



**DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUK VE PROBLEM
ÇÖZÜCÜ ARABULUCULUK İLE
UYUMLAŞTIRILMASI**

Emre KIYAK

**Doktora Tezi
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Prof. Dr. M. Kâmil YILDIRIM
2017
Her Hakkı Saklıdır**

**ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

Emre KIYAK

**DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUK
VE PROBLEM ÇÖZÜCÜ ARABULUCULUK İLE UYUMLAŞTIRILMASI**

DOKTORA TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM**

ERZURUM 2017

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim – Öğretim ve Sınav Yönetmeliğine göre hazırlamış olduğum “Dönüştürücü Arabuluculuk ve Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması” adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kâğıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Lisansüstü Eğitim – Öğretim Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

Tezimin 3 (üç) yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.

Emre KIYAK




T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

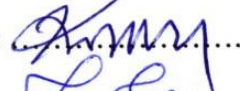



TEZ KABUL TUTANAĞI


SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

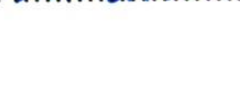
Prof. Dr. M. Kamit Yıldırım danışmanlığında, Emre Kuyak tarafından hazırlanan bu çalışma 10 / 08 / 2017 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından, ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. M. Kamit Yıldırım İmza: 

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Feriyyeh Korkmaz İmza: 

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Özgür Temiz İmza: 

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Evren Kılıçoğlu İmza: 

Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. M. Özgür Avcı İmza: 

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. 10 / 08 / 2017.

Prof. Dr. Mehmet TÖRENEK
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR	VII
ÖNSÖZ	IX
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK

1.1. ALTERNATİF BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK	9
1.1.1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ KAVRAMI	9
1.1.2. BAŞLICA MODERN AUÇ YÖNTEMLERİ	26
1.1.3. ARABULUCULUK YÖNTEMİNİN AUÇ YÖNTEMLERİ İÇİNDEKİ YERİ	41
1.1.3.1. Tanım ve Özellikler	41
1.1.3.2. Arabuluculuk ile Uzlaşma Arasındaki Farklar	44
1.2. ARABULUCULUKTA ETKİNLİK KAZANAN TEMEL İLKELER	48
1.2.1. GİZLİLİK	50
1.2.2. GÖNÜLLÜLÜK	56
1.2.3. ARABULUCUNUN TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI	60
1.2.4. TARAFLARIN ETKİNLİĞİ	63
1.3. ARABULUCULUK ÇEŞİTLERİ	63

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCUNUN ROLÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

2.1. ÇATIŞMA VE UYUŞMAZLIK GİDERİMİNDE MÜZAKERE	67
2.1.1. ÇATIŞMA VE UYUŞMAZLIK KAVRAMLARI	67
2.1.2. MÜZAKERE	70
2.1.2.1. Müzakere Sürecinde Etkileşim Çeşitleri	70
2.1.2.1.1. Edimsel Müzakere	71
2.1.2.1.2. Dağıtıcı Müzakere	71
2.1.2.1.3. Bütünleyici Müzakere	72
2.1.2.1.4. Dönüştürücü Müzakere	73
2.1.2.2. Öne Çıkan Müzakere Yaklaşımları	73

2.1.2.2.1. Mücadeleci Yaklaşım.....	74
2.1.2.2.2. İşbirlikçi Yaklaşım.....	75
2.1.2.2.3. Problem Çözücü Yaklaşım.....	77
2.1.2.2.4. Diyalog Yaklaşımı	78
2.2. ARABULUCULUK SÜRECİNİN MODELLENMESİ.....	78
2.2.1. KLASİK ANLAYIŞTAN UZAKLAŞMAK.....	80
2.2.2. KOLAYLAŞTIRICI VE DEĞERLENDİRİCİ ARABULUCULUK UÇLARINDA ÇÖZÜM ARAYIŞI	85
2.2.3. İLİŞKİSEL BAKIŞ AÇISINA BELİRGİNLİK KAZANDIRMAK.....	91
2.2.3.1. Öyküleyici Arabuluculuk Yaklaşımı.....	93
2.2.3.2. Dönüştürücü Arabuluculuk Yaklaşımı.....	96
2.2.3.2.1. Problem Çözücü Yaklaşım Karşısında Dönüştürücü Yaklaşım.....	100
2.2.3.2.2. Uyum Yaklaşımı Karşısında Dönüştürücü Yaklaşım	102
2.2.4. DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMDA ÇATIŞMA DÖNÜŞÜMÜ	105
2.3.4.1. Olumsuz Çatışma Düzeyi.....	106
2.3.4.2. Çatışma Dönüşümü	107
2.3.4.2.1. Güçlendirme ve Tanıma.....	109
2.3.4.2.1.1. Güçlendirme.....	110
2.3.4.2.1.2. Tanıma	111
2.3.4.2.2. Dönüştürücü Yaklaşımında Arabulucunun Rolü.....	112
2.3.4.2.2.1. Çatışma Dönüşümü ve Arabulucunun Rolü.....	112
2.3.4.2.2.2. Güçlendirme ve Tanıma Ekseninde Arabulucunun Rolü.....	114
2.3.4.2.2.3. Dönüştürücü Arabulucu Becerileri.....	116
2.3.4.2.2.3.1. Tarafların Önderliğini İzlemek.....	117
2.3.4.2.2.3.2. Tarafların Konuşmalarını Kuvvetlendirmek	118
2.3.4.2.2.3.3. Karar Noktalarının Altını Çizmek ve Kararı Taraflara Bırakmak....	121
2.2.6. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUĞUN KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ.....	122
2.2.6.1. Açılış Konuşmasında Arabulucunun Rolünün ve Hedeflerinin Güçlendirme ile Tanıma Temelinde Açıklanması	123
2.2.6.2. Sonuçlardan Sorumluluğun Taraflar Üzerinde Bırakılması	123
2.2.6.3. Tarafların Görüşleri ve Kararları Hakkında Yargılayıcı Olmanın Bilinçli Bir Şekilde Reddedilmesi.....	124
2.2.6.4. Tarafların Yeterlilikleri ve Güdülleriyle İlgili İyimser Bir Bakış Açısının Benimsenmesi	126
2.2.6.5. Tarafların Duygularını İfade Etmelerine İzin Verilmesi	127

2.2.6.6. Tarafların Tereddütlerini Açıklamalarına ve Açıklığa Kavuşturmalarına İmkân Tanınması.....	128
2.2.6.7. Çatışma Etkileşiminin Şu Andaki Haline Odaklanılması	129
2.2.6.8. Tarafların Geçmişte Yaşanan Olaylarla İlgili İfadelerine İzin Verilmesi	130
2.2.6.9. Çatışma Etkileşimin Daha Geniş Bir Kesitinde Bir Nokta Olarak Müdahale Görünümü	130
2.2.6.10. Küçük Seviyelerde Olsa Dahi Güçlendirme ve Tanıma Ortaya Çıktığında Başarı Duygusu Hissetmek	131
2.2.7. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUĞA YATKIN ALANLAR	132
2.2.7.1. İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk	136
2.2.7.2. Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk.....	141

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMIN PROBLEM ÇÖZÜCÜ YAKLAŞIMLA

UYUMLAŞTIRILMASI

3.1. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUĞA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER	149
3.2. DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMI UYUMLAŞTIRMA ARZUSU	156
3.3. UYUMLAŞTIRILMIŞ BİR DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIM MODELİ	158
3.3.1. ARABULUCULUK SÜRECİNDE HEDEF BAŞARIMININ OPTİMİZASYONU	160
3.3.2. UYUMLAŞTIRILMIŞ YAKLAŞIMDA ARABULUCULUK SÜRECİ.....	162
3.3.2.1. Dinamik Süreç Planlaması Anlayışı.....	162
3.3.2.2. Süreç Yönetimine İlişkin Karar Verme Aşaması	163
3.3.2.2.1. Ön Yargılar ve Suizanlar.....	164
3.3.2.2.2. Ön Yargılar ve Suizanların Bertaraf Edilmesi.....	165
3.3.2.3. Uyuşmazlık Çözümüne veya Çatışma Dönüşümüne Odaklanılması	169
3.3.2.4. Problem Çözücü Yaklaşım Süreç İçinde Etkinlik Kazandırılması	171
3.3.2.5. Güçlendirme ve Tanımanın Süreç Dışında Tutulması	171
3.3.2.5.1. Güçlendirme ve Tanıma Başarımında Tarafların Başbaşa Bırakılması	172
3.3.2.5.2. Güçlendirme ve Tanıma Başarımında Süreç Dışında Rehberlik.....	173
3.3.2.6. Yaklaşımlar Arasında Geçiş.....	174
3.3.2.6.1. Çatışma İlişkisine Frekans Yaklaşımı	175
3.3.2.6.2. Güçlendirme ve Tanımanın Optimum Düzeyine Ulaşılması	176
3.3.2.6.3. Dengelenmiş Bir Çatışma Düzeyi Yaklaşımı.....	177
3.3.2.7. Çözümün İçselleştirilmesi.....	178
3.3.3. UYUMLAŞTIRILMIŞ YAKLAŞIMDA ARABULUCULUK BECERİLERİ VE TAKTİKLERİ	181

3.4. UYUMLAŞTIRILMIŞ YAKLAŞIMIN FAYDA ODAKLARI	184
3.4.1. ÇATIŞMA DÖNÜŞÜMÜNE ODAKLANAN BİR YAKLAŞIMIN UYGULANMA ALANINI GENİŞLETME	184
3.4.2. MAHKEME BAĞLANTILI UYUMLAŞTIRILMIŞ ARABULUCULUK	185
SONUÇ	192
KAYNAKÇA.....	196



ÖZET
DOKTORA TEZİ
DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUK VE PROBLEM ÇÖZÜCÜ
ARABULUCULUK İLE UYUMLAŞTIRILMASI

Emre KIYAK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

2017, 221 sayfa

Jüri: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ

Yrd. Doç. Dr. Evren KILIÇOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Özgür AVCI

Yrd. Doç. Dr. Özgür TEMİZ

Nüfus artışı, uyuşmazlıkların karmaşık boyutlara ulaşması, ekonomik kısıtlar, yeni uyuşmazlık çözümü anlayışları gibi nedenlerle modern medeni usul hukuku, subjektif hakların korunması ve maddi gerçeğe ulaşma gibi klasik hedeflerin dışında, yeni hedeflerin başarımına odaklanmaktadır. Adalet erişimini zorlaştıran kısıtları ortadan kaldırmak noktasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine işlerlik kazandırılması modern yargılama reformlarının olmazsa olmaz bir parçası haline gelmiştir. Kısaca tarafsız üçüncü kişi yardımıyla yürütülen müzakere şeklinde tanımlanabilecek arabuluculuk yöntemi de, bu şekilde gerçekleştirilen reform hareketlerinde yaygın olarak benimsenen ve üzerinde en çok çalışılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak gündeme gelmektedir. Arabuluculuk, en yalın haliyle yukarıdaki şekilde bir tanıma sahip olsa da bugün, söz konusu yöntem ile ilgili literatür oldukça derin boyutlara ulaşmıştır. Arabuluculuk sürecinin modellenmesine ilişkin çalışmaların, artık klasik kolaylaştırıcı – değerlendirici bloğundan sıyrılarak taraflar arasındaki sorunlara ilişkisel boyuttan yaklaşan yeni modellerin oluşturulmasına odaklanması bunun göstergelerinden sadece biridir. Bu çalışmanın konusu, Robert A. Baruch Bush ile Joseph P. Folger tarafından 1994 yılında kaleme alınan The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition isimli eserde temelleri oluşturulan ve aynı yazarların 2005 yılında yayınladıkları The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict isimli eser ile günümüzdeki halini alan dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımının, problem çözücü yaklaşım ile entegrasyonunun sağlanmasının mümkün olmadığına yönelik argümanına karşı, bu yaklaşımın problem çözücü yaklaşımla uyumlaştırılmasının mümkün olduğu temel argümanından yola çıkarak uygulamaya yönelik heterojen bir arabuluculuk yaklaşımı oluşturmaktır. Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde arabuluculuk yöntemi genel hatlarıyla ele alınacak, ikinci bölümde temel müzakere modelleri içindeki konumundan başlanarak dönüştürücü yaklaşımın arabuluculuk alanındaki konumu saptanacak ve bu yöntemde benimsenen temel taktik ve stratejilere değinilecektir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise, dönüştürücü arabuluculuğa getirilen eleştiriler genel olarak ele alındıktan sonra, söz konusu arabuluculuk yaklaşımını problem çözücü yaklaşımla aynı arabuluculuk sürecinde bir araya getirebilecek heterojen, modüler ve dinamik bir arabuluculuk modeli oluşturulmaya çalışılacaktır. Son bölümde ayrıca, uyumlaştırılmış yaklaşım adı verilen bu yaklaşımın çatışma dönüşümüne odaklanan bir yaklaşımın uygulama alanını genişletme ve mahkeme bağlantılı uyumlaştırılmış arabuluculuk yapısını oluşturma şeklinde tezahür eden iki temel fayda odağına vurgu yapılacaktır. Sonuç bölümünde ise, çalışmanın tezine yönelik değerlendirmeler bir bütün halinde sunulacaktır.

ABSTRACT**Ph. D. DISSERTATION****TRANSFORMATIVE MEDIATION AND HARMONISING WITH
PROBLEM SOLVING MEDIATION****Emre KIYAK****Supervisor: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM****2017, Page: 221****Jury: Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM****Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ****Assist. Prof. Dr. Evren KILIÇOĞLU****Assist. Prof. Dr. Mehmet Özgür AVCI****Assist. Prof. Dr. Özgür TEMİZ**

Due to reasons like population growth, conflicts reaching complex dimensions, economic constraints, new dispute resolution approaches, modern civil procedure law focuses on the achievement of new goals, beyond the classical goals of protecting subjective rights and achieving material truth. At the point of eliminating the constraints that make it difficult to access to justice, the introduction of alternative dispute resolution methods has become an indispensable part of modern judicial reforms. In short, mediation method that can be defined as a negotiation conducted with the assistance of a neutral third party is also the most commonly used alternative dispute resolution method that is widely adopted in these reform movements carried out in this way. Although mediation has the above definition in its simplest form, today the literature on this method has become quite extensive. The fact that studies on modelling the mediation process are now focused on building new models approaching the problems between the parties from a relational dimension rather than the classical facilitator - evaluator block is simply one of the indicators of this. The subject of this study is to build a heterogeneous mediation approach for implementation, based on the basic argument that it is possible to harmonize transformative mediation approach with the problem solving approach, against the argument that it is not possible to achieve integration of the transformative mediation approach, which was established in the work *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, written by Robert A. Baruch Bush and Joseph P. Folger in 1994 and taken its current form in the work published by the same authors in 2005, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, with the problem solving approach. In the first part of the study, the mediation method will be discussed in its general terms, and in the second part, starting from its position in the basic negotiation models, the position of the transformative approach in the field of mediation will be determined and the basic tactics and strategies adopted in this method will be mentioned. Finally, in the third part of the study, after the criticisms of the transformative mediation approach are discussed in general terms, a heterogeneous, modular, and dynamic model of mediation will be developed that brings this approach together with the problem solving approach in the same process. In addition, in the final section, two fundamental focuses of benefit of this approach, which is called the harmonized approach, that manifests themselves as expanding the scope of application of an approach that focuses on conflict transformation and building court-connected harmonized mediation structure, shall be emphasized. In the conclusion section, evaluations of the thesis of the study will be presented as a whole.

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADR	Alternative Dispute Resolution
AUÇ	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm(ü)
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BATNA	Best Alternative to Negotiated Agreement (Müzakere Edilmiş Anlaşmaya En İyi Alternatif)
Bkz. (bkz)	Bakınız
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn. (dn)	Dipnot
EEO	Equal Employment Opportunity (Eşit İstihdam Fırsatı)
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FRE	Federal Rules of Evidence (Federal İspat Kuralları)
HMK	12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş. (krş.)	Karşılaştırınız.
MEUK	Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları
MTK	21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
NDCA	Northern District of California (United States District Court) Birleşik Devletler Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesi

VIII

REDRESS	Resolve Employee Disputes, Reach Equitable Solutions Swiftly (İşçi Uyuşmazlıklarını Gider, Hızlı Bir Şekilde Adil Çözüme Ulaş)
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TDK	Türk Dil Kurumu
U.S.C.	United States Code (Birleşik Devletler Mevzuatı)
USPS	United States Postal Service (Birleşik Devletler Posta Hizmeti)



ÖNSÖZ

“Dönüştürücü Arabuluculuk ve Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması” isimli bu çalışma, Prof. Dr. Mehmet Kâmil Yıldırım danışmanlığında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında doktora tezi olarak hazırlanmış ve 10/8/2017 tarihinde Prof. Dr. Mehmet Kâmil Yıldırım, Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz, Yrd. Doç. Dr. Evren Kılıçoğlu, Yrd. Doç. Dr. Mehmet Özgür Avcı ve Yrd. Doç. Dr. Özgür Temiz’den oluşan jüri üyeleri tarafından oy birliği ile kabul edilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle, bu bağlamda (modern anlamda) arabuluculuk yöntemiyle ülkemizin henüz yakın geçmişte tanışmış olması göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan arabuluculuk yaklaşımlarına ve arabuluculuk sürecine odaklanan böyle bir çalışmanın hazırlanmış olmasını *biraz erken davranmak* şeklinde nitelendirmek mümkündür. Ancak bu yönde bir eleştiriye taraftar olmak, aslında son derece geniş bir çalışma alanına sahip olan arabuluculuğun, ülkemizde akademik anlamda yüzeysel bir inceleme konusu olarak kabul edilmesine yol açabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, arabuluculuk (ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri) alanında yapılan çalışmaların daha ileri boyutlara taşınabilmesi amacıyla, alışıktığımız, bize yabancı olan konuların incelenmesinin teşvik edilmesinin önemi yadsınamaz. Böylelikle söz konusu yöntemler daha iyi anlaşılabilir ve uygulamaya yönelik daha sağlıklı bir gelişme çizgisi kaydedilebilecektir. Bu çalışma da, arabuluculuk yönteminin ülkemizde daha ileri boyutlarda incelenmesine ön ayak olabilmeye odaklanmaktadır.

Bu tez vesilesiyle ilk olarak, hayatım boyunca bana olan maddi ve manevi desteklerinden ötürü babam Erdoğan Kıyak ile annem M. Fatma Kıyak’a, kardeşlerime,

“Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli” isimli çalışmasıyla dönüştürücü arabuluculuk kavramıyla tanışmama vesile olan Doç. Dr. Seda Özmumcu’ya,

Çalışma hayatım boyunca bana arkadaşlık eden başta Arş. Gör. Emre Aydoğdu, Öğr. Gör. Süleyman Savaş, Okt. Ahmet Kalender ve Arş. Gör. M. Ali Güllüce olmak üzere tüm mesai arkadaşlarıma ve fakülte çalışanlarımıza, içten dostlukları

münasebetiyle başta Erdal Sağlam ve Dursun Ali Hattatoğlu olmak üzere tüm Adalet Meslek Yüksekokulu personeline,

Çalışma hayatım boyunca yanımda olan ve arkadaşlıklarını esirgemeyen tüm öğrencilerimize,

Yüksek lisans ve doktora eğitimimdeki desteklerinden ötürü eski Fakülte Sekreterimiz Mücahit Demir beyefendiye,

Başta Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü müdürü Prof. Dr. Mehmet Törenek ile Enstitü sekreteri Sayın Mehmet Uluğ olmak üzere, Neşe Lehimler hanımefendi ve tüm Sosyal Bilimler Enstitüsü personeline,

Savunma günü arifesinde ve savunma günündeki yardımlarından ötürü Yrd. Doç. Dr. Taner Emre Yardımcı ile Yrd. Doç. Dr. Nihat Seyhun Alp'e,

Yapıcı eleştirileri ile çalışmanın son halini almasına katkı sağlayan değerli jüri üyeleri Yrd. Doç. Dr. Evren Kılıçoğlu, Yrd. Doç. Dr. Mehmet Özgür Avcı ve Yrd. Doç. Dr. Özgür Temiz hocalarım ile değerli hocam Doç. Dr. İbrahim Aşık'a,

Değerli Hocam Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım'a,

Son olarak, en çok ihtiyaç hissettiğim anda benim yanımda olan değerli hocalarım, tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Kâmil Yıldırım ile Fakülte dekanımız Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz'a

Burada anmayı unuttuğum ve anmadığım herkese,

teşekkürü bir borç bilirim.

6/9/2017 Yakutiye/Erzurum

Emre KIYAK



GİRİŞ

Subjektif hakların korunması ve maddi gerçeğe ulaşma, medeni usul hukukunun göze çarpan hedefleri olmakla birlikte, bu hukuk dalının tek hedefinin bunlar olduğu söylenemez. Zira nüfus artışı, uyuşmazlıkların kompleks boyutlara ulaşması, ekonomik kısıtlar, yeni uyuşmazlık çözümü anlayışları gibi nedenler medeni usul hukukunda farklı hedeflerin başarımına odaklanılmasını gündeme getirmiştir. Gerçekten Devletin adaleti sağlamaya yönelik yargı organları, yani mahkemeler, günümüzde daha belirgin hale gelen kısıtlar nedeniyle bu fonksiyonlarını ifa etmek noktasında yetersiz kalmaktadır. Basit bir misal olarak, uyuşmazlık sayısının artması sebebiyle mahkemelerin mevcut davaları incelerken harcamaları gereken zaman diliminin artması ve bu nedenle *geciken adalet* kavramının soyut bir kavram olmaktan çıkarak hukuk sisteminin gerçeği haline gelmesini vermek mümkündür. Bu kısıtların farkına varan hukuk sistemleri, adalet mekanizmasına yönelik reform hareketlerinde mahkemelerde yürütülen yargılama prosedürüne alternatif teşkil eden ve uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümlenmesine yönelik alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yöntemlerine işlerlik kazandırmaya dikkat etmiştir. Bu alana yoğunlaşılmasına sebep olan kısıtlardan bir diğeri, *dava alışkanlığı* şeklinde tanımlanabilecek olan, bir uyuşmazlığın giderilmesinde mahkemelerin (son başvurulacak merci yerine) ilk başvurulması gereken merci olarak algılanması şeklinde tezahür etmesine binaen, bu reform hareketleri, toplumun alternatif yöntemlere eğilimini artırmak amacıyla mahkeme yargılamasıyla bu yöntemleri entegre etmeye yönelmekten de geri durmamıştır.

