerde uyuşmazlığın tarafları arasında farklı psikolojik ön yargıların olduğu vakalarda somut ihtilafın çözümü, arabulucunun aktif bir rol üstlenmesini gerekli kılabilir. Bu bağlamda uyuşmazlığın taraflarında üstlenmiş bulunan önyargıların yarattığı etkilerin, aşılması ya da ortadan kaldırılmasında arabulucunun rolü çok önemlidir. Bu sebeple arabulucu, tarafların güçlü önyargılarını bertaraf edebilmek ve her iki tarafın birbirlerini ve içinde buldukları durumu anlamalarını sağlayabilmek için onları ikna ve telkin ederek, yardım etmelidir. Ancak arabulucunun bu faaliyeti, kolaylaştırıcı arabuluculuk modeli yoluyla yerine getirmesi kolay bir mesele değil-

dir. İşte bu gibi hallerde, arabulucunun aktif bir rol üstlenmesine önemli ölçüde ihtiyaç duyulması kaçınılmaz olabilecektir.⁸⁸ Dolayısıyla bu anlamda arabulucu, arabuluculuk faaliyeti boyunca taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlenmek için, yeri ve zamanı geldiğinde sadece pasif değil, aktif bir rol de üstlenebilmelidir.

V. DEĞERLENDİRME

Esas olarak, arabuluculuk süreci boyunca arabulucunun üstlenmiş olduğu fonksiyon, çok yönlüdür. Dolayısıyla arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında şu veya bu şekilde nasıl hareket edeceğini belirlemek veya bunu her olay için genelleştirmek ve yeknesak olarak uygulamak kolay değildir. Bir görüş, arabulucu için en uygun rolün pasif olması gerektiğini ve taraf özerkliğini savunurken, buna karşılık diğer görüş ise, arabulucunun rolünün aktif olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu mesele Batı'daki uygulamalar dikkate alındığında özellikle uygulamacılar ve akademisyenler arasında, arabuluculuk sürecinde arabulucunun üstleneceği rolün, kolaylaştırıcı arabuluculuk mu yoksa değerlendirici arabuluculuk modeli mi? olması gerektiği konusunda görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bu bağlamda ortalama bir yolun izlenmesi ve yeni değerlendirici arabuluculuk modelinin de göz önünde tutulması gereğinin düşünülmesi fikrimizce isabetli bir yaklaşım olmaktadır. Özellikle bu yeni model, arabulucunun değerlendirme yapmasını benimsemekte, ancak arabulucunun yapacağı değerlendirme doğrultusunda, önerdiği çözümlerin, taraflarca kabul edilmesi yönünde baskı yapmasını ve empoze etmesini kabul etmemektedir.

Türk hukuk sistemine baktığımızda ise, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2.maddesinin (b) bendi ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin md.4/ b. (b) ve özellikle md.19 hükmünün 5. fıkrasında yer alan düzenlemelerde, kabul edilen arabuluculuk modelinin *kolaylaştırıcı arabuluculuk* olduğu görülmektedir.

⁸⁸ KO, s.203.