Kısaca tarafsız üçüncü kişi yardımıyla yürütülen müzakere şeklinde tanımlanabilecek arabuluculuk, müzakereden sonra taraf özerkliğini en çok ön planda tutan oldukça yaygın bir AUÇ yöntemidir. AUÇ yöntemleri, bu bağlamda arabuluculuk *şekilden bağımsız (informal)* bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ancak bu durum, *hangi arabuluculuk yaklaşımından bahsedilecek olursa olunsun* arabuluculuğu hukuk disiplininin inceleme konusu olmaktan çıkarmamaktadır. Zira müzakere ve iletişim teknikleri üzerine temellendirilmiş olsa da arabuluculuk, netice itibarıyla uyuşmazlıkların hukuki çözümüyle ilgilenmektedir. Elbette burada “hukuki çözüm” tabiriyle kastedilen, uyuşmazlığın dostane yollarla çözüme kavuşturulmuş olmasının, hukuk dünyasına etki eden bir sonucu olduğudur. Tüm bunları söylemekle birlikte,

arabuluculuğun, disiplinler arası bir çalışma alanı olma özelliğini ön planda tutan bir kavram olduğunu da kabul etmek gerekir. Bu nedenle, klasik medeni usul hukuku konularından farklı olarak arabuluculuğun sosyoloji, psikoloji, hukuk ve ekonomi disiplinlerinin de inceleme konusuna girdiğini sıklıkla görmek mümkündür. Aslında bu özellik, medeni usul hukukunun inceleme konusuna giren diğer alanlarda da –bu kadar olmamakla birlikte- mevcuttur. Zira adalete erişim bakış açısı medeni usul hukukunu, sadece normatif bir inceleme alanı olmaktan çıkarmış ve bu hukuk dalının inceleme alanının, toplumun sosyal, kültürel, ekonomik, etik ve politik bir perspektifini yansıtacak şekilde genişlemesine müsaade etmiştir. Buna rağmen arabuluculuk sürecinde taraflara tanınan gizlilik, bilgi ve beyanların kullanılması yasağı gibi teminatlar, yasal bir altyapıya sahip olmaları bakımından klasik medeni usul hukuku konularına daha çok yaklaşabilmektedir. Tüm bunları söylemekle birlikte, ne dönüştürücü arabuluculuğu ne de kabul görmüş başka bir arabuluculuk yaklaşımını, klasik medeni usul hukuku konularıyla aynı şekilde incelenme tarzına sahip olmadığı gerekçesiyle medeni usul hukukunun inceleme alanı dışında bırakmak mümkün değildir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da, bu alanın genellikle medeni usul hukukçularının ilgi alanına girdiğini görmek mümkündür. Hukuk alt disiplinlerinin birbirlerinden ayrılmasına yönelik güncel eğilimler bağlamında ifade edilecek olunursa, alternatif uyuşmazlık çözümünün akademik açıdan müstakil bir alt disiplin haline gelmeye başladığını görmek de mümkündür. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle zaten yeni yeni tanışmaya başladığı için, ülkemizde bu yöntemlerin incelenmesinin müstakil bir hukuk alt disiplinine bırakıldığını söylemek hâlihazırda mümkün değildir. Gerçekten alternatif uyuşmazlık çözümüne yönelik yerli literatüre bakıldığında, ağırlığın medeni usul hukukçuları tarafından kaleme alınan eserlerde olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, diğer usul hukuku dallarının yanı sıra maddi hukuk dallarında çalışan akademisyenlerin de bu alana ilişkin çalışmalara sahip olduğunu söylemek gerekir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve bu bağlamda arabuluculuğa, ABD’de geçen yüzyılın ortalarından itibaren uygulamada ağırlık kazandırma çabalarının mevcut olması, bu alana ilişkin literatürün de belirtilen ülkede günümüzde oldukça zenginleşmiş olması sonucunu beraberinde getirmiştir. Gerçekten, ABD’de arabuluculuk alanında yayınlanan monografi ve makaleler bir tarafa

bırakılsın, sadece bu alana hasredilmiş süreli yayınların sayısı dahi oldukça fazladır. Tüm bunların sonucu olarak, günümüzde AUÇ ve özellikle arabuluculuk, yeni kıtada o kadar derin bir inceleme alanı teşkil etmektedir ki, Türkiye’de henüz ele alınmamış birçok konu (mesela çok tarafı arabuluculuk) burada üzerinde tartışmalar yapılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Üzülerek belirtmek gerekir ki Türkiye gerek öğreti gerek uygulama bağlamında AUÇ ve arabuluculuk kavramlarıyla tanışmak için, neredeyse geçen yüzyılın son çeyreğini beklemek zorunda kalmıştır. Aslında uygulama için konuşulacak olursa, bu bekleyiş 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun (HUAK) 22/6/2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmasına kadar sürmüştür. Her ne kadar, 20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.5/7(s); 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 50; 6/11/2003 tarihli ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 3/1(b) gibi çeşitli kanunlarda arabuluculuk ile ilgili birtakım düzenlemeler mevcut olsa da, bunların hiçbiri söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili genel bir düzenleme niteliğine sahip değildir. HUAK’ın yürürlüğe girmesiyle, hukuk uyuşmazlıkları için arabuluculuk yasal bir altyapıya kavuşturulmuş olmuş ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı oluşturulmuştur. Hemen bu noktada, arabuluculuk gibi zaten *şekilden bağımsız* süreci ihtiva eden bir AUÇ yöntemi için neden kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulabileceği yönünde bir sorunun da cevaplanmasında yarar vardır: Bu yönde yasal düzenlemeye gidilmesi, arabuluculuğun tam anlamıyla uygulanabilmesi için *olmazsa olmaz*, yani zorunludur. Zira ister arabulucu olabilme imkânı (HUAK’ta olduğu gibi) sadece hukukçulara hasredilsin ister bu yönde bir sınırlandırma olmasın, gizlilik, süreç içinde edinilen bilgi ve belgelerin kullanılmaması, süreç sonunda ulaşılan anlaşmanın bağlayıcı olmaması gibi teminatlardan tarafların yararlanabilmesi için emredici hukuk kurallarına ihtiyaç olacağı açıktır.

Arabuluculuk, kısaca tarafsız üçüncü kişi yardımıyla yürütülen müzakere şeklinde tanımlanabilmekle birlikte, böyle bir tanım (ya da bu yönde yapılacak tanımlamalar) söz konusu yöntemin günümüzde *monolist* bir bakış açısıyla uygulandığı anlamına gelmemektedir. Gerçekten günümüzde sayımı oldukça zor olabilecek farklı arabuluculuk modellerine rastlamak mümkündür. Bununla birlikte öğretilerde bu farklılaşmış

arabuluculuk uygulamalarının anlaşılmasını ve yeni yaklaşımlar oluşturulurken soyut bir modelleme yapılmasına imkân tanımak üzere sistematik yaklaşımların geliştirilmesine yönelik çabaların mevcut olduğunu belirtmek mümkündür. Hiç şüphesiz bunlardan en meşhur olanlarından biri *Leonard L. Riskin*'in 1994 yılında *Alternatives to the High Cost of Litigation* dergisinde yayınlanan “Mediator Orientations, Strategies and Techniques” isimli makalesi ile başlayan *Riskin Grids* serüvenidir. Bu kadar meşhur olmamakla birlikte, *Nadja Alexander*'in 2008 yılında *Conflict Resolution Quarterly* dergisinde yayınlanan “The Mediation MetaModel: Understanding Practice” isimli çalışması da böyle bir çabanın ürünlerinden bir diğeridir. Bu ve benzeri çalışmalar, yeni bir arabuluculuk yaklaşımı oluşturmaktan ziyade, mevcut yaklaşımların anlaşılmasına ve sistematikleştirilmesine odaklanmaktadır. Bununla birlikte, arabuluculuk alanında farklı yaklaşımların oluşturulmasına yönelik hiçbir çabanın mevcut olmadığını söylemek de mümkün değildir. Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımı da, böyle bir çabanın ürünü olup arabulucunun taraflara, uyuşmazlığın çözümüne yönelik tavsiyede bulunma ve çözüm önerisi getirme fonksiyonlarını üstlenmediği *kolaylaştırıcı arabuluculuk* yaklaşımı ile uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflara öneride bulunma yetkisine sahip olduğu *değerlendirici arabuluculuk* yaklaşımı dışında kalan üçüncü bir arabuluculuk yaklaşımı teşkil etmektedir.

Dönüştürücü yaklaşımda arabuluculuk süreci, arabulucunun, çatışma içindeki taraflara, negatif ve yıkıcı çatışma etkileşimlerini pozitif ve yapıcı bir çatışma etkileşimi sürecine çevirmelerine yardımcı olduğu bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Çatışma dönüşümü olarak ifade edilen bu dönüşüm, güçlendirme ve tanıma şeklinde tanımlanan iki hedefin başarımına odaklanılarak gerçekleştirilir. Güçlendirme, kısaca, tarafın kendi iç dünyasında kişisel açıklık ve metanet kazanımına yönelen bir değişimi ifade ederken tanıma ise, diğer tarafın bakış açısını, değerlerini, menfaatlerini anlayıp kabul etmeyi ve empati kurmayı ifade etmektedir. Bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelen dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk süreci, klasik arabuluculuk uygulamalarından daha farklı tekniklerin uygulanmasını gerekli kılacaktır.

Robert A. Baruch Bush ile *Joseph P. Folger*, 1994 yılında kaleme aldıkları *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* isimli eserlerinde temelini oluşturdukları bu yaklaşımı 2005 yılında yayınladıkları *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* isimli eserlerinde

olgunlaştırmışlardır. Yaklaşımın geliştirilmeye başlandığı 1994 yılından bu yana, uygulamaya geçirme ve destek çabalarının yanı sıra eleştiriler de önemli sayılacak bir düzeye ulaşmıştır. Gerçekten ABD literatüründe dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını ele alan çalışmalar azımsanamayacak kadar çoktur. Uygulama açısından ise dünyanın en fazla çalışan sayısına sahip kuruluşlarından biri olarak gösterilen ABD Posta Servisi için uygulanan Equal Employment Opportunity (EEO) arabuluculuk programı kapsamındaki Resolve Employee Disputes, Reach Equitable Solutions Swiftly (REDRESS) uygulamalarında bu yaklaşımın benimsenmiş olması, uygulamada yaklaşıma atfedilen önemi göstermeye yeterlidir. Durum bu şekilde olmakla birlikte, yine ABD’de dönüştürücü yaklaşım birçok yönden eleştirilmektedir.

Baruch Bush/Folger ikilisinin 2005 yılında kaleme aldığı *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* isimli eser 2013 yılında Gamze Sart tarafından *Arabuluculuk ve Getirileri: Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı* ismiyle Türkçe’ye çevrilmiş olmakla birlikte bu çalışmada eserin aslından yararlanılması tercih edilmiştir. Ülkemizde dönüştürücü arabuluculuk ile ilgili belki de ilk akademik çalışma daha önce, bu konuyla bağlantılı sayılabilecek ve *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*’nde 2013 yılında yayınlanan “Arabulucunun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk” isimli çalışmayı kaleme alan *Doç. Dr. Seda Özmumcu*’nun aynı dergide 2015 yılında yayınlanan “Amerika Birleşik Devletleri’nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli” isimli çalışmasıdır.

“Dönüştürücü Arabuluculuk ve Problem Çözücü Arabuluculuk ile Uyumlaştırılması” isimli bu çalışmanın konusu tek başına **dönüştürücü arabuluculuk modelinin ne anlama geldiği ve nasıl uygulandığı değildir**. Bununla birlikte çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacak olan “uyumlaştırılmış yaklaşım” tezi, dönüştürücü yaklaşıma yönelik getirilen eleştiriler, özellikle dönüştürücü yaklaşımın problem çözücü arabuluculuk yaklaşımı ile birlikte uygulanamayacağı argümanının reddedilmesi üzerine kurulduğundan, çalışmanın ikinci bölümünün dönüştürücü yaklaşıma ayrılması kaçınılmaz olacaktır. Dönüştürücü yaklaşım, bir arabuluculuk modeli olduğuna göre, çalışmanın birinci bölümünün genel hatlarıyla alternatif uyuşmazlık çözümü ile arabuluculuk kavramlarına odaklanması da gereksiz görülemez. Bu doğrultuda, çalışmanın birinci bölümünde öncelikle AUÇ yöntemlerine genel hatlarıyla değinilecek, sonrasında ise arabuluculuk yöntemi, bu yöntemde

etkinlik kazanan temel ilkeler ve arabuluculuk çeşitleri bağlamında ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise dönüştürücü yaklaşımın, çatışma dönüşümünü esas alan bir arabuluculuk modeli olması sebebiyle ilk olarak çatışma ve uyuşmazlık kavramlarına değinildikten sonra, bir çatışma veya uyuşmazlığın giderilmesinde ilk yol olacak müzakere, bu süreçte etkinlik kazanacak etkileşim çeşitleri boyutuyla inceleme konusu yapılacaktır. Müzakere yaklaşımları bu şekilde ele alındıktan sonra, arabuluculuk sürecinin modellenmesinde klasik anlayışa kısa bir giriş yapılarak, dönüştürücü yaklaşımın izleri ilk olarak kolaylaştırıcı – değerlendirici arabuluculuk uçlarında tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yaklaşıma daha detaylı bir giriş yapabilmek adına, dönüştürücü yaklaşım dışında ilişkisel bakış açısını esas alan bir başka yaklaşıma, öyküleyici arabuluculuk yaklaşımına kısaca değinilecek sonrasında ise, dönüştürücü yaklaşımın problem çözücü yaklaşım ile uyum (tezin konusu ile ilgisi yoktur) yaklaşımı karşısındaki konumu genel hatlarıyla ortaya konulacaktır. Bu inceleme sırası ile dönüştürücü yaklaşıma ilişkin genel bir bakış açısı oluşturulduktan sonra, bu yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceğini göstermek adına taraflar arasındaki olumsuz çatışma düzeyi ile dönüştürücü yaklaşım perspektifinden çatışma dönüşümü, bu bağlamda yaklaşımın iki temel kavramı olan *güçlendirme* ile *tanıma* hedeflerinin başarımına odaklanılacaktır. Sonrasında dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun konumu, sırasıyla çatışma dönüşümü ile güçlendirme ve tanıma hedefleri ekseninde ele alındıktan sonra, *Baruch Bush/Folger* perspektifinden yola çıkılarak dönüştürücü arabulucunun becerileri, süreçte izleyeceği taktik ve stratejilere değinilecektir. Sonrasında yine ikilinin perspektifinden dönüştürücü arabuluculuğun on karakteristik özelliği ele alınacaktır. Bu bölümde son olarak, dönüştürücü arabuluculuğa elverişli alanlar (daha doğru bir tabirle, dönüştürücü arabuluculuktan verim elde edilebilecek alanlar) hakkında genel bir bilgi verilecek ve yine genel olarak, verim elde edilme ihtimali yüksek olan iki temel alan, iş uyuşmazlıkları ile aile uyuşmazlıkları, dönüştürücü yaklaşım açısından inceleme konusu yapılacaktır. Tekrar vurgulamakta yarar vardır ki, **çalışma, dönüştürücü yaklaşımın ele alınmasına yönelik olmadığı gibi çalışmanın tezi de dönüştürücü yaklaşımın olduğu gibi kabul edilmesine ve bunun mutlak şekilde yararlı olduğuna yönelik bir yargıya ulaşmamaktadır.** Bilakis, *tez* dönüştürücü yaklaşımın (*Baruch Bush ve Folger*'ın ileri sürdüğünün aksine) problem çözücü yaklaşımla

uyumlaştırılabilirliği ve uyumlaştırılması gerektiği temel argümanından yola çıkarak uygulamaya yönelik yeni bir yaklaşım –ki bu yaklaşımın adı, *uyumlaştırılmış yaklaşımdır*- oluşturmaya yöneliktir. Bu nedenle, dönüştürücü yaklaşımın diğer yaklaşımlarla birleştirilemeyeceği fikri noktasında, öğretilerde *Baruch Bush/Folger* görüşünün karşısında yer alan gruba dâhil olmaktayız. Dönüştürücü yaklaşımın (diğer arabuluculuk yaklaşımlarıyla) uyumlaştırılmasına yönelik görüşümüz sadece *Baruch Bush/Folger* dönüştürücü yaklaşımını yeni bir boyuta taşımak ve bu anlayışa muhalif yeni bir yaklaşım oluşturma saikine odaklanmamaktadır.

Uyumlaştırılmış yaklaşıma benzer görüşler mevcut mudur? Açıkçası böyle bir soruya ilk planda verilmesi gereken cevap *Baruch Bush ve Folger*'ın dönüştürücü yaklaşımın diğer yaklaşımlarla birlikte uygulanamayacağına yönelik argümanlarının, öğretilerde eleştirildiği ve bu yaklaşımın diğer yaklaşımlarla bağdaştırıldığına yönelik çeşitli misallerin mevcut olduğudur. Ancak uyumlaştırılmış yaklaşımı farklı ve kendine özgü kılan, bu yaklaşımın temel argümanları doğrultusunda şekillenen arabuluculuk modeli olacaktır. Zira konunun uygulamaya yönelik bir düzeyde ele alınması, uyumlaştırılmış yaklaşımının kendine özgü bir fikrin ürünü haline gelmesini kolaylaştırmaktadır. Bu bab da, son olarak vurgulamak gerekir ki, çalışmanın tezi, uyumlaştırılmış yaklaşımın psikolojik veya sosyolojik açıdan teorik bir altyapısını oluşturmaya da odaklanmamaktadır. Çalışmanın bu yönde bir inceleme ihtiva etmemesine yönelik gelebilecek eleştirilere –ki dönüştürücü yaklaşıma yönelik olarak da benze eleştiriler dile getirilmiştir- şimdiden, böyle bir incelemenin belirtilen alanların (psikoloji ve sosyolojinin) çalışma konusuna girebileceğini ifade ederek cevap vermekte yarar vardır.

Yukarıda ifade olunan sınırlandırmalar çerçevesinde, uyumlaştırılmış yaklaşımın nasıl ele alınacağını şu şekilde ifade etmek mümkündür: Üçüncü bölümde ilk olarak, dönüştürücü yaklaşıma yönelik öğretilerde getirilen eleştiriler inceleme konusu yapılacaktır. Böylelikle dönüştürücü yaklaşımın, öğretiden mutlak şekilde kabul edilen bir yaklaşım olmadığı, bilakis gözden geçirilmesi gereken argümanlara sahip olduğunun ortaya konulması amaçlanmıştır –ki uyumlaştırılmış yaklaşımı oluşturmaya iten, dönüştürücü yaklaşımın, diğer yaklaşımlarla bütünleştirilemeyeceğine yönelik argüman da bu şekilde gözden geçirilmesi gereken argümanlardan biridir. Sonrasında, dönüştürücü yaklaşımdan esinlenilerek oluşturulan farklı arabuluculuk yaklaşımları

hakkında genel bir bilgi verilecektir. Böylelikle uyumlaştırılmış yaklaşımın, bu anlamda oluşturulan tek yaklaşım olmadığı ortaya konulacaktır. Sonrasında, uyumlaştırılmış bir dönüştürücü yaklaşım başlığı altında ilk olarak arabuluculuk sürecinde hedef başarımının nasıl optimize edilebileceğine yönelik görüşlerimiz dile getirilecek ve bu görüşler çerçevesinde uyumlaştırılmış yaklaşımda arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği inceleme konusu yapılacaktır. Uyumlaştırılmış yaklaşım dinamik bir süreç planlaması öngördüğü için önceden belirlenmiş bir arabuluculuk aşamalandırması ihtiva etmeyecektir. Bunun yerine uyumlaştırılmış yaklaşımın her arabuluculuk süreci için öncelikle başarımı gerekli hedef olarak gördüğü ön yargılar ile suizanların bertaraf edilmesi sonrasında, çatışma dönüşümüne veya uyuşmazlık çözümüne odaklanmaya karar verilmesinde nasıl bir yöntem izleyeceği inceleme konusu yapılacaktır. Bu konuyu problem çözücü yaklaşıma süreç içinde etkinlik kazandırılması ile dönüştürücü yaklaşımın güçlendirme ve tanıma hedeflerinin süreç dışında bırakılması konuları takip edecektir. Sonrasında ise, uyumlaştırılmış yaklaşım açısından özel konular olarak ifade edilebilecek, süreç içinde dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşım arasında nasıl geçiş yapılabileceği ile süreç sonucu ulaşılan çözümün içselleştirilmesi konuları ele alınacaktır. Tüm bu konulara değinildikten sonra, uyumlaştırılmış yaklaşımda arabulucunun nasıl bir strateji izleyeceğini mercek altına almak üzere, bu yaklaşımda arabulucunun beceri ve taktiklerinin nasıl tezahür edeceği inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak uyumlaştırılmış yaklaşımın çatışma dönüşümüne odaklanan bir yaklaşımın uygulama alanını genişletme ve mahkeme bağlantılı uyumlaştırılmış arabuluculuk yapısını oluşturma şeklinde tezahür eden iki temel fayda odağına değinilecektir. Sonuç bölümünde ise, çalışmanın tezine yönelik değerlendirmeler bir bütün halinde sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK

1.1. ALTERNATİF BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

Alternatif uyuşmazlık çözümü ve bu yönde kullanılan araçları kapsayacak şekilde kullanılan *alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri* kavramlarının içeriği, ait olduğu hukuk sisteminin kendine özgü nitelikleri doğrultusunda doldurulabilecek kavramlardır. Bununla birlikte, söz konusu kavramların son derece muğlak ve oldukça değişken olduklarını düşünmek de yersizdir¹. Zira aşağıda (1.1.1.) görüleceği üzere birçok hukuk sisteminde benimsenen terim tercihlerinin birbiriyle paralel olması, *en azından* akla gelecek ilk anlam bağlamında bir yeknesaklığa *yaklaşmanın* mümkün olduğunun göstergesidir. Aynı fikir uzlaşmasına, anlamlandırma noktasında *yaklaşıldığını* söylemek mümkün olmakla birlikte, özellikle *yöntemler* açısından tekdüzelikten bahsetmek oldukça zordur. Tüm bu zorluklara rağmen, çalışma konusunun anlaşılması amacıyla arabuluculuk kavramına ilişkin yeterli bir farkındalığa ulaşılmasını sağlamak adına, bu yöntemin ait olduğu AUÇ kavramı ve bu kavram içinde değerlendirilen belli başlı yöntemlere ilişkin genel bir bilgi verilmesinin faydalı olacağı yadsınamaz. Bu doğrultuda ilk olarak AUÇ kavramı ile ilgili genel bir bilgi verilecek (1.1.1.), sonrasında günümüzde yaygın olan belli başlı AUÇ yöntemlerine (1.1.2.) ve arabuluculuğun bunlar içindeki konumuna (1.1.3.) değinilecektir.

1.1.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Kavramı

AUÇ yöntemlerinin çıkış noktalarını belirli bir döneme, topluma, gruba, anlayışa ya da felsefeye bağlamak *fikrimizce* mümkün değildir. Bilakis bu yöntemlerin izleri *neredeyse* toplumsal yaşama düzeninin başlangıcına kadar sürülebilir². Zira tüm AUÇ

¹ Karş. Ja Faris, "Exploring The Alternatives in 'Alternative Dispute Resolution'", *De Jure*, 27 (2), 1994, 331-340, 331 vd.

² Ayrıca bkz. Gordon R. Woodman, "The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution", *Les Cahiers de Droit*, 32 (1), 1991, 3-31, 9; Judith Resnik, "Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 10 (2), 1995, 211-265, 212; Robert Benham/Ansley Boyd-Barton, "Alternative Dispute Resolution: Ancient Models Provide Modern Inspiration", *Georgia State University Law Review*, 12 (3), 1996, 623-651, 625 vd; "...Gerçekten hiçbir ideoloji ve mantıklı teori AUÇ yöntemlerini askıya alamaz..." (George Applebey, "What Is Alternative Dispute Resolution?", *Holdsworth Law Review*, 15 1991-1992, 20-35, 32). Modern anlamda AUÇ yöntemlerinin gelişim süreci için bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1)*, 4.

yöntemleri, *bir uyumsuzluğu*³ *çözmek noktasında* makul şekilde hareket edebilen bir zihinde oluşacak ilk yöntem olan *müzakere* üzerine kurulup geliştirilmiş ve geliştirilmektedir⁴. Müzakerenin ise odak noktası *iletişim* kurmaktadır. Konuşarak iletişim kurmak, belirli döneme, düşünce sistemine veya insan grubuna ait bir özellik olmadığına göre, AUÇ yöntemlerinin de çıkışını bunlardan herhangi birine bağlamak *fikrimizce* çok isabetli olmayacaktır. Tüm bunları ifade etmekle birlikte, modern anlamda bu yöntemlerin geliştirilme çizgilerinin geçen yüzyılının başlarına rastlamasının *endüstri ve bilgi toplumunun* getirmiş olduğu modern devlet anlayışı ile yakından bir ilişkisi olduğu yadsınamaz. Yıldırım, bu noktada *toplum menfaatlerinin korunmasının, hukuki korumadan daha kapsamlı olduğuna* vurgu yaparken şu ifadeler⁵ yer vermektedir: “...Endüstri ve bilgi toplumunun modern devleti, yerine getiremeyeceği kadar ağır görevler üstlenmiştir. Bugün devlet, görev ifa etmek ve sonuçtan sorumlu olmaktan ziyade, garanti eden, garantiden sorumlu konumdadır; buna uygun bir yapıyı kullanıma hazır tutmalıdır. Bu yapının önemli bir kısmı da hukuk ile sağlanır ve korunur. Adaleti temin, devletin tekelinde değildir; devlet, hukuk düzeninin işlevsel yönünden sorumludur; devletin yükünü azaltma ve özel kişilerin sorumluluğunu artırma, konsantrasyon, kooperasyon ve rekabet olmak üzere üç prensibe dayanmaktadır. Devlet mahkemeleri, tahkim, mediasyon, sulh olmak, irade

Baskı, Yetkin, Ankara 2016, 248 vd.

³ Uyuşmazlık nedir? Konuyu ayrı bir başlık altında incelemek yerine, kavramla ilgili yeterli bir algıya sahip olabilmek amacıyla öğretilere dile getirilen şu cümlelere yer vermekte yarar vardır: “...En genel anlamıyla uyuşmazlık, taraflardan birinin, bir olgu, hukuk kuralı ya da davranış biçimine ilişkin iddia veya talebinin, diğeri tarafından itiraz, karşı iddia ya da inkarla karşılandığı belirli bir anlaşmazlık durumunu ifade eder. Oluşumunda psikolojik faktörlerin de etkisi olan uyuşmazlık, kişinin bir iddiada bulunması ve diğeri tarafından bununla çelişen bir karşılık vermesi ve ilkinin iddiasında diretmesi sonucunda ortaya çıkar. Taleplerini birbirlerine yönelterek tartışma veya münakaşaya neden olabilecekleri gibi, doğrudan sürece katılan üçüncü kişiye de bildirebilirler. İddia ve karşı iddiaların hangi koşullarda ve nasıl ileri sürüldüğü çeşitlilik göstermekle beraber, yöneltilen şikayetlerin sayısı ve kapsamı, yakın ilişki içindeki kişilerin sayısı ve özellikleri, uyuşmazlığa neden olan karşıtlık halinin tarihsel derinliği oldukça belirleyicidir. Tanımdan en az iki tarafın ve bir anlaşmazlığın bulunduğu, birinin ileri sürdüğü şeyin diğeri tarafından kısmen veya tamamen kabul edilmediği çıkarılabilir. Bu haliyle çatışmayla benzer özellikler gösterse de, birbirleriyle bağlantılı ancak farklı süreçler olduklarının kabulü, aralarına bir set çekmeyi gerektirmektedir. Çatışma, iki veya daha fazla kişi ya da grubun, farklılıklarının bilincinde olduğu bir karşıtlık durumuyken; uyuşmazlık, bu farklılıkları gidermek için bir takım girişimlerde bulunulmasıdır. Yani herhangi bir çatışmanın hukukun ilgi alanına girmesi, uyuşmazlığa dönüşmesiyle olur...” (Şule Şahin-Ceylan, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, On İki Levha, İstanbul 2009, 75-76).

⁴ Alternatif yöntemlerin bürünebileceği farklı anlamlar için bkz. Mauro Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, 56 (3), 1993, 282-296, 287-288.

⁵ M. Kâmil Yıldırım, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım, İstanbul 2007, 337-360, 338-339.

serbestisi gibi toplumsal, sosyal düzenlemelerin başarısız kalması halinde son çare olarak devreye girmelidir...”.

Hukuk uyuşmazlıkları için, devlet mahkemelerinde gerçekleşen *yargılama prosedürüne* alternatif olacak çözüm yöntemlerini ifade etmek üzere kullanılan *tabirler*⁶ nelerdir? Bu çalışmanın başından itibaren (öğreti ve uygulamada yaygın şekilde kabul gören) **alternatif uyuşmazlık çözümü** tabiri benimsenmiş olmakla birlikte, söz konusu terim tercihinin hiçbir eleştiriye maruz kalmadığını veya öğretilerde başka tercihlerin benimsenmemiş olduğunu söylemek oldukça zordur. Gerçekten, İngilizce’de **alternative dispute resolution** (ve **ADR** kısaltması) şeklindeki tercihin, yine bu dilde çeşitli açılardan eleştirildiğini ve sorgulandığını görmek mümkündür⁷. Bunun gibi, modern anlamda yöntemlere ilişkin günümüz literatürünün tabiri caizse anadili olan bu dilde söz konusu yöntemleri ifade etmek üzere, **informal justice**⁸ veya **informal dispute mechanism**⁹ şeklinde terimlerin tercih edilebildiğini görmek de mümkündür¹⁰. Türkçe literatüre bakıldığında ise, genel olarak kabul gören tabirin *alternatif uyuşmazlık çözümü* şeklinde olduğunu¹¹ söylemek mümkün olmakla birlikte, *dostane uyuşmazlık*

⁶ *Terim* kelimesinin sözlükteki karşılığı “Bir bilim, sanat, meslek dalıyla veya bir konu ile ilgili özel ve belirli bir kavramı karşılayan *kelime*” şeklinde olduğundan (bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.572b2f61d8d150.364561_45) *alternatif uyuşmazlık çözümü* kelime grubunu terim olarak nitelendirmek noktasında çekimser kalıyoruz.

⁷ Mesela bkz. Woodman, 8. Belirli bir algı çerçevesinde *alternatif* kelimesinin eleştirisi için ayrıca bkz. Faris, 339.

⁸ Bkz. Woodman, 10.

⁹ Mesela bkz. Penny Brooker, "The 'Juridification' of Alternative Dispute Resolution", *Anglo- American Law Review*, 28 (1), 1999, 1-36, 2.

¹⁰ Bunun dışındaki terim tercihlerini belirtmek üzere: “... ‘*AUÇ*’ kısaltması ‘*dostane uyuşmazlık çözümü*’ (*amicable dispute resolution*), ‘*uygun uyuşmazlık çözümü*’ (*appropriate dispute resolution*), ‘*idari uyuşmazlık çözümü*’ (*administrative dispute resolution*), ‘*tercih edilen uyuşmazlık çözümü*’ (*preferred dispute resolution*) ve hattâ *AUÇ*’ye karşı olan *bâzi görüşlerce ‘uygun olmayan uyuşmazlık çözümü’* (*inappropriate dispute resolution*) gibi çeşitli kavramları temsil eder şekilde açıklanmaktadır...” (Özbek, *Kitap*, 193).

¹¹ Mesela bkz. Özbek, *Kitap*, 191 vd; Ziya Akıncı, "Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *BATİDER*, 18 (4), 1996, 94-109, 10; İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHF*, 10 (3-4), 2006, 459-475, 460; İbrahim Özbay, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği", *AÜEHFD*, 8 (3-4), 2004, 387- 418, 1646; Ömer Ulukapı/Emre Kıyak, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", *Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan*, Cilt: 2, AÜHFY, Ankara 2015, 1645-1698, 1646; Gizem Ersen-Perçin, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31 (2), 2011, 177-201, 179; Mine Tah-Dehmen, "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25 (1-2); Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan), 2005-2006, 451-471, 452; Yavuz Kaplan, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında

çözümü tarzında tercihlere¹² de rastlanabilmektedir.

En geniş perspektiften bakıldığında alternatif uyuşmazlık çözümü, mahkemeler tarafından yürütülen standart yargılamanın *alternatif türleri* şeklinde anlaşılabilir olup böyle bir anlamlandırma, özel mahkemelerde yürütülen yargılama usulleri ile genel mahkemelerde, birtakım davalar için uygulanan özel usullerin alternatif olarak nitelendirilmesine imkân sağlayabilecektir¹³. Fakat devlet, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini, sadece yeni yargılama usulleri oluşturarak değil, yargılama usulünden *daha farklı* çözüm yöntemleri sunarak sağlamaktadır¹⁴. Bu doğrultudan hareketle daha dar bir perspektiften bakıldığında, AUÇ yöntemleri mahkemede yürütülen (asıl veya istisna niteliğindeki) yargılama usullerine *alternatif olan* yöntemler şeklinde anlamlandırılabilir¹⁵. Hatta bunu sadece mahkeme yargılamasına değil, tahkim yargılamasına alternatif şeklinde algılamak da mümkündür¹⁶. Tüm bunları belirtmekle birlikte, söz konusu alternatif yöntemler ile kastedilenin, kesinlikle mahkeme yargılamasına ikame, onun yerine geçen yöntemler olmadığını vurgulamakta yarar

Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28 (1-2), 2008, 115-146, 116.

¹² "...Sonuç olarak, alternatif uyuşmazlık çözümleri, yargının yanında yer alan ona yardımcı olan ve onunla yan yana yürüyen uyuşmazlık çözümünde kendisine müracaat edilebilecek, etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünü olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle sözü edilen kurumun, terminolojik bazda ifade etmek için, yargıyla rekabet eden onun yerini almaya çalışan bir mekanizma gibi algılanmasına neden olan "alternatif uyuşmazlık çözümleri" tabiri yerine, amaç ve işlevinin daha iyi biçimde tanımlanmasına hizmet etmesi sebebiyle, 'dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri' tabirinin yahut ibaresinin kullanılması daha uygun olur..." (Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64 2006, 151-177, 155). Ayrıca bkz. Ali Yeşilirmak, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik", *DEÜHFD*, 11 (Özel Sayı), 2009, 693-738, 694; Kaplan, 121.

¹³ Woodman, 10. Ayrıca bkz. Cappelletti, "Justice Movement", 288.

¹⁴ Woodman, 10.

¹⁵ Bkz. Özbek, *Kitap*, 192-193. Karş. Woodman, 9.

¹⁶ Bkz. Brooker, 1-2. Karş. "...Kanımca, tahkim de AUÇ yollarının bir parçası olarak kabul edilmelidir. Tahkim yolu işleyişi ve sonucu itibarıyla yargısal bir usüldür. Buna karşılık tahkim yolunda, uyuşmazlığın esasını çözmekle görevli olan mahkemece değil; fakat (tarafarca veya tarafların bu konuda iradesi belirsiz ise mahkemece tespit edilen) hakemlerce karar verildiği için (HMK m. 416), tahkim niteliği itibarıyla bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur (Karş. İTMK m. 1-4). Hakemlerin çalışması fonksiyonel olarak yargısaldır; ama organik anlamda yargısal faaliyet sayılmaz. Yargı işlevinin organik anlamdaki tanımına göre, mahkemelerin her türlü faaliyeti yargı işlevi demektir. Buna ek olarak, maddi anlamdaki tanıma göre yargı işlevi, objektif hukukun (soyut hukuk kurallarının) bağımsız ve tarafsız yargı organları (mahkemeler) tarafından, yargısal usullere uyularak, somut bir olaya uygulanmasıdır. Her iki tanım da dikkate alındığında, yargı işlevinin mahkemelerce yerine getirilmesi temel bir unsur olarak karşımıza çıkar. O halde, hakemlerin faaliyetleri organik anlamda yargısal bir faaliyet değildir..." (Özbek, *Kitap*, 213).

vardır¹⁷. Bu noktada öğretilerdeki şu ifadelerle¹⁸ yer verilmesi isabetli olacaktır: “...*Terim bakımından, ihtilaf hakkında alternatif çözüm şekilleri ifadesi, yanılıya yol açabilecek niteliktedir. Zira çeşitli unsurlar ve özellikle arabuluculuk, hukuki ihtilafın mahkemece çözümünde tamamlayıcı işleve sahiptir. Alternatif kelimesinin markalaştırılması, kutuplaşma riskini de taşımaktadır...*”.

AUÇ yöntemlerini tanımlamak hususunda *fikir ayrılıkları* oluşturacak temel faktör, *yargılama prosedürü* içeren tahkim yöntemi ve tahkim ile diğer AUÇ yöntemlerinin birleştirilmesi suretiyle oluşturulan karma yöntemlerin, AUÇ kavramı içinde değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına yönelik görüş ayrılıklarıdır¹⁹. Buna göre tanımlama noktasında temel bir ikili ayrıma gidilmesi mümkün olabilecektir: Tahkim gibi *yargısal* nitelik taşıyan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini alternatif çözüm yöntemlerine dâhil eden (Anglo-Amerikan literatüründe yaygın olarak kabul gören) anlayış²⁰, AUÇ kavramının tahkim yöntemini de kapsayacak şekilde tanımlanması sonucunu doğurabilecektir. Buna mukabil, *çalışmada da benimsenen* tahkimi alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaktan *çıkarılan* anlayış aynı kavramın, kısaca, *tarafsız üçüncü kişinin*, uyuşmazlığın çözümüne *yardımcı olarak katkıda bulunduğu*, mahkemelerde yürütülen yargılama yöntemi yanında işleyen, seçimlik nitelikteki yöntemler şeklinde daha kısıtlı şekilde tanımlanmasına yol açacaktır²¹.

¹⁷ Bkz. Selçuk Öztekin, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’na İlişkin Görüş ve Eleştiriler”, İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 15-34, 16; Yıldırım, “AUÇY”, 358; Yıldırım, M. Kâmil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 35-80, 36.

¹⁸ Bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 338.

¹⁹ Bu noktada ayrıca bkz. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümünde Kapsam Sorunu” başlığı altında soruna dikkat çeken Özbek, *Kitap*, 211 vd.

²⁰ Ayrıca bkz. Cappelletti, “Justice Movement”, 282.

²¹ Türkçe literatürde bu yönde tanımlara misal olarak bkz. Ulukapı/Kıyak, 1647-1648; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza, Konya 2015, 553; Akıncı, 100; Kaplan, 116; Özbay, “Uzlaştırma”, 387; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul 2012, 895; Ejder Yılmaz, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, TBBY Ankara 2004, 843-856, 846; Mustafa Serdar Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, *GSÜHFD*, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan Cilt I, 1/2004, 261-292, 261. Bunun dışında, AUÇ’nin temel fonksiyonlarına işaret eden ve bir tanımlı andıran ifadelerle misal olarak: “AUÇ, esasen modern endüstriyel (veya post endüstriyel) toplumlarda uyuşmazlık ve dava yığılması sorununa yönelik yasal çözümler için bir arayıştır” (Applebey, 21). Hukuki ihtilaf bağlamında AUÇ, *tarafsız üçüncü bir kişi* kullanımı vasıtasıyla, uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına gitme olasılığını düşüren bütün mekanizmaları kapsar (Deborah R. Hensler, “Science in The Court: Is There A Role For

Tüm AUÇ yöntemlerine atfedilebilecek ortak özelliklerden bahsetmek mümkün müdür? *Fikrimizce* bu soruya *kesin* bir cevap verebilmek oldukça zordur. Böyle bir zorluğun oluşmasının sebebi, ilk planda, elbette bu yöntemlerin oluşturulmasına yönelik düzenlemelere giderken, kanun koyucunun çok geniş bir hareket serbestisine sahip olmasıdır. Bununla birlikte öğretici, AUÇ yöntemlerinin bir takım ortak özellikleri ihtiva ettiğini belirtmekten geri durmamıştır: AUÇ kavramının, *yargısal* (veya *yarı yargısal*) uyuşmazlık çözüm yöntemlerini içermediği algısı çerçevesinde, belirtilebilecek ilk özellik, bu yöntemlerin *yargısal* birer uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığıdır²². Bu nedenle, AUÇ yöntemleri *hasmî* bir çözüm süreci ihtiva etmezler²³. Bilakis, *müzakere* mantığı üzerinde şekillendiklerinden²⁴ *dostane* bir çözüm ortamını ihtiva ederler. Böyle bir çözüm ortamı, tarafların, uyuşmazlık konularına *menfaatlerinden*²⁵ yaklaşmasına da imkân sunar. Bu ise, AUÇ yöntemlerinin diğer bir özelliği olan, hak odaklı değil, menfaat

Alternative Dispute Resolution?", *Law and Contemporary Problems*, 54 (3), 1991, 171-194, 180). Bu hususta son olarak bkz. Curtis H. Barnette, "The Importance of Alternative Dispute Resolution: Reducing Litigation Costs As A Corporate Objective", *Antitrust Law Journal*, 53 (3), 1984-1985, 277-282, 277.

²² Bu noktada, Özbek'in tahkimi AUÇ yöntemi olarak kabul ederken gerekçe gösterdiği "...*Hakemlerin çalışması fonksiyonel olarak yargısaldır; ama organik anlamda yargısal faaliyet sayılmaz. Yargı işlevinin organik anlamdaki tanımına göre, mahkemelerin her türlü faaliyeti yargı işlevi demektir. Buna ek olarak, maddî anlamdaki tanıma göre yargı işlevi, objektif hukukun (soyut hukuk kurallarının) bağımsız ve tarafsız yargı organları (mahkemeler) tarafından, yargısal usullere uyularak, somut bir olaya uygulanmasıdır. Her iki tanım da dikkate alındığında, yargı işlevinin mahkemelerce yerine getirilmesi temel bir unsur olarak karşımıza çıkar. O halde, hakemlerin faaliyetleri organik anlamda yargısal bir faaliyet değildir...*" (bkz. dn. 15) şeklindeki ifadeleri çerçevesinde düşünüldüğünde de aynı sonuca ulaşılacağını belirtmekte yarar vardır [Keza yazar da, AUÇ yöntemlerinin yargı dışı çözüm yolları olarak görüldüğünü (Özbek, *Kitap*, 197) ifade etmektedir]. Fakat *fikrimizce* maddî anlamda yargı tanımının öğretilde genellikle mahkemeleri esas alarak yapılması (mesela bkz. Ulukapı, *Kitap*, 15; Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku*, Legal, Ankara 2015, 1), bu anlamda yargısal faaliyetin, hakemlerin yapmış olduğu yargılama faaliyetini kapsam dışında bırakması sonucunu doğurmamalıdır. Gerçekten sadece hakem(ler)in, tarafların talebi doğrultusunda hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilmesi (HMK m. 433/3) yönündeki istisnalar dışında, uyuşmazlığın giderilmesine maddî hukuk kurallarının *yargılama yapmak* suretiyle uygulanması, hakemlerin faaliyetinin *yargısal* bir faaliyet olarak nitelendirilmesine imkân tanıyacaktır.

²³ Özbek, *Kitap*, 197.

²⁴ Özbek, *Kitap*, 198.

²⁵ Bkz. Yıldırım, "AUÇY", 348-349. Menfaat teorisi ekseninde -ki karma teori de öncelikle bu açıdan yaklaşmaktadır - hak, hukuken korunan menfaat anlamına geldiğine göre (görüşler için kısaca bkz. Emre Kıyak, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Seçkin, Ankara 2014, 27-28), AUÇ yöntemlerinin uyuşmazlığa hak odaklı değil, fakat menfaat odaklı bir yaklaşımı benimsemesi ikilem olarak algılanmaya müsait midir? Açıkçası bu şekilde bir algının oluşmasını engellemek üzere, AUÇ yöntemleri açısından menfaatin ne anlama geldiğini açıklamakta yarar vardır: Gerçekten, burada menfaat, hukuki anlamından biraz ayrılmakta ve *çıkart* kavramına yaklaşmaktadır. Zira tarafların AUÇ yöntemlerinde menfaatlerini gözetmesi ile kastedilen (özellikle müstakbel) çıkarlarını gözetmesidir. Bu yöntemlerde tarafların çıkarları ön planda tutulduğu için, hukuken sahip olunan haklar geri planda bırakılabilmektedir.

odaklı çözüm yöntemleri olmalarını gündeme getirir²⁶. Menfaat odaklı çözüm yöntemi olmak, bir başka özelliği, çözüm sürecinde tarafların etkinliğine izin verilmesini²⁷ beraberinde getirir. Taraflara uyuşmazlık çözüm sürecinde etkinlik kazandırmak, uyuşmazlık konularının hangi usulle ele alınacağı, nasıl çözüleceği konularında geniş bir hareket serbestisi sunmak anlamına gelir ki, bu serbesti, AUÇ yöntemlerinin *esnekliğini* gündeme getirir²⁸. Fakat esneklik, *özellikle menfaat temelinde çözüm oluşturma serbestisi*, AUÇ yöntemlerinin, mahkeme yargılamasına *istisna* olmasını, yargılama yönteminin yerine ikame teşkil etmesini engeller. Bu sınırlama, AUÇ yöntemlerinin, adı üzerinde, *alternatif* birer yöntem olma özelliğini gündeme getirir –ki öğretide bunun en önemli özellik olarak dile getirildiğini görmek mümkündür²⁹. Belirli bir AUÇ yöntemi başka bir AUÇ yöntemi ile birlikte kullanılmaya (genellikle)³⁰ elverişlidir. Bu doğrultuda karma yöntemler oluşturulması da mümkündür. AUÇ yöntemlerinin bu niteliğe sahip olabilmesi, *esnek* birer uyuşmazlık çözüm yöntemi olmalarının doğal bir sonucudur. Yabancı literatürde AUÇ yöntemlerinin *sürecin başından sonuna kadar ihtiyari olarak*

²⁶ AUÇ yöntemlerinin menfaat odaklı çözüm yöntemleri olmaları hususunda bkz. J.G. Mowatt, "Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 25 (1), 1992, 44-58, 55.

²⁷ "...AUÇ yolları dava yoluna göre, taraflara kendi sorunlarını ve uyuşmazlıklarını çözmek için kullanacakları usuller üzerinde daha aktif bir katılım ve daha fazla kontrol imkânı sunar. Bütün AUÇ yollarında taraflar, uyuşmazlığın çözümündeki her aşamada tam ve kesin bir kontrole sahiptirler..." (Özbek, *Kitap*, 197). Gerçekten tarafların menfaatlerinden hareketle uyuşmazlığın hukuken çözülmesine hizmet eden bir aracın kullanılmasında en etkin konumda olacak olan taraflardır. İleride incelenecek olan tüm AUÇ yöntemlerinde bunun izlerini bulmak mümkün olabilecektir. Zira ancak böyle bir etkinliğin (süreci yöneten, yönlendiren tarafsız üçüncü kişiye değil de) taraflara ait olmasıyla, menfaatlerin en üst düzeyde tatmini sağlanabilir. Çünkü etkinliğin tarafsız üçüncü kişiye bahşedilmesi halinde, üçüncü kişinin her iki tarafın menfaatini en üst düzeyde tutmaya çalışması bir anlamda, her iki tarafın vekilliğini, temsilciliğini yapması anlamına gelecektir –ki gerçeklik açısından bakıldığında- böyle bir durumun söz konusu olması oldukça zordur.

²⁸ AUÇ, hasmî uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kesinliği ile özel müzakerenin esnekliği arasında bir orta yoldur (Applebey, 32).

²⁹ Mesela bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/3, 113-139, 115.

³⁰ Fakat belirtmek gerekir ki, bu imkân, bir AUÇ yöntemi adı altında başka bir AUÇ yönteminin uygulanmasının mümkün olabileceği anlamına gelmemektedir. Bu şekilde hareket edilmesi, etik kurallarının ihlali anlamına gelebilecektir. Mesela bkz. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları (MEUK) 8.5: "Arabulucu, süreç boyunca arabuluculuktan başka bir uyuşmazlık çözüm yolunu yönetmeyeceğinden, arabuluculukla ilgili kuralların ve mevzuatın uygulanması ve kuruluşların korunması adına da olsa faaliyet gösterirken, diğer bir uyuşmazlık çözüm yolunu arabuluculuk olarak adlandırıp uygulamamalıdır". Fakat bu kısıtlama, arabulucunun başka bir uyuşmazlık çözüm yönteminin uygulanmasını taraflara tavsiye etmesine engel olmayacaktır. Bkz. MEUK 8.6: "Ancak, arabulucu, uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, danışmanlık, tarafsız değerlendirme veya diğer uyuşmazlık yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir". MEUK metni için: http://www.adb.adalet.gov.tr/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html (17.8.2017).

uyum içinde sürdürülmesi, karar üzerinde tarafların uzlaşmaları (**consensus**), süreklilik arz eden ilişkilerin devamlılığının sağlanması (**continuity**), taraflar arasındaki ihtilafın gizli kalması (**confidentiality**), mantıklı bir sonuç üzerinde çalışırken, sürecin, başından sonuna kadar tümüyle tarafların insiyatifinde olması (**control**) şeklinde dile getirilen dört esas (4 C esası) olarak açıklandığı dile getirilmektedir³¹.

AUÇ yöntemlerinin esnek birer uyuşmazlık çözüm yöntemi olmalarının beraberinde getirdiği imkânlar o kadar fazladır ki, bunların şu aşamada dile getirilecek hususlarla sınırlı olduğunu iddia etmek oldukça zor olacaktır. Fakat (biraz önce dile getirilenler dışında) en dikkat çekenleri *fikrimizce* şunlardır: İlk olarak, bu yöntemler *ikiden fazla taraf* kavramının oluşmasına imkân sunar³². İkinci olarak, esneklik, uyuşmazlık çözüm sürecine *hız kazandırılmasına* imkân sunar. Hız, AUÇ yöntemlerinin bir avantajı olarak algılanmakla birlikte, tüm yöntemler açısından bu unsurun olmazsa olmaz olduğunu ileri sürmenin mümkün olmaması³³, avantaj yerine özellik olarak dile getirilmesini daha mantıklı kılmaktadır. Yine esneklik, AUÇ yöntemlerinin mahkeme (veya tahkim) yargılama sürecine entegrasyonuna³⁴ imkân tanımaktadır.

AUÇ yöntemlerinin oluşturulmasına (ve mahkeme sürecine entegrasyonuna) ilişkin reform hareketlerinin, uyuşmazlık çözümünde yargılama prosedürlerinin kullanılmasının getirmiş olduğu *negatif* dışsallıklara olan tepkilerin birer ürünü olduğunu söylemek çok yanlış olmayacaktır³⁵. Şu halde AUÇ yöntemlerinin avantajları ve dezavantajlarını incelemeye geçmeden önce mahkeme yargılamasının (ve dava alışkanlığının) barındırdığı olumsuz yönlere kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Yerel mahkemeler tarafından verilen kararların, taraflar için bağlayıcı (ve kesin) olmasının, bu uyuşmazlık çözüm yönteminin benimsenmesinin en önemli nedeni olarak

³¹ Bkz. Yıldırım, "Tasarı", 36; "AUÇY", 349.

³² Mesela bkz. Rodney A. Max, "Multiparty Mediation", *American Journal of Trial Advocacy*, 23 1999, 269-290, 269 vd. Müzakere bağlamında "...Müzakere, rekabet halinde ya da çatışan çıkarları bulunan, bu konuda anlaşmaya çalışan iki veya daha fazla tarafı içeren bir süreçtir" (Kaplan, 117). Arabuluculuk bağlamında ayrıca bkz. Özbek, 19.

³³ Applebey, 32.

³⁴ Bkz. Özbay, "AUÇY", 463-464; Özbay, "Uzlaştırma", 388. Mahkeme bağlantılı AUÇ yöntemleri ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Özbek, *Kitap*, 354 vd.

³⁵ Bkz. Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World- Wide Access-to-Justice Movement", 282 vd; Özbek, 15-34, 16; Yıldırım, "Tasarı", 36, 41-42; "AUÇY", 348.

gösterildiğini görmek³⁶ mümkün olmakla birlikte, uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınması halinde karşılaşılması *kronik hale gelen zaman kaybı, aşırı masraflar ve taraflardan birini hayal kırıklığına uğratacak mahkeme hükmü*³⁷, mahkeme yargılaması yönteminin temel olumsuz yönleri olarak gösterilmektedir³⁸. Bunların yanında, yargılamanın taraflar arasındaki gerginliği tırmandıramaya müsait bir süreci ihtiva etmesi³⁹, yargılama mantığının hak kavramına odaklanmasının, taraf menfaatlerinin ve müstakbel ilişkilerin muhafazasının bir ölçüde geri plana itilmesine yol açabilmesi ve tarafların uyuşmazlık çözüm sürecindeki etkinliğini azaltması⁴⁰, mahkeme yargılamasının ilk planda tercih edilmesinin, mahkemelerdeki dava yükünü artırarak bu alanda yapılan kamusal harcamaların artmasına yol açması ve dava yükündeki artışın bir ölçüde davaların makul sürede görülmesini olumsuz şekilde etkilemesi⁴¹, yargılama prosedürünün kompleks (ve anlaşılması güç yapısının) mahkemeleri *erişilmez* hale getirmesi ile mahkeme yargılamasının belirli türdeki uyuşmazlıkları adil ve etkili şekilde çözmek noktasında yeterli olmaması⁴² öğretide mahkeme yargılamasının olumsuz yönleri arasında gösterilen diğer hususlardır⁴³. Acaba öğretide dile getirilen (ve aslında artırılması mümkün olan) bu olumsuzlukların hepsini yargılama sürecine izafe etmek ne kadar isabetlidir? Gerçekten yargılama prosedürlerinin *hasmî* yapısı⁴⁴, her iki tarafın

³⁶ Mesela bkz. Ersen-Perçin, 178.

³⁷ Bkz. Applebey, 24.

³⁸ Bkz. Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 114. Ayrıca: Özbek, 16.

³⁹ Ersen-Perçin, 179; Ulukapı/Kıyak, 1646; Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 115. Ayrıca Brooker, 3. Psikoloji alanında yapılan çalışmalar da bu gerçeği yansıtmaktadır. Mesela bkz. Nicole M. Zapzalka, *The Psychological Impact of Civil Litigation: A Comparison of Perceived Anxiety Levels in Civil Litigation as Viewed by Trial and Alternative Dispute Resolution Litigants*, Cappella University, (A Dissertation Presented in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy) January 2007, 74-75.

⁴⁰ Ulukapı/Kıyak, 1646.

⁴¹ Ulukapı/Kıyak, 1646; Kaplan, 115-116; Özbek, *Kitap*, 147. Ayrıca bkz. Applebey, 24.

⁴² Bkz. Applebey, 24; Brooker, 3.

⁴³ Ayrıca bkz. Barnette, 278 vd; Harry Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Second Impression, The Stationery Office, London 1996, 2.

⁴⁴ Anglo-sakson sistemlerde bu hasmî yapının daha belirginlik kazandığını söylemek mümkündür: “Anglo-Amerikan yargı sistemi, Kıta Avrupası ülkeleri sistemlerinden farklı olarak mücadele modeli üzerine kurulmuştur. Genel hatlarıyla bilindiği gibi, Avrupa’da cari olan sistemde mahkeme davanın yürütülmesinde aktif ve bağımsız bir soruşturma yürütür. Bu sistemde tanıklara soruları hâkim sorar ve verilen cevapları değerlendirir. Mücadele modelinin ana özelliği ise, davanın kontrolünün ve biçimlendirilmesinin taraflar veya onların avukatlarınca gerçekleştirilmesidir. Mücadele modeline ilişkin geleneksel görüş hâkimin yerinde oturacağı ve nadiren sorular soracağıdır. Bunlar, belirginleşmeyen

süreç sonunda *kazanan konumda kalmasını* büyük ölçüde engellemektedir. Bunun gibi, *ister uzun ister kısa sürsün*, yargılama mantığında bir uyuşmazlık çözümü süreci, her halükarda taraflar arasındaki gerginliği tırmandırmaktadır. Yine bu uyuşmazlık çözüm anlayışı, tarafların süreci şekillendirmek noktasındaki etkinliklerini büyük ölçüde ellerinden almaktadır. Son olarak yargılama prosedürlerinin genellikle *kompleks ve bazı noktalarda anlaşılması güç bir kodifikasyona sahip olması, mahkemelere gerçek anlamda erişimi zorlaştırmaktadır*. Belirtilen bu olumsuzlukların doğrudan mahkeme yargılamasına izafe edilmesine bir engel görmemek gerekir. Buna mukabil, *aşırı masraflar ve zaman kaybının*, aslında (usul ekonomisine sadık kalınarak kodifike edildiği varsayımı altında) ilk planda yargılama yöntemine izafe edilmesi *fikrimizce* pek de isabetli değildir. Zira bu olumsuzlukları meydana getiren, *ilk planda* usul ekonomisine uygun olmayan taraf usul işlemleri ile mahkeme usul işlemleridir. Bunların evvelinde bir sebep aramak lazım ise, akla ilk gelmesi gereken sebep *dava alışkanlığıdır*. Zira dava alışkanlığı sebebiyle mahkemelerdeki iş yükü artmakta ve bu durum davaların makul sürede karara bağlanmasını ister istemez zorlaştırmakta, gerek bireysel gerek kamusal perspektiften bakıldığında uyuşmazlıkların çözümü için sarfedilen masrafların artmasına yol açmaktadır. Şu halde bu gibi olumsuzlukların arka planda yer alan (diğer deyişle gerçek) sebepleri *dava alışkanlığı ile usul ekonomisine uygun olmayan mahkeme ve taraf usul işlemleridir*. Tabi bu sebeplere, mahkeme teşkilatının (hâkim sayısının) yeterli düzeyde olmamasını da eklemek mümkündür. Mahkeme yargılamasının belirli türdeki uyuşmazlıkları adil ve etkili şekilde çözmek noktasında yetersiz kalması da, mahkeme yargılamasına değil, bu türden (özel) uyuşmazlıkları çözmek üzere adil ve etkili şekilde örgütlenmemiş mahkeme teşkilatı (kastedilen özel mahkemelerin eksik olmasıdır) ile uyuşmazlık çözümünün konuyla uzmanlaşmamış hâkimlere bırakılmış olması gibi sebeplere izafe edilmesi daha isabetli olan olumsuzluklardır.

Mahkeme yargılama sürecine (ve dava alışkanlığına, usul ekonomisine uygun olmayan mahkeme ve taraf usul işlemlerine, yeterli ve isabetli bir şekilde oluşturulmayan mahkeme teşkilatına) izafe edilen olumsuzlara kısaca değindikten sonra, artık, AUÇ

konular, bazı itirazlar ve birkaç istisnâî duruma ilişkin sorulardır. Bu sistemde dava sadece tarafların sorularına verilen cevaplarla yürür. Mutlak olan şudur ki, mücadele modeli avukatların etkisine ve sorumluluğuna olağanüstü bir biçimde yer verir. Mahkeme ise yargılama süresi boyunca nispeten pasif bir rol üstlenir. Mücadele modeli anlayışı, belirtilen bu yönlerle artan oranda eleştirilere maruz kalmaktadır” (Halûk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Tıpkıbasım, Yetkin, Ankara 2009, 6 dn. 9).

yöntemlerinin avantajlarını ve bu yöntemlere getirilen eleştirileri inceleme konusu yapmak mümkündür⁴⁵.

AUÇ yöntemlerinin geliştirilmesi, uyuşmazlıkların mahkeme yargılamasına kıyasla daha kısa sürede daha az masrafla (ve her iki tarafı memnun edecek tarzda) çözümü arayışının bir sonucu olduğuna göre, bu yöntemlerin avantajları arasında gösterilecek temel hususlar da bunlardır⁴⁶. Bu avantajlara ilave⁴⁷ olarak, AUÇ yöntemleri, uyuşmazlığın çözümünde taraflara geniş bir yelpaze sunarlar⁴⁸. Uyuşmazlık çözüm sürecine katılan tarafsız üçüncü kişinin desteğiyle taraflar, birbirleriyle iletişim kurarak, hukuki hakları sıkı sıkıya uygulayan hukuki bir kararı kabul etmek yerine, menfaatlerine daha uygun bir çözüme ulaşabilirler⁴⁹. AUÇ yöntemlerinin, *gizli* bir çözüm sürecine imkân tanınması, tarafların, kamuoyunda kötü bir izlenime sahip olmalarını veya itibar kaybetmelerini engellemelerine yardımcı olur⁵⁰. Taraflara, uyuşmazlıklarını *birbirlerini ikna ederek* çözüme imkânı tanınması, uyuşmazlık dışında kalan ilişkilerin ayakta tutulmasına yardımcı olur⁵¹. Uyuşmazlık çözüm sürecini şekillendirmede (yani usulü belirlemede) oldukça geniş bir seçim aralığına sahip olunması, tarafların *katı* usul kurallarını anlamak ve uygulamak zorunluluğunu ortadan kaldırır. Süreç sonunda varılan sonuç, kural olarak taraflar açısından hukuki bir

⁴⁵ Konunun her bir AUÇ yöntemi için ayrı ayrı incelenmesine ilişkin bkz. Joanne Goss, "An Introduction To Alternative Dispute Resolution", *Alberta Law Review*, 34 (1), 1995, 1-33, 2 vd.

⁴⁶ Bkz. Kaplan, 116; Özbek, "AUÇY", 268 vd; Özbek, *Kitap*, 284 vd; Leonard L. Riskin, "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing", *University of Florida Law Review*, 37 (1), 1985, 19-28, 19; *Zaman* ve *masraflar* açısından ayrıca: Brooker, 5; Steven A. Weiss, "ADR: A Litigator's Perspective (Viewing the pluses and minuses)", *Business Law Today*, 8 1999, 30-34, 33; son olarak müzakere temelinde: Goss, 4.

⁴⁷ *Bu yöntemler, taraflara geniş bir çözüm yelpazesi sunarlar. Anlaşmalar, uyuşmazlığın değerlerini daha iyi yansıtırlar. AUÇ sürecinde tarafsız konumda olan kişinin uzman olması, uyuşmazlığın bir hâkim veya tarafların kendisince ele alınması ihtimalinden daha iyi sonuçların ortaya çıkmasına hizmet eder. Yargılamanın taraflar üzerinde bırakacağı ruhsal zararı engeller. Avukatlara daha fazla uyuşmazlıkta vekillik üstelenmelerine ve zamanı etkili kullanmalarına olanak sunar. Tarafları, uyuşmazlığı kazan-kazan anlayışında çözmeye sevk eder. Son olarak taraflar, istinaf, temyiz gibi prosedürlerle uğraşmak zorunda olmadan, uyuşmazlıklarında nihai bir çözüme kavuşabilirler* şeklinde kısa bir özetleme için ayrıca bkz. Applebey, 32 vd. *Yıldırım*, AUÇ yöntemlerinin avantajlarını şu şekilde özetlemektedir: "...AUÇ sisteminin, devlet yargılamasına nazaran, tahkim gibi çeşitli avantajları vardır. Bunlar, prosedürün hızlı yürütülmesi, daha az masraflı olması ve prosedürün gizliliğidir..." (Yıldırım, "AUÇY", 347-348).

⁴⁸ Özbek, *Kitap*, 289-290; Weiss, 33.

⁴⁹ Bkz. Brooker, 5; Özbek, *Kitap*, 289 vd; arabuluculuk bağlamında ayrıca Jarvis Lagman, "The Advantages of ADR Over Litigation with Regards to Alimony", *The Journal of Contemporary Legal Issues*, 20 2011-2012, 179-182, 180.

⁵⁰ Bkz. Özbek, *Kitap*, 292; Brooker, 5.

⁵¹ Bkz. Ersen-Perçin, 180; Özbek, "Avukatlık Kanunu", 115; Özbek, *Kitap*, 304-305.

bağlayıcılığa sahip olmayacağından ve dava haklarını ortadan kaldırmayacağından, tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinde rahat bir şekilde hareket etmesine imkân tanır. Hukuki bağlayıcılık, yargılama prosedürlerinin tercih edilmesindeki en önemli etkenlerden biri olmakla birlikte, süreç sonunda tarafsız üçüncü kişinin (hâkimin, hakemin) vermiş olduğu kararın, aleyhine sonuç doğuran tarafça uygulanması noktasındaki isteksizlik, devletin cebri icra organlarının (icra ve iflas dairelerinin) harekete geçirilmesini zorunlu kılabilmektedir ki, böyle ihtimallerde hakkın elde edilmesi süresi uzamaktadır. Buna mukabil, AUÇ yöntemlerinde, ulaşılan sonucun *içsel* bir bağlayıcılığa sahip olması, sonuç kapsamında kalan yüklenilerin ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi olasılığını artırmaktadır⁵². Bu ve benzeri⁵³ avantajlar, tüm AUÇ yöntemlerine izafe edilebilecek avantajlardır. Buna mukabil, öğretilerde dile getirilen bazı avantajların ortaya çıkabilmesi için, AUÇ yönteminin uygulandığı alan önem arz edecektir⁵⁴.

AUÇ yöntemlerinin taraflar nezdinde söz konusu olan avantajlarının yanında, kamusal menfaatler açısından da dile getirilebilecek bazı avantajlar söz konusudur. Birkaçını kısaca belirtmek gerekirse; bu yöntemler (*özellikle yargılama prosedürünün bir parçası haline getirildiğinde*) kısıtlı mahkeme kaynaklarının korunmasına katkı sağlayarak, yargı organları için bir iktisat aracı vazifesi görür⁵⁵. Uyuşmazlıkların *kazan – kazan* anlayışı içinde çözümünü sağlayarak, toplumsal barışın oluşmasına katkı sağlar. Aynı anlayış, uzlaşma kültürünün gelişmesini de tetikler. ***Uzlaşma kültürünün yerleştiği bir toplum, dış baskılara ve provokasyonlara karşı mukavemet kazanır.***

AUÇ yöntemlerine izafe edilebilecek *temel* dezavantajlar neler olabilir? *Fikrimizce* böyle bir soruyu cevaplamadan önce bazı hususlarda *farkındalık* oluşturmak gereklidir:

⁵² Bkz. Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 116; Tah-Dehmen, 453; Özbek, *Kitap*, 289. Karş. Weiss, 33.

⁵³ AUÇ yöntemlerinin burada dile getirilenlerle beraber başka avantajlarının da mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Tüm bunlar için ayrıntılı olarak bkz. Özbek, *Kitap*, 284 vd.

⁵⁴ Mesela bkz. Lagman, 180 vd.

⁵⁵ Hazel Genn, “What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24 (1), 2012, 397-418, 402; Tah-Dehmen, 452-453; Brooker, 5-6. Gerçekten AUÇ yöntemleri, sadece ilk derece mahkemesinde gerçekleşen yargılama aşamasında değil, kanun yollarının tüketilmesinde de önemli bir iş yükü tasarrufunun sağlanmasına katkı sağlayabilir. Elbette bunun için, AUÇ yöntemlerinin *negatif dışsallığı* olarak görülebilecek, bu yöntemlerin tüketilmesinin sebep olabileceği uyuşmazlıkların mahkemeye taşınması ihtimalini en az düzeyde tutacak düzenlemelere gidilmesi gerekli olacaktır. Bu hususta ayrıca bkz. Emre Kıyak, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği”, *TAAD*, 6 (21), 2015, 523-548, 526.

İlk olarak, mahkeme yargılamasına izafe edilmesine rağmen, aslında yargılama mantığının değil, *daha ziyade* dava alışkanlığının getirdiği negatif dışsallıklar olarak algılanması gereken hususlarda olduğu gibi, AUÇ yöntemlerine izafe edilen dezavantajların hepsi de *fikrimizce* bu yöntemlerin değil, yanlış veya yerinde olmayan uygulamalarının beraberinde getirebileceği olumsuzluklardır. Mesela, belirli bir AUÇ yönteminin başarılı bir şekilde sonuçlandırılmamış olması sebebiyle, uyuşmazlık çözüm sürecinin uzaması şeklindeki olumsuzluk⁵⁶, *fikrimizce* AUÇ yönteminin değil, genellikle tarafların (veya tarafsız üçüncü kişinin) yerinde olmayan davranışları⁵⁷ sebebiyle sürecin başarılı bir şekilde yürütülememesinin getirdiği bir sonuçtur. Bu nedenle söz konusu olumsuzluğun doğrudan AUÇ yöntemine izafe edilmesini çok isabetli görmemek gerekir. Bunun gibi, AUÇ yöntemlerinin uyuşmazlık çözümü için sarfedilen giderleri artırabileceği şeklindeki olumsuzluk⁵⁸ da, yine bu yöntemlerin değil, usul ekonomisine uygun olmayan taraf (veya tarafsız üçüncü kişi) faaliyetlerinin getirmiş olduğu bir sonuçtur. Mesela, taraflardan birinin müzakereleri sürdürmemekteki ısrarlı tavırlarına rağmen, tarafsız üçüncü kişinin süreci sonlandırmayıp oturumlara devam etmeye çalışması; gereksiz oturumların yapılması sebepleriyle uyuşmazlığın çözümü için üstlenilecek giderlerin artması, AUÇ yöntemlerine izafe edilebilecek bir olumsuzluk değil, bilakis, taraflara (veya tarafsız üçüncü kişiye) izafe edilebilmesi gereken bir olumsuzluktur. Yine AUÇ yöntemlerinin, *maddi açıdan zayıf durumda olan kişilerin* hak arama özgürlüğünü kısıtlayabileceği ve adil olmayan sonuçlar doğurabileceği şeklindeki olumsuzluklar⁵⁹ da, aslında bu yöntemlere değil, *yeterli olmayan (pro bono – pro se) adli yardım* kurumuna izafe edilmesi gereken bir olumsuzluktur⁶⁰. Son olarak arabulucu, uzlaştırıcı gibi tarafsız üçüncü kişilerin bulunmasındaki zorlukların da AUÇ

⁵⁶ Ayrıca bkz. Applebey, 33.

⁵⁷ Mesela, oturumları devam ettirmek noktasında isteksiz davranmaları, uyuşmazlığın *dostane* çözümü kavramını algılayamayıp süreç içinde, sanki yargılama yapıyormuş gibi, *hasmî* hareket etmeleri ya da en başından uyuşmazlığın AUÇ yöntemiyle çözülmesiyle bir başarıya ulaşamayacağı belli olmasına rağmen, tarafların bu yöntemi denemekte ısrar etmeleri.

⁵⁸ Ayrıca bkz. Applebey, 33.

⁵⁹ Ayrıca bkz. Applebey, 33; Brooker, 7; Owen M. Fiss, "Against Settlement", *The Yale Law Journal*, 93 (6), 1984, 1073-1090, 1076.

⁶⁰ Karş. Fiss, 1077; "...tahkim ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm yolları tarafların eşit oldukları varsayımından hareket eder, taraflardan birinin güçlü, diğerinin daha az güçlü ve hatta zayıf olmasıyla ilgilenmez ve dolayısıyla güç dengelerini denkleştirecek formüllerle uğraşmaz..." (Öztek, 17).

yöntemlerine izafe edilemeyeceği açıktır⁶¹.

İkinci olarak, *farklı bir bakış açısıyla* AUÇ yöntemlerinin avantajı olarak dile getirilen hususlardan bir kısmının, *dezavantaj olarak algılanması* mümkündür. Mesela, AUÇ yöntemlerinin tarafların mevcut ve müstakbel *menfaatlerine* odaklanması sebebiyle, uyuşmazlık konularını oluşturan vakıaların tüm gerçekliğiyle su yüzüne çıkarılması arzusunun *bazı ihtimallerde* geri plana atılarak, tahkikatın ikinci derecede önem arz etmesi, bu yöntemlerin bir avantajı olarak algılanmasının yanı sıra, *farklı bir bakış açısıyla* dezavantaj olarak görülebilir⁶². Bunun gibi, AUÇ yöntemlerinin uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonucun (mutabakatın) *genel bir perspektiften bakıldığında* taraflar için *hukuki* bağlayıcılığa sahip olmaması da, *farklı bir bakış açısıyla* dezavantaj olarak algılanabilir⁶³. Zira hukuki bağlayıcılığın eksik olması, süreç sonrasında dava hakkının kullanılmasında *dürüstlük ilkesi denetimi* gibi çeşitli noktalarda belirsizlikleri de beraberinde getirebilecektir.

Yukarıdaki hususları dile getirdikten sonra, gerçekten AUÇ yöntemlerine izafe *edilebilecek* olumsuzluklara değinmek artık mümkündür. *Fikrimizce* bu noktada dile getirilebilecek ilk husus ve *fikrimizce* irdelenmeye en muhtaç olanı, AUÇ yöntemlerinin *adaletsiz sonuçlar* sunmaya elverişli bir *esnekliğe* sahip olabilmesidir. Nitekim öğretide, arabuluculuk bağlamında, taraflar arasındaki güç, bilgi veya müzakere kabiliyeti noktalarındaki dengesizliğin, taraflardan birinin *yasal haklarından* vazgeçmesine, diğer tarafın ise *hukuka aykırı* fiillerini sürdürmesine yol açabileceğine işaret edildiğini görmek mümkündür⁶⁴. Belirtmek gerekir ki, AUÇ yöntemlerinin bir *dezavantajı* olarak algılanmaya müsait bu husus, arabuluculuk yönteminde etkinlik kazanan *gönüllülük* ilkesi (1.2.2) ele alınırken irdelenecektir.

AUÇ yöntemlerine izafe edilebilecek ikinci eleştiri, toplulukları ilgilendiren uyuşmazlıklarda bu yöntemlerin *yetkili rızanın eksikliğine* yol açabilmesidir⁶⁵. Gerçekten, uyuşmazlıkların menfaat ekseninde çözümlenerek *yargılama diyalektiğinde adil sonucun* geri planda olduğu AUÇ yöntemlerinde, bu özellik, toplulukları

⁶¹ Karş. Applebey, 34.

⁶² Bkz. Weiss, 33; Fiss, 1085.

⁶³ Ayrıca bkz. Fiss, 1082 vd.

⁶⁴ Bir misal üzerinden izahı için bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 26-27.

⁶⁵ Bkz. Fiss, 1078 vd.

ilgilendiren uyuşmazlıklar menfaat temelinde çözümlenirken, *temsilci* konumundaki kişinin, gerçekten temsil ettiği topluluğun çıkarlarını gözetip gözetmediği noktasında sorgulanabilecek bir husus olabilecektir.

Öğretide AUÇ yöntemlerinin dezavantajı olarak ayrıca, bu yöntemlerin çok çeşitli olması sebebiyle tarafların hangi somut AUÇ yöntemi üzerinde uyuştuklarının tespitinin zorluğudur⁶⁶.

Arabuluculuk sürecinde tarafın hasmını doğrudan muhatap alarak kendi durumunu ona açıklamasının ve onu dinlemesinin, karşı tarafça bir zafiyet olarak algılanabilmesi de bu yöntemin dezavantajlarından biri olarak nitelendirilmeye elverişli bir unsur olarak görülebilir⁶⁷.

Yukarıda dile getirilenlere başka eleştirilerin eklenmesi mümkündür. Mesela, AUÇ yöntemlerinin esnek bir şekilde yapılandırılmaya müsait olması, bu noktada kanun koyucunun oldukça geniş bir seçim aralığına sahip olması, kanunlaştırma çalışmaları sırasında ileride oluşabilecek olumsuzlukların tahmin edilebilme olasılığını biraz da olsa düşürebilmektedir. Bu eleştiri noktasının izlerini HUAK'ta sürebilmek mümkündür⁶⁸.

Mahkeme yargılama sürecine entegre edilip edilmediği göz önünde bulundurulmaksızın AUÇ kavramının, adalete erişimi engelleyen (yahut kısıtlayan/geciktiren) bir niteliğe haiz olup olmadığı şu aşamada cevaplandırılması gereken bir soru olacaktır⁶⁹. Konu ile ilgili literatür oldukça geniş olmakla⁷⁰ birlikte, burada genel bir bilgi verilmeye çalışılacaktır⁷¹. Öğretide, kuramsal bir hareket olarak

⁶⁶ Bkz. Yıldırım, "AUÇY", 348.

⁶⁷ Bkz. Yıldırım, "Tasarı", 56

⁶⁸ Mesela bkz. Kıyak, "Anlaşma Belgesi", 540 vd; Yıldırım, "Tasarı", 54 vd.

⁶⁹ *Usulî adalet (procedural justice)* ekseninde ayrıca bkz. Seda Özmumcu, "Usulî Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme", *Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan*, Cilt: 2, 2015, 1275-1299, 1281 vd.

⁷⁰ Bu konudaki literatürün ne kadar geniş olduğunu anlayabilmek üzere 1992 yılında yayımlanmış bir makaledeki şu ifadeler yer vermekte yarar vardır: "Konu üzerine olan literatür çok geniştir. Kanada'da, mesela, 1981'den bu yana iki dilli bir süreli yayın adalete erişime tahsis edilmiştir: *The Windsor Yearbook on Access to Justice. Recueil Annuel de Windsor d'Accès à la Justice. İngiltere'de, Majestelerinin talimatıyla Lord Chancellor tarafından parlamenteye sunulan Civil Justice Review'in tam bir bölümü (ch 6) adalete erişim konusuna ayrılmıştır: Report of the Review Body on Civil Justice, Haziran 1988, Londra, Her Majesty's Stationery Office...*" (Mauro Cappelletti, "Access to Justice As A Theoretical Approach to Law and A Practical Programme For Reform", *South African Law Journal*, 109 (1), 1992, 22-39, 22 dn. 1).

⁷¹ Ayrıntılı olarak bkz. Özbek, *Kitap*, 305 vd.

adalete erişimin, hukuku *kurallar sistemi* ile özdeşleştirmeye yönelik *formalistik/dogmatik* yaklaşıma güçlü bir tepkiyi temsil ettiği dile getirilmiştir⁷².

Adalet erişim yaklaşımında, hukukun ve hukuk sisteminin temel elemanları, hukukun doğup yaşadığı ve geliştiği elemanları yansıtan (tüm kültürel, ekonomik ve sosyal özellikleriyle) *insanlar, kurumlar ve süreçler* olup hukuk sistemi, otonom ve bağımsız bir sistem olarak değil, daha karmaşık sosyal yapının ekonomi, etik ve politikadan yapay bir şekilde izole edilmesi mümkün olmayan bir bölümü, ayrılamaz ve birleştirici bir parçası olarak görülmektedir⁷³. Adalet erişim yaklaşımının getirmiş olduğu sonuç, hukukun *içeriksel* bir algısı olup bu algıya göre usul hukukunun sadece normatif açıdan el alınıp öğretilmesi mantıklı değildir; bunun yerine, usul hukuku sosyal, etik, kültürel ve ekonomik açıların göz önünde bulundurulması gerektiği kurum ve süreçlerin yanı sıra *tarafklar, hâkimler, tanıklar* gibi aktörlerin de dâhil edildiği bir çerçevede görülmelidir⁷⁴.

Lord Woolf, Interim Report'da hukuk yargılaması sisteminin adalet erişimin garantiye alınmasını başarabilmesi için sağlaması gereken ilkeleri şu şekilde sıralamaktadır⁷⁵: Ortaya koyduğu sonuçlarda *adaletli (just)* olmak, yargılamanın taraflarına *adil (fair)* şekilde muamele etmek, makul *giderde (cost)* yeterli prosedürler sunmak, davaları makul *sürede (speed)* ele almak, kullananlar için *anlaşılabilir (understandable)* olmak, kullananların ihtiyaçlarına *cevap verebilir (responsive)* olmak, belirli davaların izin verdiği ölçüde *kesinlik (certainty)* sunmak ve *etkili (effective)* olmak.

Adalet erişim reform hareketlerinin temel hedeflerini şu şekilde özetlemek mümkündür⁷⁶: İlk olarak, maddi açıdan zayıf kuvvette olanlar için mahkemelere erişimi zor ve çoğu kez imkânsız hale getiren *ekonomik engellerle* mücadele etmek. İkinci olarak, usul hukuku müesseseleri ile geleneksel kurallarda radikal bir değişikliğe gidilmediği müddetçe, belirli kollektif veya yayılmış hak ve menfaatlerin etkin bir şekilde

⁷² Bu bağlamda hukuki pozitivizmin dejenere edilmiş bir formu olduğu dile getirilen hukuki dogmatizmin getirdiği yaklaşımın bir eleştirisi için ayrıca bkz. Cappelletti, "Access to Justice", 22-23.

⁷³ Cappelletti, "Access to Justice", 25.

⁷⁴ Cappelletti, "Access to Justice", 25.

⁷⁵ Bkz. Woolf, 2.

⁷⁶ Bkz. Cappelletti, "Access to Justice", 28 vd; Cappelletti, "Justice Movement", 283 vd.

korunamaması anlamına gelen *örgütsel engellerle* mücadele etmek. Üçüncü olarak, belirli alanlarda, usulün belirli geleneksel türlerinin koruyucu görevleri için yetersiz olması anlamına gelen *usulî engellerle* mücadele etmek. Usuli engeller, belirli türdeki uyuşmazlıklarda *varsayılan usulî çözümün* (yani mahkeme yargılamasının), *ekonomik ve örgütsel engellerle baş edilmiş olursa dahi*, tarafların ve kamunun menfaatleri açısından, dava için optimal bir çözüm olamayabileceğine işaret etmektedir⁷⁷. Adalete erişim hareketlerinin *üçüncü dalgası* olarak adlandırılan⁷⁸ ve usulî engellerle mücadeleye özgülünen AUÇ yöntemlerinin arayışına yönelik hareketler, sanılabileceğinin aksine *ikinci sınıf bir adalet* sunmak üzere değil, bilakis, kişiler için niteliksel olarak yargılama prosedürlerine nazaran daha iyi sonuçlar sunmaya elverişli, uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin oluşturulmasına odaklanmaktadır⁷⁹. Gerçekten müzakere temeli üzerine kurulu ve dava hakkını ortadan kaldırmayan birer çözüm yöntemi olan AUÇ yöntemleri, mahkeme sürecine entegre edilse ve hatta belli başlı uyuşmazlıklar açısından bu yöntemlere başvurulması zorunlu kılınsa da, *fikrimizce* mahkemelerde hak arama özgürlüğüne getirilen böyle bir kısıtlama (söz konusu yönteme sadece başvurulmasının zorunlu kılınması varsayımı altında)⁸⁰ ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır. Zira dava alışkanlığının getirmiş olduğu yargı yükünü azaltmaya yönelik bu yönde bir tedbir, uyuşmazlıkların dostane bir çözümünü teşvike ve yaygınlaştırmaya yöneldiğinden, yargı yükünü azaltmaya ve toplumsal barışı

⁷⁷ Cappelletti, "Justice Movement", 287; Cappelletti, "Access to Justice", 33. Yazarın bu çalışmasında devam eden şu cümlelerine yer vermekte yarar vardır: "...Batı medeniyeti 'bireyin hakları için mücadele edilmesi' (*Kampf ums Recht*) ülküsünü övse de, bazı uyuşmazlıklarda kaçınılmaz olduğu halde, yargısal çözüm en son çare olarak görülmeliyken, diğer uzlaştırıcı, mücadeleci olmayan çözümlerin genellikle tercih edildiği; ve 'birliktelikçi (*coexistential*)' olarak ifade etmek istediğim bu türde bir adaletin, bizim 'mücadeleci adalet' şeklindeki türüne karşı desteklendiği diğer medeniyetlerden hala öğrenmemiz gereken çok şey olduğunu itiraf etmek noktasında yeterince alçakgönüllü olmalıyız. Batıda dahi, ticaret hukukunun (*jus mercatorium*) asırlar boyunca, ağırlıklı olarak hızlı, basit ve en etkili tahkim yöntemlerinin bir ürünü olduğunu hatırlatmama izin veriniz...".

⁷⁸ Bkz. Cappelletti, "Access to Justice", 34; Cappelletti, "Justice Movement", 288; Mauro Cappelletti/Garth Bryant, "Access to Justice As A Focus of Research", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1 1981, ix-2, xiii.

⁷⁹ Bkz. Cappelletti, "Access to Justice", 35; Cappelletti, "Justice Movement", 289.

⁸⁰ "...Kanaatimizce arabulucuya başvurunun zorunlu hale getirilmesi hak arama hürriyetini sınırlamazdı. Arabuluculuk faaliyeti yargısal bir faaliyet olmadığından, arabulucuya zorunlu olarak başvurunun kanunla düzenlenmesi halinde bu husus bir dava şartı şeklinde düzenlenecek ve arabuluculuğun başarısızlığa uğraması halinde taraflar yine mahkemeler nezdinde haklarını arayabileceklerdir..." (Çiğdem Yazıcı-Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, Oniki Levha, İstanbul 2013, 40-41).

desteklemeye *elverişli, gerekli ve orantılı* bir araç olacaktır⁸¹.

1.1.2. Başlıca Modern AUÇ Yöntemleri

AUÇ kavramını anlamlandırmada görülebilecek çeşitlilik, bu kavram içinde değerlendirilebilecek yöntemlerin sayımında da, yeknesaklığın oluşmasını zorlaştıracaktır. Gerçekten her hukuk sisteminde taraf gönüllülüğünü esas alan, kendine özgü yöntemler mevcut olabileceğinden AUÇ yöntemlerinin sınırlı bir sayımını yapmak pek mümkün değildir⁸². Bunun bir sebebi, biraz önce belirtildiği üzere AUÇ kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasındaki görüş farklılıkları olmakla birlikte tek sebep bu değildir. Zira AUÇ'den ne anlaşılması gerektiği noktasında bir görüş birliğine varılsa dahi, kavram dâhilinde değerlendirilebilecek yöntemlerin belirlenmesinde çok geniş bir tercih skalasına sahip olmak imkânı kaybolmayacaktır. Gerçekten somutlaştırılmış ve sınırlandırılmış bir AUÇ tanımından bahsetmenin mümkün olduğu ihtimallerde dahi, kanun koyucu böyle bir kavram içinde değerlendirilebilecek yargılama prosedürüne alternatif yöntemleri şekillendirmede oldukça geniş bir tercih aralığına sahip olabilecektir⁸³. Bu imkân, yasal altyapıya kavuşturulacak AUÇ yönteminin isimlendirilmesinde de mevcut olacaktır.

AUÇ yöntemlerinin sınırlı bir sayımını yapmaktaki zorluklar, bu yöntemlerin *başlıcalarını* incelemeyi imkânsız kılmamaktadır⁸⁴. Bu başlık altında da, öğretilerde sıklıkla

⁸¹ Zorunlu arabuluculuğun ölçülülük ilkesi perspektifinden ele alınmasına yönelik bkz. Andreas Nelle, "Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 7 (2), 1992, 287-313, 290 vd.

⁸² Ulukapı/Kıyak, 1650; Robert E. Wells, "Alternative Dispute Resolution-What Is It? Where Is It Now?", *Southern Illinois University Law Journal*, 28 (4), 2004, 651-682, 652. Nitekim öğretilerde, AUÇ yöntemine dâhil edilebilecek çözüm yöntemlerinin neler olduğu noktasında bir görüş birliği olmadığını görebilmek mümkündür. Mesela bkz. Resnik, 221; Hensler, 180. Ayrıca: Frank E. A. Sander, "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview", *University of Florida Law Review*, 37 (1), 1985, 1-18, 3- 4; Applebey, 29. Ayrıca bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 20.

⁸³ Bunun gibi belirli bir sektörde, kendine özgü AUÇ yöntemlerinin oluşturulduğunu görebilmekte mümkündür. Mesela petrol ve gaz sektöründe uygulanan özgün yöntemler için bkz. William Pitts, "ADR in the Oil and Gas Context", *Annual Institute on Mineral Law*, 46 1999, 157-171, 165 vd.

⁸⁴ Fakat yine vurgulamak gerekir ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri burada inceleneceklerden ibaret değildir. Bunların dışında kalan yöntemlere *misal* olarak hazırlık görüşmesi (**pre-trial conference**), *gizli dinleme* (**confidential listening**), ekspertiz/kıymet takdiri (**appraisal/valuation**), dava yönetimi (**litigation management**), ombudsmanlık gibi yöntemlerin yanı sıra uyuşmazlık önleme mekanizmalarının (**dispute prevention**) gösterilmesi mümkündür. Tüm bu yöntemler için sırasıyla bkz. Goss, 28 vd; Eric D. Green, "Corporate Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1 (2), 1986, 203-298, 238 vd. Bu yöntemlerin dışında *yargıç kiralama* (**rent-a-judge**) yöntemi için ayrıca: Applebey, 31; Green, "Corporate", 255 vd; Özbay, "AUÇY", 470-471; ayrıca **private judging** başlığı altında: John Dooling, "Alternative Dispute Resolution and The Private Judge", *Res IPSA Loquitur*, 1 (2), 1990, 47-56, 49 vd; **private tribunals** başlığı altında: Riskin, "The Special Place of

inceleme konusu yapılan *modern* yöntemlere kısaca değinilecektir. Burada *modern* tabiri ile kastedilen, günümüzde sınırları ve uygulanma şekli belirli bir ölçüde çizilebilmiş yöntemlerdir. Bu yöntemlerin ele alınma sırasını, tarafsız üçüncü kişinin, sürece müdahale etkisini göz önüne alarak belirlemek mümkün⁸⁵ olmakla birlikte, arabuluculuk yöntemi çalışmanın ana konusunu oluşturduğundan, (müzakereden hemen sonra incelenmesi gerekmesine rağmen) son aşamada (1.1.3.) ele alınacaktır.

Yöntemleri incelemeye geçmeden önce, AUÇ yöntemlerinin sınıflandırılması ile ilgili birkaç hususa değinmekte yarar vardır: (Özellikle ABD öğretisinde oldukça geniş skalaya yayılan) AUÇ yöntemlerinin⁸⁶ farklı kıstaslar kullanılarak sınıflandırıldığını görebilmek mümkündür⁸⁷. Gerçekten *tahkim*, *arabuluculuk* ve *istişarî yöntemler*

Mediation”, 22. Devletin öngördüğü uzlaşma mekanizmaları ile özel nitelikteki uzlaşma mekanizmaları hakkında ayrıca bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 343 vd. Belirtmek gerekir ki, kurumsal yapılar için, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çok daha geniş bir skalaya sahiptir. Bu noktada bkz. Green, “Corporate”, 223 vd. Yine bu çalışmada yer verilen farklı AUÇ yöntemlerinden misal vermek gerekirse: özel sözleşme uzmanları şeklinde çevrilebilecek **settlement special masters** (bkz. Green, “Corporate”, 254 vd), belirli bir endüstri kolu için öz düzenleyici uyuşmazlık çözümü şeklinde çevrilebilecek **industry-wide self-regulatory dispute resolution** (Green, “Corporate”, 263 vd). Mevcut bir AUÇ yönteminden esinlenerek yeni yöntemler üretmek de mümkündür: Mesela bkz. kısa yargıç heyeti duruşması (**summary bench trial**) önerisi için: Richard A. Posner, "The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautious Observations", *University of Chicago Law Review*, 53 (2), 1986, 366-393, 387. Bunun dışında, tarafsız ön değerlendirme yöntemine benzeyen fakat etkinlik kazandığı yargılama süreci dilimi açısından ondan farklı olan, uzman panelleri (**expert panels**) yöntemi için bkz. Hensler, 181. Son olarak **referees** (anlamı açısından, **hâkim yardımcısı yargılaması** şeklinde çevrilebilir) yöntemi: Bu yöntem, uyuşmazlığın, hâkim olmayan bir mahkeme görevlisi (mesela hâkim yardımcısı) tarafından dinlendiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Yöntemde, hâkim yardımcısı tarafından tıpkı bir mahkeme yargılaması yapılmış gibi ele alınır ve inceleme sonucunda hazırlanacak teklif (**recommendation**) mahkemeye sunulur; mahkeme bu teklifi, kabul edebilir, reddedebilir veya değiştirebilir (Goss, 25). Yerli literatürde de *en azından isimlendirme* noktasında bir yeknesaklığın mevcut olduğunu söylemek çok mümkün olmasa gerek. Mesela *teknik bilirkişilik*, *ön hakemlik* kavramlarıyla Ersen-Perçin, 181. Ayrıca yazar, aynı yerde *üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi* şeklindeki yöntemle kısaca değinmektedir. Son olarak *önleyici AUÇ* (**Preventive AUÇ**) kavramı hakkında genel bir bilgi sahibi olmak üzere bkz. Pitts, 161.

⁸⁵ Mesela bkz. Riskin, “The Special Place of Mediation”, 20; Tah- Dehmen, 452; Frank E. A. Sander, "Varieties of Dispute Processing", *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)*, Edited by A. Leo Levin and Russel R. Wheeler West Publishing, Minnesota 1979, 65-87, 68; “...Eğer daha çok kullanılan uyuşmazlık çözüm tekniklerini, azalan dış müdahale sırasıyla sıralarsak, dizi şuna benzeyebilecektir: Yargılama (Mahkeme, Tahkim, idari süreç); Obudsman; Vakıa Saptama/soruşturma; arabuluculuk/uzlaştırma; müzakere; kaçınma” (Frank E. A. Sander, "Multi-Door Courthouse", *Barrister*, 3 (3), 1976, 18-42, 20).

⁸⁶ Aynı çeşitlilik, AUÇ yöntemlerinin işlerlik kazandığı alanlar için de söz konusudur. Gerçekten özellikle ABD’de AUÇ yöntemleri birçok alanda, mesela iflasta (Bkz. Jacob A. Esher, "Alternative Dispute Resolution in U.S. Bankruptcy Practice", *Southern New England Roundtable Symposium Law Journal*, 4 (1), 2009, 76-89, 76 vd.) uygulanma alanına sahip olabilmektedir. Ayrıca bkz. Janet L. McDavid, "Using Alternative Dispute Resolution in Antitrust Cases", *ANTITRUST*, 1990, 25-27, 25 vd.

⁸⁷ Bkz. Applebey, 29 vd. AUÇ yöntemlerini birbirinden ayırırken kullanılan kıstaslara farklı bir bakış açısıyla yaklaşıma misal olarak: “...Bu yöntemler, sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı, benimsenen

(**advisory processes**) bazı yazarlarca, temel AUÇ yöntemleri olarak gösterilmekle⁸⁸ birlikte sınıflandırmada kullanılan kıstaslar oldukça çeşitlidir⁸⁹. Yine çeşitli AUÇ yöntemlerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan karma yöntemlerin⁹⁰ yanı sıra, bu yöntemlerle yargılama niteliğindeki yöntemlerin bir araya getirilmesi ile oluşturan karma yöntemler⁹¹, başlı başına bir ayrımı oluşturmaktadır. Bunun dışında aşağıda ele alınacak *kısa duruşma (mini trial)*, *kısa jüri duruşması (summary jury trial)* ve *vakıa saptama (neutral expert fact finding)* yöntemlerinin, öğretilerde en ilgi çekici karma (*hibrid*) *uyuşmazlık çözüm yöntemi* misalleri olarak gösterildiğini görmek mümkündür⁹². Son olarak öğretilerde *tarafsız ön değerlendirme*, *kısa duruşma*, *mahkeme bağlantılı tahkim ile kiralık (emekli) hâkim yöntemlerinin hak temelli arabuluculuğa örnek olabilecek şekiller*

yaklaşımlarda ne ölçüde gizlilik ilkesine bağlı kalındığı, çatışma yaşayan kişilerin kimler olduğu, üçüncü şahısların süreç boyunca ne tür yetkilere sahip oldukları ve alınan kararların nitelikleri bakımından gösterdikleri farklarla birbirlerinden ayrılırlar...” (Kaplan, 116).

⁸⁸ Mesela bkz. Stephanie Brown, "Alternative Dispute Resolution and Employment Law: How Mandatory Arbitration Perpetuates Disparate Impact in Statutory Disputes", *Southern Journal of Policy and Justice Law Journal*, 8 2014, 62-79, 62; Richard C. Reuben, "Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice", *UCLA Law Review*, 47 (4), 2000, 949-1104, 964.

⁸⁹ Mesela bkz. Resnik, 218 vd. Yazar, üçüncü kişinin süreçteki fonksiyonunu esas alarak AUÇ yöntemlerini, yarı yargısal (**quasi-adjudicatory**) yöntemler, üçüncü kişinin, taraflara, uyuşmazlığın dışardan nasıl görüldüğü ve nasıl karara bağlanabileceği noktasında bilgi verdiği yöntemler ile son olarak, arabuluculuk gibi bir anlaşmaya varmanın amaçlandığı, üçüncü kişinin fonksiyonunun da (iletişim tekniklerini kullanarak) taraflar için uygun bir anlaşma ortamı hazırlanmaya odaklandığı yöntemler şeklinde üç gruba ayırmaktadır (Bu noktada ayrıca: Carole Silver, "Models of Quality for Third Parties in Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 12 (1), 1996, 37-93, 37 vd). Bunun dışında bkz. Hensler, 180 vd. Yazar, *tarafsız ön değerlendirme* ve *kısa jüri duruşması* gibi yöntemleri *istişari AUÇ yöntemleri (advisory AUÇ processes)*, *kısa duruşma* gibi yöntemleri *uzlaştırıcı yöntemler (conciliation procedures)* altında ele almakta, arabuluculuk ve tahkimi ise başlı başına bir AUÇ yöntemi olarak incelemekte, son olarak diğer AUÇ kullanımları başlığı altında anlaşma için dava kümelemesi (**aggregating cases for settlement**) kavramına değinmektedir. Öğretilerde, daha basit şekilde yapılan bir ayırım *karşılıklı mutabakata dayalı, bağlayıcı olmayan (consensual, non-binding)* yöntemler ile *karar verici, bağlayıcı (adjudicative, binding)* yöntemler şeklindedir. Bkz. Pitts, 161. Bunların dışında bkz. Faris, 337. Ayrıca *formal alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (formal alternative dispute mechanism)* ve *geleneksel karar verme mekanizmaları (traditional adjudication mechanisms)* ayrımı için bkz. United Nations Development Programme, *Access to Justice (Practice Note)*, United Nations, 9.3.2004, 14. Son olarak *ombudsman yöntemi*, *vakıa saptayıcılığı*, *müzakere*, *arabuluculuk* ve *uzlaşma yöntemlerinin karşılıklı mutabakata dayalı yöntemler (consensual processes)*; *arabuluculuk-tahkim*, *kısa duruşma*, *dava başladıktan sonra gerçekleştirilen yapısal olmayan anlaşma müzakereleri (unstructured settlement negotiations)* ile *dava yönetimi ve planlaması (litigation management and planning)* gibi yöntemlerin *karma yöntemler (mixed processes)* şeklinde sınıflandırıldığını görmek de mümkündür. Bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 22 vd. Son olarak bkz. Bkz. Woodman, 16 vd.

⁹⁰ Mesela tarafsız ön değerlendirme yönteminin arabuluculuk yöntemine entegrasyonuna ilişkin bkz. Norman Zakiyy J. T. Chow/Kamal Halili Hassan, "Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia", *Journal of Politics and Law*, 7 4, 2014, 138-146, 138 vd.

⁹¹ Bkz. Woodman, 18.

⁹² Bkz. Applebey, 29. Ayrıca: Sander, "Courthouse", 20.

olarak gösterildiğini görmek mümkündür⁹³.

Özellikle Anglosakson hukuk literatüründe aksi genel olarak benimsenmesine⁹⁴ rağmen, tahkim (**arbitration**) yönteminin bu çalışmada alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ele alınmayacağı⁹⁵ belirtmekte yarar vardır⁹⁶. Çünkü tarafların hakemi ve tahkim usulünü ve hatta uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını

⁹³ Bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 44.

⁹⁴ Mesela bkz. Goss, 13; Green, “Corporate”, 270; Hensler, 185; Faris, 332, 336; Mowatt, 49; ayrıca: Woodman, 10-11; Murray Gleeson, “The Future of Civil Justice - Adjudication or Dispute Resolution?”, *Otago Law Review*, 9 (3), 1999, 449-457, 454; ve son olarak *private dispute resolution* niteliğindeki birlikte W. B. Rayner, “Arbitration: Private Dispute Resolution as an Alternative to the Court”, *University of Western Ontario Law Review*, 22 (1), 1984, 33-74, 34. Hatta ABD öğretilerinde bazı yazarlar tahkimi, en iyi bilinen ve en çok uygulanan AUÇ yöntemi olarak ifade etmektedir. Mesela bkz. Dennis S. Deutsch, “Litigate and Arbitrate: A Hybrid Method of Alternative Dispute Resolution”, *Computer/Law Journal*, 10 (4), 1990, 517-550, 517. Bazı yazarlar ise, tahkimi, üçüncü kişi tarafından verilen bir kararla sonuçlanan, kısaltılmış bir tahkikat süreci içeren *yarı yargısal (quasi- adjudicatory)* bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi örneği olarak göstermektedir. Mesela: Resnik, 218. Tahkimin, *taraflar üzerinde bağlayıcı karar oluşturma fonksiyonuna rağmen* alternatif bir yöntem olarak algılanmasının sebebi, AUÇ yöntemlerinin mutlaka *taraflar için uyulması gönüllüğe bağlı* bir sonuç oluşturması gerektiğine yönelik kabullerdir. Mesela bkz. Dooling, 48. Yazar, açıkça arabuluculuk, kısa duruşma gibi bazı AUÇ yöntemlerinin bağlayıcı olmadığını, buna mukabil tahkim ve özel yargıç (**private judge**) gibi bazı yöntemlerin ise taraflar üzerinde bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. *Fikrimizce* daha makul bir gerekçe olarak görülebilecek bir diğer sebebi, *alternatif* tabirinin, sadece *yargılamaya* değil, devlet tarafından yargılamaya alternatifler şeklinde anlaşılmasıdır. Mesela bkz. “...devlet mahkemeleri tarafından yapılan yargılamaya alternatif olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini incelemek üzere, yargılamaya alternatif yöntemleri; ve devletinkilere alternatif yöntemleri göz önünde bulundurmalyız” (Woodman, 10). Fakat tahkimin, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklı bir tarafı olduğu noktasında farkındalık olduğu açıktır. Kısaca bkz. Woodman, 11-12.

⁹⁵ Fakat *bağlayıcı olmayan tahkim yöntemi (advisory arbitration; nonbinding arbitration)* bir AUÇ yöntemi olarak nitelendirilebilir. Bkz. Akıncı, 107.

⁹⁶ Türk öğretilerinde aynı yönde bkz. Özbay, “AUÇY”, 472-473; Özbay, “Uzlaştırma”, 392 dn. 24; Ersen-Perçin, 181 dn. 6; Akıncı, 10 dn. 30. Fakat yazar, bir tahkim yolu olarak nitelendirdiği *dostane arabulucu (amiable compositeurs)* yöntemini, AUÇ türleri içinde incelemektedir. Bkz. Akıncı, 105; ayrıca Akıncı’yı takiben Tah-Dehmen, 452’de de bu yöntemin, AUÇ kavramına dâhil olduğu ifade edilmektedir. Benzer şekilde “Mahkemelerin yansıra başvuru doğrudan görüşme (müzakere), arabuluculuk ve tahkim gibi uyuşmazlıkların dostane (alternatif) çözümü yöntemlerinden biri de hakem-bilirkişiliktir...” ifadeleriyle (Yeşilirmak, 694), Yeşilirmak da aksi yönde bir kanaatte olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Aksi yönde ifadeler misal olarak: Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 116; Mustafa Serdar Özbek, “Dünya Çapında Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *AÜHFD*, 51 (2), 2002, 121-161, 142; Tah-Dehmen, 451 (fakat karşı dn. 6). Son olarak: “...Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yelpazesi altında yer alan müzakere (negotiation), arabuluculuk (mediation) ve tahkim (arbitration) birbirinden çok farklı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını içermektedir” (Özmumcu, “Usuli Adalet”, 1289); “...Devlet yargısı dışında uyuşmazlıklara alternatif çözüm yöntemleri arasında en sık başvuru süreçleri müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkimdir...” (Kaplan, 117). Fakat Kaplan’ın tahkimi, AUÇ yöntemleri arasında incelerken, geleneksel tahkim yönteminin *özel ve gönüllü* bir yöntem olduğu sonucuna ulaştığı şu ifadelerle dikkat etmekte yarar vardır: “...Geleneksel şekliyle tahkim, genelde ‘özel’ ve ‘gönüllü’ bir müessese olup, taraflar arasındaki anlaşma ile seçilmiş olan hakem mahkemesinin kararıyla bağlı olduğundan, sonuçta tarafların serbest iradesine bağlı olarak tercih edilmektedir...” (Kaplan, 120). Ayrıca yazar, *dostane uyuşmazlık çözüm yöntemi* olarak nitelendirdiği yöntemleri, mahkeme veya hakem tarafından gerçekleştirilen *otoriter uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden* ayırmaktadır. Bkz. Kaplan, 121.

belirleyebilme imkânına rağmen, sürecin bir *yargılamayı* ihtiva ettiği ve süreç sonucunda verilen kararın taraflar için *bağlayıcı olduğu* sistemlerde, tahkim, mahkeme yargılamasına alternatif değil, *istisna* teşkil edecektir⁹⁷. Bu bakış açısıyla, AUÇ yöntemlerinin, (*tarafsız üçüncü kişi tarafından verilen ve taraflar için bağlayıcı bir karar ile sonuçlanan*) *yargılama prosedürünü reddeden*, müzakere kavramı üzerine kurulan ve daha şekilden bağımsız (**informal**) tekniklerle çözüme ulaşılmasını amaçlayan yöntemler şeklinde algılanması mümkündür⁹⁸. Bu doğrultuda, inceleme konusu yapılacak AUÇ yöntemlerinin sadece *yargısal olmayan (non-litigious)* değil, aynı zamanda *karar verici olmayan (non- adjudicative)* yöntemler⁹⁹ olacağını tekrar vurgulamakta yarar vardır.

Konuyu bitirmeden önce, (anlaşmaya dayalı¹⁰⁰) bütün AUÇ yöntemlerinin temeli olduğu¹⁰¹ *fikrimizce* tartışılmaması gereken, buna mukabil başlı başına bir AUÇ yöntemi olup olmadığı noktasındaki görüş farklılıkları çok net olmayan¹⁰² ve tamamen taraf kontrolünde gerçekleştirilen¹⁰³ *müzakere (negotiation)*¹⁰⁴ yöntemi ile ilgili genel

⁹⁷ Aynı yönde: Ersen-Perçin, 179. Benzer sebeple bu çalışmada, hibrit bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan *arabuluculuk-tahkim (mediation-arbitration)* da, bir AUÇ yöntemi olarak ayrı bir başlık altında incelenmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Söz konusu yöntemle ilgili kısaca bkz. Goss, 16; Applebey, 31-32; Green, “Corporate”, 266 vd; Özbay, “AUÇY”, 469; Özbay, “Uzlaştırma”, 394; Ulukapı/Kıyak, 1652; Yıldırım, “Tasarı”, 46. Son olarak *mahkeme bağlantılı tahkim (court – annexed arbitration)* yönteminde tahkimden farklı olarak, taraflar bakımından katılımı zorunlu olan ve fakat kural olarak kararı bağlayıcı olmayan, her iki tarafça mahkeme *trial de novo* yeni bir yargılama için başvurulmadığı takdirde bağlayıcı olan, mahkemenin seçtiği tamamlayıcı bir hakemlik olarak ifade edilmektedir. Bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 44.

⁹⁸ Ayrıca bkz. Brooker, 4.

⁹⁹ Bu noktada bkz. Faris, 338.

¹⁰⁰ “Anlaşmaya dayalı bütün AUÇ yollarının ortak ve temel unsuru müzakeredir” (Özbek, *Kitap*, 149).

¹⁰¹ Ulukapı/Kıyak, 1647; Özbek, *Kitap*, 149, 198.

¹⁰² Bkz. Pitts, 162; Brown, 63; Woodman, 13; Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 122; Özbek, *Kitap*, 197; Özbay, “AUÇY”, 471 yine çok net olmamakla birlikte Ersen-Perçin, 182; “...bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine ‘müzakere’ denilmektedir...” (Ersen-Perçin, 181); benzer şekilde “...taraflar arasında en çok kullanılan ve en iyi bilinen AUÇ yolu müzakeredir...” ifadesiyle Kaplan, 118. Karş. Ulukapı/Kıyak, 1651; Goss, 4; Sander, “Alternative Methods”, 4; Faris, 336-337.

¹⁰³ Bkz. Ersen-Perçin, 181; Özbek, *Kitap*, 155 “...Müzakere, tarafların AUÇ sürecini ve çözümünü bizzat kontrol etmelerine imkân tanır...” (Kaplan, 118).

¹⁰⁴ Yöntemi ifade etmek üzere İngilizce literatürde kullanılan diğer bir tabir **bargaining** şeklindedir. Mesela bkz. Sander, “Alternative Methods”, 4; Woodman, 12. Ayrıca: Eleanor Holmez-Norton, “Bargaining and The Ethic of Process”, *New York University Law Review*, 64 (3), 1989, 493-577, 494 dn. 1. Yerli literatürde bu terime dikkat çeken yazarlara misal olarak: Kaplan, 118; Özbek, “AUÇY”, 271; “...Müzakere (negotiation) ve pazarlık (bargaining) kavramları bâzen aynı anlamda kullanılsa da, farklı hususları içermektedir. Pazarlık, müzakere sürecinin ‘müzakerelerin yapılması ve yürütülmesi’ aşamasında yoğun olarak kullanılan bir yöntemdir. Müzakerede ise, hazırlık ve plânlama yapılması, mevcut bilgilerin dikkate alınması, strateji ve taktiklerin kullanılması, objektif kıstaslara dayalı değerlendirmeler yapılması esas olup, bunlar müzakereyi pazarlıktan ayıran unsurlardır...” (Özbek,

bir bilgi vermekte yarar vardır.

Müzakere¹⁰⁵ yönteminde, taraflar (veya temsilcileri)¹⁰⁶ gönüllülük ilkesine uygun şekilde, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tartışmaları *doğrudan* (tarafsız üçüncü bir kişi olmaksızın) yürütürler¹⁰⁷. Tarafların bu yöntemde *birbirlerini ikna etmeye* odaklanmaları daha belirgindir. Elbette uyuşmazlık konuları üzerinde ancak, *bütün tarafların mutabık olduğu bir* çözüme varılabilecektir¹⁰⁸. İletişim ortamını kolaylaştıran tarafsız bir üçüncü kişinin olmaması sebebiyle, sürecin başarıya ulaşmasında tarafların (sürecin temsilcilerle yürütülmesi halinde, temsilcilerin) *empati kurma becerilerinin* gelişmiş olması ve *müzakere teknikleri* hakkında yeterli farkındalığa sahip olması son derece önemli olacaktır.

Tüm AUÇ yöntemlerinin temeli olarak kabul edilmekle birlikte müzakere yönteminin bir takım sınırları fark edilmiştir¹⁰⁹: İlk olarak, müzakereler genellikle taraflardan biri veya her iki tarafça ciddi ve etkili bir şekilde yürütülmez ve sıklıkla zamanından önce tıkanma noktasına gelir¹¹⁰. İkinci olarak, müzakerelerin kontrollü bir ortamda gerçekleştirilmemesi sebebiyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın tırmanması söz konusu olabilir¹¹¹. Son olarak, müzakerelerin başarılı olmaması ihtimalinde, uyuşmazlık çözümünün gecikmesi gündeme gelebilir¹¹². Dikkat edilirse, müzakerenin bu şekilde sınırlarının bulunmasının temel sebebi, sürecin kontrollü bir ortamda gerçekleşmesine yardım edecek tarafsız üçüncü kişinin mevcut olmamasıdır. İşte bu sınırların aşılması için çözüm sürecine *tarafsız üçüncü kişinin (kişilerin)* dâhil edilmesi gündeme gelecektir.

Kitap, 150).

¹⁰⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Özbek, *Kitap*, 149 vd.

¹⁰⁶ Woodman, 13; Riskin, “The Special Place of Mediation”, 22.

¹⁰⁷ Goss, 4; Woodman, 12; Faris, 336; (doğrudan müzakere tabiri altında) Brown, 63; *Eğer üçüncü bir kişi, görüşmeleri kolaylaştırırsa, süreç arabuluculuk olarak adlandırılır* (Riskin, “The Special Place of Mediation”, 22); Kaplan, 118. Karş. “*Müzakereler sırasında, müzakereye katılan kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek, yanlış anlaşılmaları engellemek ve müzakereler sonucunda çözüme ulaşılmasını teşvik etmek için, tarafsız bir üçüncü kişinin müzakereleri yönlendirmesi yararlı olabilir*” (Akıncı, 102).

¹⁰⁸ Goss, 4.

¹⁰⁹ Goss, 4. Ayrıca bkz. Green, “Corporate”, 277-278.

¹¹⁰ Bkz. Ersen-Perçin, 181.

¹¹¹ Ayrıca bkz. Faris, 336.

¹¹² Ayrıca bkz. Woolf, 162-163. Yazar, davanın üst derece mahkemesinde geçirdiği aşamalarda dahi arabuluculuğun uygun bir çözüm yöntemi olabileceğine vurgu yaparken, bu noktada uyuşmazlığın kesin olarak çözüme bağlanmasının gecikebileceği yönünde bir tehlikenin mevcudiyetine de dikkat çekmektedir.

Böyle bir ihtimalde taraflar, sürece dâhil olacak üçüncü kişinin fonksiyonunun ne olacağını kararlaştıracaktır¹¹³. Artık, müzakere üzerine kurulan diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden bahsetmek mümkün olabilecektir. Bu şekilde tarafsız üçüncü kişinin sürece (taraflara yardımcı olmak üzere) dâhil olduğu AUÇ yöntemlerine kısaca değinmek gerekirse:

Öğretide *değerlendirici AUÇ (evaluative AUÇ)* kavramı içinde değerlendirilen ve *tarafsız ön değerlendirme, yargısal olmayan anlaşma konferansları (non-judicial settlement conferences)* ile *tarafsız kıymet takdiri (neutral valuation)* yöntemlerini içine alan *tarafsız değerlendirme (neutral evaluation)* kavramının özel bir türü olarak nitelendirilen¹¹⁴ *tarafsız uzman vakıa saptama (neutral expert fact finding)*¹¹⁵ veya kısaca *vakıa saptama (fact finding)*¹¹⁶, uyuşmazlık konularının açıklığa kavuşturulmasına odaklanan bir *araştırma yöntemidir*¹¹⁷. Bu yönteme, patent uyuşmazlıkları, yazılım sektöründe teknik konulardan doğan uyuşmazlıklar, malpraktis uyuşmazlıkları gibi¹¹⁸ karmaşık, teknik ve ekonomik konuları içeren uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmaktadır¹¹⁹. Vakıa saptama yönteminde, sürece katılan tarafsız

¹¹³ Sander, "Alternative Methods", 4; Ulukapı/Kıyak, 1651; Kaplan, 118; Bahattin Aras, "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri", *Adalet Dergisi*, Sayı: 35 2009, 58-70, 62; Özbek, "AUÇY", 271.

¹¹⁴ Bkz. Benjamin F. Tennille/Lee Applebaum/Anne Tucker-Nees, "Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 11 2010, 35-124, 46.

¹¹⁵ ABD öğretisinde *Federal Rules of Evidence (FRE) Rule 706 (Court-Appointed Expert Witnesses)* düzenlemesi bu anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm aracı olarak görülmektedir. Bkz. Green, "Corporate", 249. Düzenlemenin güncel hali için bkz. *Federal Rules of Evidence*, U.S. Government Printing Office, Washington 2014, 16.

¹¹⁶ Riskin, "The Special Place of Mediation", 22.

¹¹⁷ Özbay, "AUÇY", 468; Özbay, "Uzlaştırma", 393; Ulukapı/Kıyak, 1651.

¹¹⁸ Misaller için ayrıca bkz. Green, "Corporate", 246 vd.

¹¹⁹ "...Karmaşık bilimsel, sosyolojik, teknik, ekonomik ve ticari konulardan doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, mevcut sistemin eksikliklerini ve suiistimalini bertaraf edecek veya azaltacak bir yaklaşım geliştirilmesi gerektiğine yönelik belirli bir baskı mevcuttur. Tarafsız uzmanların artan kullanımı, böyle bir yaklaşımdır..." (Green, "Corporate", 248). Elbette bu yöntem, münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olan (Kuru, 331; Karşlı, 572; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2013, 718. Karş. Nevhis Deren- Yıldırım, "Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği", *İÜHFİM*, 54 (1-4), 1994, 321-330, 327. Delil anlaşmaları kavramı altında ayrıca bkz. Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009, 380) *hakem bilirkişi sözleşmeleri* kavramından farklıdır. Hakem bilirkişi sözleşmesini, bir AUÇ yöntemi olarak nitelendirmeye yaklaşan yazarlar da mevcuttur. Mesela bkz. Akıncı, 107-108; "Hakem-bilirkişilik, uyuşmazlık çözümü için kullanılacak dostane yollardan birisidir..." (Yeşilirmak, 730). *Deren-Yıldırım* da,

üçüncü kişi, karmaşık veya teknik konuları içeren bir uyuşmazlığı inceleyip analiz ederek, *bağlayıcı olmayan* bulgularda ve tavsiyelerde bulunmak üzere bir fonksiyon üstlenir¹²⁰. Tarafsız vakıa saptayıcı, genellikle teknik konularda uzmanlık eğitimi veya deneyimi bulunan bir kişi olup uyuşmazlığın çözülmesine katkı sağlayabilecek¹²¹ gerçekçi bir vakıa saptama yapmak üzere seçilir¹²². Elbette bu fonksiyon, birden fazla kişiden müteşekkil bir kurulca da yerine getirilebilecektir¹²³. Sürece katılan uzman(lar), vakıaların objektif ve tarafsız bir değerlendirmesini sunmak suretiyle, hassas bir vakıa saptamasına katkıda bulunur¹²⁴. Bir AUÇ yöntemi olması sebebiyle, sürecin sonunda uzman tarafından oluşturulacak rapor, hakem – bilirkişi raporunun aksine taraflar için bağlayıcı olmayacaktır.

ABD’de 1980’lerde **United States District Court for the Northern District of California (NDCA)**’da başlatılan bir mahkeme programı kapsamında geliştirildiği dile getirilen¹²⁵ *tarafsız ön değerlendirme*¹²⁶ (**early neutral evaluation**) yargılama sürecine entegre edilerek kullanıldığında daha verimli sonuçlar sunmaya elverişli bir AUÇ yöntemidir. Zira tarafsız ön değerlendirme yönteminin temel amacı, taraflara (mahkeme tarafından atanan) bir uzman¹²⁷ (veya uzmanlar kurulu)¹²⁸ tarafından, *çözüm sürecinin*

hakem-bilirkişilik kurumunun AUÇ yöntemlerine dâhil edildiğini dile getirmektedir. Bkz. Deren-Yıldırım, Nevhis, “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”, *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 81-98, 82. Son olarak: “...*Tahkimin yanı sıra ihtilafı ortadan kaldıracak alternatif çözüm usullerine ilişkin düzenlemeler ve diğer maddi kurumlar da mevcuttur. Bunlardan ilk akla geleni, tarafların sulh olmasıdır; maddi kurumlara örnek olarak ise, hakem bilirkişi ve maddi hukuka göre edimin bir üçüncü kişi tarafından belirlenmesi gösterilebilir...*” (Yıldırım, “AUÇY”, 337-338).

¹²⁰ Bkz. Tennille/Applebaum/Tucker-Nees, 46.

¹²¹ Tarafsız uzmanların artan kullanımı, yargılama sürecinin stratejik manipülasyonunu engelleyen bir fonksiyon üstlenebilir ve daha önemlisi, hızlı, dürüst ve etkili bir anlaşmaya ulaşılmasına katkıda bulunur (Green, “Corporate”, 248).

¹²² Pitts, 163. Tarafsız uzman bu fonksiyonunu arabuluculuk gibi bir AUÇ süreci veya yargısal bir süreci desteklemek adına da yerine getirebilir. Bkz. Riskin, “The Special Place of Mediation”, 22; Özbay, “AUÇY”, 469.

¹²³ Bkz. Özbay, “Uzlaştırma”, 393.

¹²⁴ Green, “Corporate”, 248.

¹²⁵ ABD’de bu yöntemin bir mahkeme programı olarak geliştirilme sürecine ilişkin olarak kısaca bkz. Chow/Hassan, 140.

¹²⁶ Diğer deyişle *erken tarafsız değerlendirme*. Bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 349.

¹²⁷ Tarafsız ön değerlendirici genellikle alanında tecrübeli bir avukat olabileceği (bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 44; “AUÇY”, 349) gibi, avukat olmayan bir uzman veya mahkeme çalışanı da olabilir. Bkz. Tennille/Applebaum/Tucker-Nees, 45-46. Karş. Goss, 22; Hensler, 180; Wayne D. Brazil/Michael A. Kahn/Jeffrey P. Newman/Judith Z. Gold, “Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite

*başlangıç aşamasında*¹²⁹, uyuşmazlığın mevcut durumu ve olası seyri hakkında taraflara yeni bakış açıları kazandırılmasıdır¹³⁰. Elbette böyle bir bakış açısının kazandırılabilmesi için, tarafsız ön değerlendiricinin uyuşmazlık konularının kendine özgü niteliği ile ilgili yeterli bilgi düzeyine sahip olması önem arz edecektir¹³¹. Diğer AUÇ yöntemlerinde olduğu gibi tarafsız ön değerlendirme yönteminin nasıl uygulanacağına ilişkin izlenmesi zorunlu, yeknesak bir usul söz konusu olamamakla birlikte, *menşei* örneğinden¹³² hareketle bu yöntemin *temel olarak* şu aşamalara ayrılmasının mümkün olacağı *fikrindeyiz*: Tüm AUÇ yöntemleri için geçerli olan ve uygulanacak yöntemin içeriği ile ilgili tarafların bilgilendirildiği *bilgilendirme aşaması*; tarafların, uyuşmazlığı kendi perspektiflerinden anlattıkları *sunum aşaması*; tarafların, uyuşmazlık konularına ilişkin sunumları ve delilleri çerçevesinde uyuşmazlığın tarafsız ön değerlendirici tarafından değerlendirildiği *değerlendirme aşaması*; yapılan değerlendirme kapsamında, taraflara gerekli bilgilendirmenin yapıldığı ve önerilerin getirildiği *çözüm aşaması*.

Yukarıda belirtilen aşamalar kapsamında, tarafsız ön değerlendirme yönteminin nasıl uygulanabileceği noktasında daha somut ifadeler kurmak gerekirse¹³³: İlk etapta, taraflarla gerçekleştirilecek ortak oturumdan (değerlendirme oturumundan) uygun bir süre önce, taraflardan her birinin uyuşmazlıkla ilgili tüm bilgileri içeren bir değerlendirme tutanağını (**evaluation statement**) tarafsız ön değerlendirmeye ulaştırması sağlanabilir. Böylelikle, ön değerlendirmeyi yapacak uzman, gerçekleştirilecek ortak oturuma kadar taraflar arasında gelişen ilişkilerden haberdar olabilecektir¹³⁴. Değerlendirmenin

Dispute Resolution", *Judicature*, 69 (5), 1986, 279-285, 283.

¹²⁸ Uyuşmazlık konuları ile ilgili teknik bilgiye sahip kişilerin de tarafsız ön değerlendirici olarak süreç içinde (hukukçu uzman yanında) yer alması mümkündür. Bkz. Hensler, 190.

¹²⁹ Tarafsız ön değerlendirme yöntemi, genellikle tahkikat aşamasına başlanmadan önce etkinlik kazanan bir yöntemdir. Bkz. Hensler, 180; Chow/Hassan, 140; Brazil/Kahn/Newman/Gold, 279; Yıldırım, "Tasarı", 45.

¹³⁰ Özbay, "AUÇY", 467; Özbay, "Uzlaştırma", 393; "... 'early neutral evaluation' prosedüründe, taraf, tarafsız 3. Kişiden, genellikle alanında tecrübeli bir avukattan, daha sonraki müzakerelerde, muhtemel dava aşamalarında temel olabilecek değişik pozisyonlar hakkında değerlendirmelerini sormaktadır. Taraf, alanında tecrübe sahibi avukat yardımıyla hukuki durumunu tahmine çalışmaktadır..." (Yıldırım, "Tasarı", 44). Tarafsız değerlendirme kavramı ekseninde ayrıca bkz. Chow/Hassan, 139; Tennille/Applebaum/Tucker-Nees, 45.

¹³¹ Bkz. Hensler, 180.

¹³² NDCA kapsamında **early neutral evaluation** prosedürü için bkz. <http://www.cand.uscourts.gov/ene> (9.7.2016).

¹³³ Ayrıca bkz. <http://www.cand.uscourts.gov/ene> (9.7.2016).

¹³⁴ Özbay, "AUÇY", 468.

gerçekleştirileceği ortak¹³⁵ oturumda ilk olarak, tarafsız ön değerlendiricinin bir açılış konuşması (*bilgilendirme aşaması*) yapması öngörülebilir¹³⁶. Ardından taraflar, uyuşmazlık konularına ilişkin kendi bakış açılarını yansıtan kısa birer sunum yapacaktır. Bu sunumun ardından, değerlendirici, taraflardan (vekillerinden) yardım alarak, temel uyuşmazlık noktalarını saptamaya çalışır¹³⁷. Sonrasında, tarafsız ön değerlendirici, her bir tarafın iddia ve delillerinin kuvvetli ve zayıf noktaları hakkında bir değerlendirme yaparak, tarafların uyuşmazlığa ilişkin gerçek pozisyonlarını görmelerini sağlar¹³⁸. Tarafsız ön değerlendiricinin yapmış olduğu değerlendirme, olası bir yargılamanın nasıl sonuçlanabileceğine yönelik tahminleri de içerebilir¹³⁹. Değerlendirme oturumu sonunda oluşturulacak rapor, tarafların iddialarında ne ölçüde güçlü ve zayıf olduğunu görmelerini mümkün kılarak, uyuşmazlığın daha az gider ve gizlilik içinde çözümlenmesine yardımcı olur¹⁴⁰. Bu bağlamda söz konusu prosedürün tüketilmesi neticesinde taraflar bir anlaşmaya varamasalar dahi, tarafsız ön değerlendiricinin görevi henüz bitmeyecek, en azından onun yardımı ile tarafların müteakip davranışları yargılamanın hızlandırılmasına katkı sağlayacak şekilde yapılandırılacaktır¹⁴¹. Elbette tarafsız ön değerlendiricinin, herhangi bir çözüm önerisini *empose* etme yetkisi olmayacaktır¹⁴². Gizlilik ilkesinin bir sonucu olarak, tarafsız ön değerlendiricinin uyuşmazlığa ilişkin görüşü gizli olacak ve ileride dava yolunda kullanılamayacaktır¹⁴³.

Genellikle karmaşık ticari uyuşmazlıklarda işlerlik kazandırılan¹⁴⁴ bir yöntem olan

¹³⁵ Belirtmek gerekir ki, tarafsız ön değerlendirici, taraflar ile birebir özel oturumlar da gerçekleştirebilir. Bkz. Brazil/Kahn/Newman/Gold, 280-281.

¹³⁶ Bkz. Özbay, "AUÇY", 468.

¹³⁷ Brazil/Kahn/Newman/Gold, 280. Tarafsız ön değerlendirici, uyuşmazlığı her iki tarafın bakış açısından ayrı ayrı dinleyerek, dava açılmadan önce taraflara, uyuşmazlıktaki temel noktalar üzerinde anlaşmalarına yardım eder. Bkz. Goss, 22.

¹³⁸ Brazil/Kahn/Newman/Gold, 280; Tennille/Applebaum/Tucker-Nees, 46.

¹³⁹ Goss, 22; Brown, 63; Hensler, 180.

¹⁴⁰ Özbay, "AUÇY", 468.

¹⁴¹ Yıldırım, "Tasarı", 45.

¹⁴² Bkz. Brazil/Kahn/Newman/Gold, 282.

¹⁴³ Hensler, 180; Özbay, "AUÇY", 468; Özbay, "Uzlaştırma", 393. Ayrıca bkz. Brazil/Kahn/Newman/Gold, 180; Yıldırım, "Tasarı", 45.

¹⁴⁴ Hensler, 184; Sander, "Alternative Methods", 10; Belinda Cheney, "Commercial Disputes: The Mini-Trial Option", *Victoria University of Wellington Law Review*, 19 (2), 1989, 153-182, 161; Eric D. Green/Jonathan B. Marks/Ronald L. Olson, "Settling Large Case Litigation: An Alternative Approach", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 11 (3), 1998, 493-512, 497, 501 vd. Bu noktada ABD'deki ilk

kısa duruşma¹⁴⁵ (**mini-trial** veya **executive tribunal**¹⁴⁶ ya da **structured settlement negotiations**¹⁴⁷ yahut **mini-hearing**¹⁴⁸), gerçek bir duruşma yahut yargılama olmayıp¹⁴⁹ müzakere, arabuluculuk ve karar verme prosedürlerinin kombinasyonu¹⁵⁰ şeklinde zuhur eden hibrid¹⁵¹ bir yöntemdir. Kısa duruşma, genellikle taraflar arasındaki müzakere sürecinin çıkmaza girdiği durumlarda etkinlik kazanan bir yöntemdir¹⁵². Bu yöntemde, taraflar, karşılıklı kabul edilebilir bir *karar vericiyi*¹⁵³ -ki bu kişi, genellikle uyuşmazlık konusu ile ilgili alanlarda tecrübe sahibi bir hukukçudur-¹⁵⁴ kısaltılmış bir duruşmaya başkanlık etmek ve uyuşmazlığın olası bir mahkeme yargılamasında nasıl sonuçlanacağı konusundaki *görüşünü belirtmek* üzere seçecektir¹⁵⁵. Kısa duruşmaya başkanlık etmek üzere bir heyetin tayin edilmesi de mümkün olup bu heyet, avukatlar veya uzmanlar ile de tamamlanabilir¹⁵⁶. Bununla birlikte, karar verici konumdaki üçüncü kişinin, *kısa duruşma yönteminde izlenecek usule ilişkin hususlar dışında*¹⁵⁷ tarafları bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁵⁸.

uygulamalardan örnekler için kısaca bkz. Cheney, 167 vd. Ayrıca: Douglas M. Parker/Phillip L. Radoff, "Mini-Hearing: An Alternative to Protracted Litigation of Factually Complex Disputes", *Business Lawyer* (ABA), 38 1, 1982, 35-44, 37 vd; Green/Marks/Olson, 501 vd.

¹⁴⁵ Türkçede kullanılan başka bir karşılık "mini yargılama (veya kısa yargılama)" şeklindedir. Mesela bkz. Akıncı, 106; Özbay, "AUÇY", 470; Özbek, *Kitap*, 433; ayrıca "mini dava" karşılığını kullanan Tah-Dehmen, 452. Yargılama tabirinin, mahkeme yargılamasını çağrıştırmaması ve bu yöntemde (ve de kısa jüri duruşmasında) gerçek anlamda bir yargılama yapılmasının söz konusu olmaması sebebiyle, "kısa duruşma" terimi tercih edilmiştir.

¹⁴⁶ Brooker, 4.

¹⁴⁷ Riskin, "The Special Place of Mediation", 23; Yıldırım, "Tasarı", 45.

¹⁴⁸ Parker/Radoff, 35.

¹⁴⁹ Yıldırım, "Tasarı", 45. Fakat bazen taraflar, tarafsız üçüncü kişinin görüşünün bağlayıcı olacağını kararlaştırabilirler. Bu ihtimalde, süreç gerçek anlamda bir yargılama süreci halini alır. Diğer ihtimallerde, tarafsız üçüncü kişi, kendi görüşünü beyan ettikten sonra, müzakere sürecini kolaylaştırıcı bir rol yonar ve süreç genel anlamda arabuluculuğa dönüşür (Riskin, "The Special Place of Mediation", 23).

¹⁵⁰ Green, "Corporate", 238; Goss, 22; Riskin, "The Special Place of Mediation", 23; Cheney, 161.

¹⁵¹ Green, "Corporate", 238; Cheney, 158, 161.

¹⁵² Bkz. Green, "Corporate", 238; Cheney, 161.

¹⁵³ Karar verici konumdaki üçüncü kişi, yüksek yargı organları tarafından atanabilmektedir. Kanada örneğinde bkz. Goss, 22.

¹⁵⁴ Riskin, "The Special Place of Mediation", 23. Karş. Green, "Corporate", 239.

¹⁵⁵ Goss, 22.

¹⁵⁶ Bkz. Yıldırım, "Tasarı", 45; "AUÇY", 350.

¹⁵⁷ Karş. Green, "Corporate", 241.

¹⁵⁸ Goss, 22; Green, "Corporate", 241; Cheney, 163. Kısa duruşma yönteminin diğer karakteristik özellikleri için bkz. Applebey, 30; Green, "Corporate", 238 vd.

Kısa duruşmanın amacı, diğer tarafın pozisyonunu ve dolaylı olarak, kısa duruşma sırasında veya sonrasında kabul edilebilir bir anlaşmaya ulaşma arayışına karşı dava sürecindeki risk dengesini değerlendirmektir¹⁵⁹. Kısa duruşma yöntemi, tarafları, birbirleriyle doğrudan konuşmaya teşvik ederek bir anlaşmaya varılmasına yardımcı olur¹⁶⁰. Bu yöntemin uygulanmasında yargılamanın hangi aşamada bulunduğu önemli olmamakla birlikte, uyuşmazlık mahkemeye intikal ettirilmişse, tarafların birbirilerini tanıdıkları ve belgeleri inceledikleri yargılamanın ilk aşaması, kısa duruşma için daha uygundur¹⁶¹. Bu yöntemde de, *gizlilik esasına binaen* tarafların anlaşmaya varmamış olması halinde, sürecin herhangi bir delil niteliği olmayacaktır¹⁶².

Kısa duruşma yönteminin nasıl yürütüleceği tarafların arzusuna ve uyuşmazlığın türüne göre değişiklik gösterebilmekle¹⁶³ birlikte, çoğu kısa duruşma yöntemi şu ana unsurları ihtiva eder¹⁶⁴: Öncelikle (zorlayıcı bir düzenleme olmadığı varsayımında) diğer AUÇ yöntemlerinde olduğu gibi, kısa duruşmaya işlerlik kazandırabilmek için tarafların gönüllülüğü aranacaktır¹⁶⁵. Taraflar, sürecin aşamaları ve süresine ilişkin ayrıntılı bilgi veren bir *protokol* veya *usulî anlaşma* (**procedural agreement**) yapabilirler¹⁶⁶. Böyle bir anlaşma, genellikle tarafların süreç içinde sahip olacakları hak ve yükümlülükleri ile süreci sonlandırma yetkilerini, sürecin gizliliği ve devam eden ya da olası bir yargılamadaki etkileri gibi yasal konuları belirtecektir. Kısa duruşma yönteminin başlatılmasından önce taraflar, uyuşmazlıkla ilgili temel belgeler, tanık ifadelerinin özetleri gibi dokümanları teati ederler¹⁶⁷. Ardından, kısa duruşmayı yürütecek tarafsız

¹⁵⁹ Bkz. Mowatt, 48; Cheney, 166.

¹⁶⁰ Hensler, 184; Riskin, “The Special Place of Mediation”, 23; Cheney, 161. Sürecin sonunda, her iki tarafın en üst düzey temsilcisi (avukatları olmadan) uyuşmazlığı değerlendirir (Sander, “Alternative Methods”, 10). “...Burada taraflar, diğer tarafın tezini dinleyerek, zayıf noktalarının farkına vararak, kendi durumlarını daha objektif değerlendirme fırsatı bulmaktadır. Böylece, taraflar arasında uzlaşma ihtimali arttığı gibi, uyuşmazlığın sonucu hakkında genel bir fikir sahibi olarak, kaybedilme olasılığı kuvvetli görünen bir dava için, boşuna tahkim veya devlet yargısı yollarına başvurmayarak, zaman ve para israfından kurtulmaya çalışırlar...”(Akıncı, 106).

¹⁶¹ Özbay, “AUÇY”, 470.

¹⁶² Sander, “Alternative Methods”, 11. Ayrıca bkz. Cheney, 162-163.

¹⁶³ Bkz. Green, “Corporate”, 242.

¹⁶⁴ Bkz. Green, “Corporate”, 238 vd.

¹⁶⁵ Kısa duruşma yöntemi, *gönüllülük esasına bağlı olarak* mahkeme içinde veya mahkeme dışı ortamda kullanılmakla birlikte, mahkeme dışında gerçekleştirilmesi daha yaygındır (Hensler, 184).

¹⁶⁶ Böyle bir anlaşmanın içeriğinin nasıl olabileceği hususunda bkz. Cheney, 161 vd.

¹⁶⁷ Bkz. Cheney, 163; Yıldırım, “Tasarı”, 45.

üçüncü kişiyi (**neutral advisor**) belirlerler¹⁶⁸. Fakat bu kişinin süreçteki fonksiyonu, hâkim veya hakem gibi tarafları bağlayıcı bir karar verme şeklinde değildir. Bununla birlikte, tarafsız üçüncü kişi, taraflardan (temsilcilerinden) uyuşmazlığın çeşitli noktalarıyla ilgili bilgi alabilir, onlara soru sorabilir. Bunun gibi, *süreç sonunda* taraflar (temsilcileri) tarafsız üçüncü kişiden, uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına gitmesi ihtimalinde nasıl sonuçlanacağı hususunda bilgi alabilirler¹⁶⁹. Bu doğrultuda, eğer doğrudan müzakerelerle bir anlaşmaya varamayacaklarsa, tarafsız üçüncü kişinin tavsiyeleri doğrultusunda hareket edebilirler. Kısa duruşmada, taraflar (temsilcileri) uyuşmazlığın kendi pencerelerinden nasıl görüldüğünü kısaca anlatırlar¹⁷⁰. Kısa duruşmada, temsiller genellikle hukukçu kimliğe sahip olmayan ve tarafların en üst düzeydeki temsilcileri (mesela yönetim kurulu üyeleri) tarafından gerçekleştirilir¹⁷¹.

Öğretide, *kısa duruşma* yönteminin, *özel kısa duruşma* (**private mini-trial**) ile *geleneksel kısa duruşma* (**traditional mini-trial; judicial mini-trial**) şeklinde iki biçiminin meydana geldiği dile getirilmiştir. Bu ayrıma göre¹⁷², *özel kısa duruşma* uyuşmazlık taraflarından temsilcilerin (mesela şirket yöneticilerinin) özet sunumlar için hazır bulunmalarını aramakta ve tarafsız üçüncü kişi tarafın istişarî görüşünden önce *müzakere* aşamasını ihtiva etmektedir. *Geleneksel (yargısal) kısa duruşma* yöntemi, taraflar arasında anlaşma görüşmelerine itici güç olması umulan ve hâkim tarafından verilen bir *istişarî karara* (**advisory ruling**) odaklanmakta olup hâkimin görüş açıklaması, anlaşmaya katkı sağlamak üzere davanın objektif bir değerlendirmesini sunmaya yöneliktir. Özel kısa duruşma, şirketleri ilgilendiren ticari davalar için daha elverişli olma eğiliminde iken, geleneksel (yargısal) mini duruşma, aile hukukuna, bedeni zarar ve haksız işten çıkarmaları da içeren geniş bir uygulama alanına sahiptir¹⁷³.

Birçok diğer AUÇ yöntemlerde olduğu gibi kompleks davalar için elverişli

¹⁶⁸ Sander, “Alternative Methods”, 10; Cheney, 163-164.

¹⁶⁹ Goss, 22; Riskin, “The Special Place of Mediation”, 23 Cheney, 166; Sander, “Alternative Methods”, 10-11; Riskin, “The Special Place of Mediation”, 23.

¹⁷⁰ Riskin, “The Special Place of Mediation”, 23; Kısa duruşmada taraflar, bu sunumlarını yekdiğerine karşı gerçekleştirir. Bkz. Hensler, 184; Sander, “Alternative Methods”, 10.

¹⁷¹ Riskin, “The Special Place of Mediation”, 23.

¹⁷² Bkz. Goss, 23.

¹⁷³ Goss, 23.

olduğu¹⁷⁴ ve ticari uyuşmazlıklarda başvurulana bir yöntem olduđu¹⁷⁵ dile getirilen *kısa jüri duruşması* (**summary jury trial**)¹⁷⁶, öğretilerde kısa duruşma (**mini trial**) yönteminin mahkeme salonlu karşılığı olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁷. Esasında, kısa jüri duruşması, tarafların olası jüri tepkisi hakkında daha doğrudan bilgi edinmek istediği jüri davaları için kısa bir yargılama adaptasyonudur¹⁷⁸. Bu yöntem özellikle, taraflar arasındaki vakıalar kümesinin (konstellasyonun) yeni veya alışılmışın dışında olması sebebiyle jüri kararının önceden tahmin edilebilme imkânının çok zor olduğu veya taraf arasında uzlaşma için gerekli olan tahminlerin mevcut olmaması halinde önem arz etmektedir¹⁷⁹. Tahkime oranla daha basit bir usulle gerçekleştirilen bu yöntemde, iki tarafın katılımı ile taraflar arasında, onların sulh olmalarını sağlayacak görüşmeler yapılır, vakıalar ve hukuki durum tarafların bakış açısından değerlendirilir ve sulhun gerçekleşmesi için sağlam bir temel oluşturulmaya çalışılır¹⁸⁰.

Kısa duruşma yönteminin amacı, davanın ön değerlendirmesini yapabilmek üzere taraflara bir oturum sunmak ve gerçekçi anlaşma müzakerelerinin yapılabilmesine katkı sağlamaktır¹⁸¹. ABD’de 1980’lerde **United States District Court of Northern District of Ohio**’da mahkeme programı kapsamında geliştirilen¹⁸² kısa jüri duruşması yöntemi, birtakım federal mahkemece benimsenmiştir¹⁸³. Buradaki uygulanma şeklinden

¹⁷⁴ Bkz. Thomas D. Lambros, "The Summary Jury Trial - An Alternative Method of Resolving Disputes", *Judicature*, 69 (5), 1986, 286-290, 286. Yazar, devam eden sayfada bir davanın kısa jüri duruşmasına uygun olup olmadığını tespit etmek üzere, *hazırlık oturumu* (**pre-trial conference**) yapılmasının en elverişli yöntem olduğunu dile getirmektedir.

¹⁷⁵ Bkz. Deren-Yıldırım, "Arabuluculuk", 82.

¹⁷⁶ Kısa jüri duruşması ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Lambros, 286 vd; Posner, 368 vd; **advisory jury** tabiri altında bkz. Note, "Practice and Potential of The Advisory Jury", *Harvard Law Review*, 100 (6), 1987, 1363-1381, 1367. Bu yöntemin dile getirilen faydaları ile ilgili ayrıca bkz. Lambros, 290; avantajlarının yansıra dezavantajları için ise: Goss, 24-25.

¹⁷⁷ Applebey, 30.

¹⁷⁸ Green, "Corporate", 245.

¹⁷⁹ Bkz. Yıldırım, "Tasarı", 46.

¹⁸⁰ Deren-Yıldırım, "Arabuluculuk", 82.

¹⁸¹ Bkz. Mowatt, 49; Goss, 24. Kısa jüri duruşması taraflara, uyuşmazlıklarının dava sürecinde nasıl sonuçlanacağı ile ilgili bir öngöründe bulunmalarını sağlayarak, pozisyonlarını daha mantıklı bir şekilde değerlendirebilmelerini sağlar (Lambros, 287). Kısa jüri duruşmasının arkasındaki fikir, taraflara ve temsilcilerine, bir jürinin uyuşmazlıklarını nasıl değerlendirebileceği hususunda fikir vermek suretiyle, anlaşmaya varılmasını kolaylaştırmaktır (Posner, 369). Ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, "Arabuluculuk", 82.

¹⁸² Bkz. Lambros, 290; Note, 1368.

¹⁸³ Applebey, 31. *Deren-Yıldırım*, bu yöntemin ABD’de yaygın olarak uygulandığını ve Zurich Ticaret Odası’nın da kısa jüri duruşmasına ilişkin kurallarının mevcut olduğunu dile getirmektedir. Bkz. Deren-

hareketle kısa jüri duruşması yönteminin genel hatlarıyla¹⁸⁴ şu şekilde işleyeceğini söylemek mümkündür: İlk olarak belirtmek gerekir ki, kısa jüri duruşmasına hâkimin de katılması mümkündür. Böylelikle hâkim, uyuşmazlık konuları ile tarafların güçlü – zayıf yönleri hakkında ayrıntılı bir bilgi edinebilecek ve hâkimin bu katılımı, kısa jüri duruşması sonrası gerçekleştirilecek anlaşma müzakereleri sırasında delillerin açık ve dürüst bir şekilde tartışılmasına katkı sağlayacaktır¹⁸⁵. Kısa jüri duruşması, hâkimin, uyuşmazlığın taraflarını tanıttığı ve dava ile ilgili kısa bir bilgi verdiği açılış konuşması ile başlayacak olup hâkim, jüriye, uygulanacak yöntem ve bu yöntemde jürinin vereceği kararın bağlayıcı olmayacağı gibi hususlarda gerekli açıklamalarda bulunacaktır¹⁸⁶. Bu açıklamanın yapılmasının ardından, *jüri üyesi profil formlarından* yararlanılarak, jüri üyelerinin kısa jüri duruşmasında görev almalarında bir engelin bulunup bulunmadığı tespit edilir¹⁸⁷. Jürinin oluşturulmasının¹⁸⁸ ardından, taraf temsilcileri, kendilerine verilen kısa süre içinde uyuşmazlık konularına ilişkin sunumlarını gerçekleştirir¹⁸⁹. Son olarak, jüri uyuşmazlığa ilişkin *bağlayıcı olmayan* kararını açıklar¹⁹⁰.

Türkiye gibi gerçek anlamda jüri yargılamasının bulunmadığı¹⁹¹ hukuk sistemlerinde, kısa jüri duruşması *alternatif* bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanabilir mi? *Fikrimizce*, tarafların süreç içindeki ve sonrasındaki menfaatlerini korumaya yönelik gizliliğe, gönüllülüğe ve benzeri ilkelere ilişkin düzenlemelerin mevcut olması halinde buna bir engel yoktur. Yani, mahkeme yargılamasında *jüri* sisteminin mevcut olmaması, kısa jüri duruşmasının bir AUÇ yöntemi olarak

Yıldırım, “Arabuluculuk”, 82.

¹⁸⁴ Yöntemin uygulanma şekli ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Lambros, 288 vd.

¹⁸⁵ Lambros, 288.

¹⁸⁶ Lambros, 288.

¹⁸⁷ Lambros, 289.

¹⁸⁸ ABD’deki uygulamalara bakıldığından, kısa jüri duruşmasını yönetecek jürinin gerçek jüri listelerinden oluşturulduğunu görmek mümkündür. Bkz. Lambros, 287 vd; Jüri üyeleri, bağlayıcı olmayan kararlarını verdikten sonrasına kadar bilinmez –ki böylelikle taraflara gerçek bir jüri kararı verilmiş olur ve bu prosedür tarafları, uyuşmazlıklarını baş başa çözmeye teşvik eder (Applebey, 30-31).

¹⁸⁹ Applebey, 30; Green, “Corporate”, 245; Mowatt, 49; Lambros, 289.

¹⁹⁰ Lambros, 289; Posner, 369.

¹⁹¹ ABD’de jüri yargılaması yapılmasına dayanak olarak *Birleşik Devletler Anayasasına (United States Constitution)* getirilen yedinci değişiklik ile **Federal Rule of Civil Procedure 39(c)** düzenlemeleri gösterilmektedir. Bkz. Note, 1363. Jürinin ABD yargılama sistemindeki önemine ilişkin kısaca bkz. Lambros, 286.

uygulanması için başlı başına bir engel olmayacaktır.

1.1.3. Arabuluculuk Yönteminin AUÇ Yöntemleri İçindeki Yeri

Tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık çözüm sürecine etkisi esas alındığında *arabuluculuk (mediation)*, öğretide genellikle müzakereden sonraki ilk basamak olarak gösterilmektedir¹⁹². *Fikrimizce* böyle bir algının oluşmasını sağlayan arabuluculuğun gerek literatürde gerek uygulamada *kolaylaştırıcı arabuluculuk*¹⁹³ modeli ekseninde şekillendirilmesidir¹⁹⁴. Açıkçası ileride inceleme konusu yapılacak *değerlendirici arabuluculuk* modeli (2.2.2.) ve *dönüştürücü arabuluculuk* modeli (2.2.3.2.) de, arabuluculuk yönteminin (paragrafın başında belirtilen kıstas çerçevesinde) müzakereden sonraki ilk adım olarak görülmesine engel olmayacaktır. Zira bir önceki başlık altında (1.1.2.) inceleme konusu yapılan yöntemlere bakıldığında, uyuşmazlık çözüm sürecine katılan üçüncü kişinin, *üstlendiği fonksiyon kapsamındaki*¹⁹⁵ etkinliği, arabulucunun etkinliğini *biraz da olsa* aşabilmektedir.

1.1.3.1. Tanım ve Özellikler

Arabuluculuk yöntemi, *kolaylaştırıcı* modeli ekseninde geniş bir algıya sahip olduğuna göre, bu başlık altında yapılacak açıklamaların da söz konusu modeli esas alması çok isabetsiz bir bakış açısını yansıtmayacaktır. En geniş perspektiften bakıldığında arabuluculuk, *asiste edilmiş*¹⁹⁶ müzakere şeklinde tanımlanabilir¹⁹⁷. Bu

¹⁹² Diğer deyişle en basit AUÇ yöntemi. Bkz. Deren-Yıldırım, "Arabuluculuk", 82. Müzakerenin bir üst aşaması olmakla birlikte, arabuluculuk sürecini başlatmak için müzakere aşamasında tarafların bir sonuca ulaşmamış olmasını beklemeye gerek yoktur (Joseph B. Stulberg, "The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind", *Vermont Law Review*, 6 (1), 1981, 85- 118, 90).

¹⁹³ İleride (2.2.2.) daha detaylı şekilde ele alınması planlanan *kolaylaştırıcı arabuluculuğun* ne anlam ifade ettiğini izah etmek üzere öğretide dile getirilen şu ifadelere yer verilmesi yerinde olacaktır: "...Arabuluculuğa bu yaklaşım, uyuşmazlık tarafları eğer tarafsız, güvenilir ve destekleyici bir ortam içine anlam ifade ettiğini izah etmek üzere öğretide dile getirilen şu ifadelere yer verilmesi yerinde olacaktır: "...Arabuluculuğa bu yaklaşım, uyuşmazlık tarafları eğer tarafsız, güvenilir ve destekleyici bir ortam içine yerleştirilirlirse yapıcı bir şekilde birlikte çalışabilecekleri temel inanışa dayanmaktadır. Bu doğrultuda, arabulucunun rolü böyle bir imkanı kolaylaştırmaktır...Sonuç olarak, kolaylaştırıcı arabuluculuk, taraflar için uyuşmazlıkların bir değerlendirmesini yapmaktan ziyade onları, kendi çözümlerini değerlendirmelerinde yardımcı olmak üzerinde durur..." (Murray S. Levin, "Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 16 (2), 2001, 267-296, 268).

¹⁹⁴ Nitekim ABD'de AUÇ hareketinin ilk dalgasında, arabuluculuk, tipik bir şekilde *kolaylaştırıcı arabuluculuk* şeklinde etiketlenen bir formda anlaşılıp uygulanmıştır (Levin, 268; Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İÜHFİM*, 72 (1), 2013, 1369-1390, 1370).

¹⁹⁵ Vakıa saptama yöntemi açısından bir çelişkiye düşmemek amacıyla bu kayda yer verilmiştir.

¹⁹⁶ Burada "asiste edilmiş" tabiri ile kastedilen elbette tarafların vekilleri, temsilcileri aracılığıyla

perspektiften yola çıkılarak yapılacak tanımlar açıkçası birbirinden çok farklı olmayacaktır¹⁹⁸. Bu nedenle yöntemi tanımlamaya yönelik şu ifadeleri herhangi bir yazara atfetmemekte bir beis görmemek gerekir: *Arabuluculuk, tarafsız üçüncü kişinin uyuşmazlık çözüm sürecine, iletişim teknikleri kullanarak tarafların birbirlerini anlamalarını sağlayan bir fonksiyon üstlenerek katıldığı ve uyuşmazlığın tarafların anlaşmasıyla çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir*. Ya da daha geniş bir bakış açısını yansıtan şu tanımı¹⁹⁹ da yapmak mümkündür: *Arabuluculuk yöntemi, bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlık konularını belirlemek, bu konulara taraflarca kabul edilebilecek çözümleri tasarlamak hususlarında taraflara yardım etmek üzere sürece dâhil edildiği, zorunlu olmayan bir yöntemdir*. Bu bağlamda arabuluculuk, aralarında uyuşmazlık bulunan iki ya da daha fazla tarafa, bu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için üçüncü bir tarafın yardımcı olduğu her türlü süreç olup bu sürecin ne şekilde adlandırıldığı veya atıfta bulunulduğu, taraflarca başlatılmış veya mahkemece önerilmiş ya da emredilmiş veya herhangi bir devletin ulusal hukukunda belirlenmiş olup olmadığı önemli değildir²⁰⁰.

Diğer AUÇ yöntemlerinde olduğu gibi, arabuluculukta da uyuşmazlığın, tarafların kendi kararıyla çözülmesi, bu yönteme olan rağbetin geleneksel ve temel noktalarını arz etmektedir²⁰¹. Kullanımı oldukça yaygın bir AUÇ yöntemi olan²⁰² arabuluculuk, etkili iletişim ve müzakere tekniklerine odaklanan (bu anlamda hukuki temelde değil, psikolojik ve sosyopedagojik bir yaklaşımla yürütülen)²⁰³, *informal*²⁰⁴ bir uyuşmazlık

desteklenmesi değildir. Buradaki *destek* tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi konumundaki arabulucunun desteğidir.

¹⁹⁷ Bkz. Macturk, 413. Karş. Ulukapı/Kıyak, 1656.

¹⁹⁸ Mesela bkz. Kent L. Brown, "Confidentiality in Mediation: Status and Implications", *Journal of Dispute Resolution*, 1991/2, 307-334, 308; Andrew McMullen, "Mediation and Medical Malpractice Disputes: Potential Obstacles in the Traditional Lawyer's Perspective", *Journal of Dispute Resolution*, 1990/2, 371-386, 373; Riskin, "The Special Place of Mediation", 24; Stulberg, 88; Kaplan, 122; Özbek, "Avukatlık Kanunu", 123; [Note], "Protecting Confidentiality in Mediation", *Harvard Law Review*, 98 (2), December 1984, 441-459, 443; Ersen-Perçin, 185; Yazıcı-Tıktık, 10; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", 165.

¹⁹⁹ Bkz. Stulberg, 88.

²⁰⁰ Yıldırım, "AUÇY", 347.

²⁰¹ Ulukapı/Kıyak, 1657; Jacqueline Nolan-Haley, "Mediation: The 'New Arbitration'", *Harvard Negotiation Law Review*, 17 2012, 61-96, 68.

²⁰² Bkz. Macturk, 412; Yıldırım, "Tasarı", 36, 44; karşılaştırmalı hukukta arabuluculuk yönteminin gelişimi için ayrıca bkz. 39 vd.

²⁰³ Deren-Yıldırım, "Arabuluculuk", 93; "...Arabulucu, sadece bağlayıcı nitelikten yoksun uzlaşma

çözüm yöntemidir²⁰⁵. Her iki tarafın da kazandığı, kaybedenin olmadığı *kazan – kazan* (**win-win**) şeklinde bir sonuca ulaşılmasının hedef alındığı²⁰⁶ bu yöntemde arabulucu, taraflar arasındaki iletişim ve müzakerenin daha etkili olmasını *kolaylaştırıcı* bir fonksiyon üstlenerek, onların bir mutabakata varma imkânını kuvvetlendirir²⁰⁷. Arabulucunun, uyuşmazlık konuları üzerinde karar vermeye yönelik bir rolü ve yetkisi yoktur²⁰⁸. Bunun gibi (ister kolaylaştırıcı ya da dönüştürücü ister değerlendirici bir fonksiyon üstlensin) arabulucunun, taraflara, kendi çözüm önerisini *empoze etme* veya taraflardan birini, diğer tarafın getirdiği çözüm önerisine uymaya *zorlama* yetkisi olmayacaktır²⁰⁹. Fakat arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşmasında, arabulucunun seçiminin isabetli olmasının etkisi de yadsınmaz²¹⁰. Özellikle iletişim teknikleri noktasında yeterli düzeyde bilgi birikimine sahip olmak, (hangi arabuluculuk modeli esas alınırsa alınsın) tüm arabulucularda aranması gerekli bir niteliktir.

Her ne kadar, bir mutabakata varmak arabuluculuk sürecinin bir parçası olsa da, bu yöntem, tarafları anlaşmaya varmaya *zorlayan* bir süreci ihtiva etmez²¹¹. Arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan çözümü yansıtan anlaşmanın, taraflar için hukuki bağlayıcılığı *kural olarak* mevcut değildir²¹². Vakiâ, bu eksiklik arabuluculuk yöntemini anlamsız

tekliflerini ortaya atmaktadır. Medyator, iletişim sürecinden, görüşmelerin yürütülmesinin organizasyonu ve yapılandırılmasından sorumludur; katalizör işlevini haizdir, mesleki iletişim kabiliyeti vasıtasıyla psikolojik bilgisi ve birikimiyle ve ayrıca konu hakkındaki özel bilgisiyle, tarafları sevk edildikleri uzlaşma sürecinde destekler ve onlara uzlaşmacı, kooperatif çözümler üzerinde çalışmalarına yardımcı olur... (Yıldırım, “AUÇY”, 341’den naklen C. Katzenmeier, *Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung*, ZZP 115, 2012, 69).

²⁰⁴ Yıldırım, “AUÇY”, 343.

²⁰⁵ Goss, 5; Ayrıca bkz. Brooker, 9.

²⁰⁶ Yıldırım, “Tasarı”, 37; “AUÇY”, 340-341, 343.

²⁰⁷ Bkz. Goss, 5; Hensler, 184; Sander, “Alternative Methods”, 4; Mowatt, 48; Macturk, 412; Lawrence R. Freedman/Michael L. Prigoff, “Confidentiality in Mediation: The Need for Protection”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, 37-46, 45; Özbay, “AUÇY”, 465; Özbay, “Uzlaştırma”, 391; Ulukapı/Kıyak, 1657; Ersen-Perçin, 185; Kaplan, 118; Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 123; Sander, “Courthouse”, 20.

²⁰⁸ Bkz. Goss, 5; Dooling, 48; Hensler, 184-185; Macturk, 413; Özbay, “AUÇY”, 465; Ersen-Perçin, 185; Kaplan, 118; Özbek, “Avukatlık Kanunu”, 1; Yıldırım, “Tasarı”, 37; “AUÇY”, 340, 349; Deren-Yıldırım, “Arabuluculuk”, 93.

²⁰⁹ Bkz. Ulukapı/Kıyak, 1657; Hensler, 185; Yıldırım, “Tasarı”, 50.

²¹⁰ Özbay, “AUÇY”, 465.

²¹¹ Goss, 5; Mowatt, 49.

²¹² Ersen-Perçin, 185; Kıyak, “Anlaşma Belgesi”, 533 vd. Benzer şekilde arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşmanın, (HUAK’ta olduğu gibi) bu yönde ayrık düzenlemeler getirilmediği müddetçe icra kabiliyeti mevcut değildir. Bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 342.

kılmamaktadır. Gerçekten *kural olarak* hukuki bağlayıcılığı olmamakla birlikte, uyuşmazlık, tarafların *üçüncü bir kişinin yönlendirmesinden* uzak şekilde aldıkları bir kararla çözüme kavuşturulduğundan, pratikte alınan bu kararın *her iki tarafça benimsenerek* uygulanma ihtimali yüksek olacaktır²¹³. Karar verme konumunda olmayan üçüncü kişinin yardımıyla tarafların, bu süreçte uyuşmazlıklarının gerçek nedenlerini ortaya koyacakları ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik işbirliğine girişmeleri ümit edilmektedir²¹⁴.

Arbuluculuk yönteminin hangi alanlarda uygulanmaya elverişli olduğu sorusuna verilecek cevap açıkçası çok kısa olmayacaktır. Zira tarafsız üçüncü kişinin süreç içindeki fonksiyonunun taraf etkinliğini en üst düzeyde tutacak şekilde formüle edilmiş olması, arbuluculuğu *tabiri caizse* akla gelebilecek her türlü uyuşmazlıkta kullanılmaya müsait bir yöntem haline getirmektedir²¹⁵. Gerçekten hukuk uyuşmazlıkları sınırının dışına çıkıldığında, arbuluculuğun, devletlerarası uyuşmazlıkları çözmek dahi için kullanılabilen bir yöntem olduğu görülecektir.

Bu başlığı sonlandırmadan önce, arbuluculuğun olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bilgi verilmesi gerekecek olursa, öğretilerde bu hususta yapılan şu sıralamaya yer verilmesi isabetli olacaktır²¹⁶: Bu yöntemde görüşmelerin gizli olması ve taraflara arasındaki ilişkinin korunması, arbuluculuğun esnek bir yapısının olması, bu yöntemde uyuşmazlığın çözümünde çeşitli seçeneklerin bulunması, hızlı ve ekonomik bir uyuşmazlık çözüm süreci öngörmesi bu yöntemin olumlu yönleri olarak gösterilirken, usulî koruma mekanizmasından yoksunluk, uyuşmazlık çözümünün kesin olmaması, arbuluculuk kurumunun sözleşme ihlallerine karşı zayıf olması ise olumsuz yönleri olarak gösterilmektedir.

1.1.3.2. Arbuluculuk ile Uzlaşma Arasındaki Farklar

Arbuluculuk, genellikle *uzlaşma* veya *uzlaştırma* (**conciliation**) şeklinde adlandırılmakla²¹⁷ birlikte, her iki yöntem arasında bazı farklılıkların mevcut olduğunu

²¹³ Ersen-Perçin, 185.

²¹⁴ Yıldırım, "AUÇY", 343.

²¹⁵ Arbuluculuk, ayrıca birçok tarafın menfaatlerinin risk altında olduğu karmaşık kamu politikası ve diğer sosyal meseleleri çözmek için kullanılan bir teknik olarak desteklenmektedir (Hensler, 185).

²¹⁶ Bkz. Deren-Yıldırım, "Arbuluculuk", 88 vd.

²¹⁷ Mesela bkz. Woodman, 12, 13; Akıncı, 103; Christopher H. Macturk, "Confidentiality in Mediation:

dile getirilebilmektedir. Nitekim öğretilerde birçok yazar, arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki farklılıklara işaret etmektedir: *Riskin*, uzlaşma teriminin bazen arabuluculuk yerine kullanıldığını, buna mukabil söz konusu yöntemin arabuluculuğa nazaran daha az *şekle bağlı (formal)* yapıda ve üçüncü kişinin daha az aktif konumda olduğuna dikkat çekmektedir²¹⁸. *Chalmers* da, uzlaşma yönteminde tarafsız üçüncü kişinin, tarafların *pazarlık (bargaining)* ilişkisine girmesine yardımcı olmak üzere rol üstlenmesine rağmen, pazarlık görüşmelerinin nasıl yürütüleceğine yönelik bir rol haritası oluşturmak noktasında tarafları etkilemediğine, buna mukabil arabuluculuk yönteminde, arabulucunun başarılı bir uzlaşmaya varmak üzere süreci yönetmek için çaba sarf ettiğine yönelik bir ayırım yapılabildiğine işaret etmektedir²¹⁹. Bu noktada farklı yönde ayırımların yapıldığını da belirtmek gerekir. Mesela konuya ilişkin yapılan başka bir ayırımda, uzlaştırıcının genellikle bir çeşit uzman bilgisine sahip olması sebebiyle, uzlaştırma yönteminin arabuluculuktan ayrıldığı, uzlaştırıcının bazı durumlarda tavsiye ve önerilerde bulunabileceği, buna mukabil arabuluculuk sürecinde arabulucunun bu şekilde tavsiyede bulunma rolünün olmadığına işaret edilmektedir²²⁰. Türk öğretisinde de arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki farklılıklara işaret eden yazarlar mevcuttur: Mesela *Özbay* arabulucunun, uyuşmazlığın son aşamasında müdahale ederek aktif bir rol üstlendiğine, müzakerelere katıldığına, taraflara uzlaşılabilir noktalarda tavsiyelerde bulunduğu, arabulucunun uzlaştırıcıya göre daha bağımsız olduğuna, önceden tarafları tanımadan uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunarak, tarafların kendi kendilerine çözüm bulmalarına yardımcı olduğuna işaret etmektedir²²¹. *Kaplan* ise arabulucunun görevinin sadece tarafları bir araya getirmek olduğu ve uzlaştırıcının buna ilave olarak ortaya somut çözüm önerileri koyma görevinin olduğunu göz önüne alarak her iki yöntemin birbirinden farklı olduğunu ifade etmektedir²²². *Ersen-Perçin* de aynı şekilde, arabulucu ile uzlaştırıcıyı birbirinden ayıran temel noktayı, uzlaştırıcının,

The Protection Has Exceptions", *American Journal of Trial Advocacy*, 19 (2), 1995, 411-434, 412; Tah-Dehmen, 454 dn. 21.

²¹⁸ Bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 22.

²¹⁹ Bkz. W. Ellison Chalmers, "The Conciliation Process", *Industrial and Labor Relations Review*, 1(3), 1948, 337-350, 338 dn. 1.

²²⁰ Bkz. Majella Twomey, "The Mediation and Conciliation Bill 2010 – Proposed Changes to Alternative Dispute Resolution", *Irish Business Law Quarterly*, 4 (2), 2011, 22-26, 23.

²²¹ Özbay, "Uzlaştırma", 391-392; Özbay, "AUÇY", 466.

²²² Bkz. Kaplan, 119.

arabulucunun görevlerinin yanı sıra hukuki uyumsuzluğun özelliğine göre taraflara çözüm önerilerinde bulunma yetkisine de sahip olması şeklinde belirtmektedir²²³. *Tanrıver*, arabuluculuk ile uzlaşma arasındaki farkları şu şekilde sıralamaktadır²²⁴: Arabuluculuk süreci sorun odaklı iken, uzlaşma süreci dava odaklıdır. Arabuluculuk süreci çıkarların dengelenmesi temeline dayalı olup, geçmişi değil, geleceği gözetir. Uzlaşma süreci ise, hakkı ve haklılığı temel alıp geleceği değil, daha ziyade geçmişteki durumu gözetir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ilişkiler daha ön planda tutulduğu halde, uzlaşma sürecinin işleyişinde, teamüller ve ilkeler daha ön plandadır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirilmesi daha geri planda bulunup, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin gerçekleştirilmesi ve tatminini hedefleyen optimal bir çözümün üretilmesi daha ön plana çıktığı halde, uzlaşma sürecinin işleyişinde, hukuk kuralları, deliller ve delil değerlendirmesi daha ön plandadır, daha baskındır. Bu nedenle, arabuluculuk süreci daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olduğu halde, uzlaştırma süreci, daha katı ve inisiyatif kullanmaya fazla imkân vermeyen bir süreç konumundadır. Arabuluculukta üretken çözümler meydana getirilmesi daha muhtemel olduğu halde, uzlaşmada varılacak çözümler daha sınırlıdır. Arabuluculuk, tarafların her ikisinin de tatmin edilmesini dolayısıyla her iki tarafın da oranları farklılık arz etse bile kazanmalarını öngören optimal bir çözümün üretilmesini, deyiş yerindeyse en iyi müşteri sonucunu; uzlaşma ise, en iyi hukuki sonucun elde edilmesini hedeflemektedir. Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin becerisi ve psikolojik taktikleri ile taraflar arasındaki farklılıkların ortadan kaldırılmasına yönelik dinamik bir süreç olduğu halde; uzlaşma, esas itibarıyla ortaya bir karar çıkartılmasını hedefleyen ve genelde bir kurul yoluyla gerçekleştirilen daha statik ve *daha şekle bağlı* bir süreçtir. Türk öğretisinde her iki yöntem arasındaki farkları dile getirirken kullanılan ifadelerde genel eğilim yukarıdaki şekilde olmakla birlikte, (yukarıda *Riskin*'de olduğu gibi) yabancı literatür ile paralel olan ifadelere rastlamak da mümkündür. Bu bağlamda *Yıldırım*'ın konu ile ilgili şu ifadelerine²²⁵ yer vermek yerinde olacaktır: “...*Conciliation, Mediation*'un kural olarak daha az şekle bağlı bir varyasyonudur. Tarafların iradesine göre, müşaveret ve teklifte bulunma

²²³ Bkz. Ersen-Perçin, 185.

²²⁴ Tanrıver, 167.

²²⁵ Bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 342.

yetkisini haizdir. Anglo-Sakson sisteminde ‘Conciliation’ (uzlaştırma), ticari işlerde arabuluculuğu ifade etmektedir; diğer işler bakımından ‘Mediation’ (arabuluculuk) terimi kullanılmaktadır. Mediation adıyla anılan yöntemde, arabulucuya teklif hakkı tanınarak aktif kılınmaktadır. Conciliation diye adlandırılan yöntemde ise, uzlaştırıcı sadece bir bekçi işlevini haizdir ve o ilk metoda göre daha zayıf bir durumdadır...”.

Fikrimizce günümüzde arabuluculuk yönteminin oldukça çeşitlendirilmiş olması ve bu yönetime ilişkin yaklaşımların oldukça geniş bir skalaya yayılmış olması karşısında uzlaşma yöntemini müstakil bir kefeye koyacak bir ayırım yapılmasına gerek olmayacaktır. Bununla birlikte şimdi görüleceği üzere, çeşitli hukuki düzenlemelerde dahi her iki yöntemin birbirinden ayrılmaya çalışıldığına rastlamak mümkündür. *Fikrimizce* bir hukuki düzenlemede bu şekilde bir ayırma gidilebilmesine imkân tanıyan temel husus, arabuluculuğun klasik (kolaylaştırıcı yaklaşım) çizgisinde algılanması ve bu şekilde daha farklı bir yaklaşımın uzlaştırma kavramıyla karşılanabilmesidir.

2010 yılına ait İrlanda Arabuluculuk ve Uzlaşma Kanun Taslağı (**Draft Mediation and Conciliation Bill**) arabuluculuk ve uzlaşma tanımlarını birbirinden ayırmaktadır. Gerçekten taslağın birinci bölümünde yer alan 4(1) düzenlemesi, *arabuluculuğun*, tarafların, arabulucu olarak isimlendirilen bağımsız bir üçüncü kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarını çözmek için karşılıklı kabul edilebilir bir anlaşmaya ulaşmak üzere gönüllülük esası çerçevesinde girişimde bulunduğu kolaylaştırıcı ve gizli yapılandırılmış bir süreç anlamına geldiğini belirtirken, 4(2) düzenlemesi *uzlaşmanın*, *uzlaştırıcı* denilen bağımsız üçüncü kişinin, gönüllülük esası çerçevesinde, uyuşmazlıklarını çözmek için karşılıklı kabul edilebilir bir anlaşmaya ulaşmaya yönelik girişimlerinde tarafları *aktif bir şekilde desteklediği* kolaylaştırıcı ve gizli yapılandırılmış bir süreç anlamına geldiğini ifade etmektedir. Buna mukabil, 2002 tarihli *Uluslararası Ticari Uzlaşmaya ilişkin UNCITRAL Model Kanun (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation)* 1(3) düzenlemesinde, uzlaşma terimi tanımlanırken bunun, arabuluculuk veya benzer bir terim ile ifade edilebileceğine işaret etmektedir²²⁶.

²²⁶ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf.

1.2. ARABULUCULUKTA ETKİNLİK KAZANAN TEMEL İLKELER

Bir mantık kavramı olarak ilke, sözlükte *her türlü tartışmanın dışında sayılan öncül, mebde, umde, prensip* şeklinde karşılık bulmaktadır²²⁷. Şu halde, arabuluculuk yöntemi açısından ilke olarak kabul edilecek bir hususun, *her türlü tartışmadan uzak bir şekilde*, söz konusu yöntemin *olmazsa olmazı* olarak nitelendirilmesi gerektiği şeklinde bir yargıya varmak mümkündür. İşte bu noktada, etkinlik kazanacak ilkelerin *belirginleştirilebilmesi* için, arabuluculuk yöntemi ile kastedilenin ne olduğunun da netlik kazanması önem arz edecektir. Mesela *geleneksel arabuluculuk* ile *modern arabuluculuğun* temel ilkelerinin birbiriyle *özdeş* olduğunu söylemek *fikrimizce* kolay değildir²²⁸. Anılan nedenle, bu başlık altında inceleme konusu yapılacak ilkelerin, *modern anlamda arabuluculuk* yönteminde etkinlik kazanan ilkelerle sınırlı olacağını belirtmekte yarar vardır.

Bir kavramı oluşturan unsurlar, o kavramın ilkeleri midir? *Fikrimizce* hayır. Gerçekten teorik açıdan bakıldığında, bir kavramı oluşturan unsurlar ile söz konusu unsurların (ve dolayısıyla kavramın) *ayakta kalabilmesi, işlerliğini sürdürebilmesi* ve belirli bir durumun yahut olayın o kavram kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirebilmek için olmazsa olmaz olan hususlar, *yani ilkeler* birbirinden farklıdır. Peki, arabuluculuk yöntemini oluşturan unsurlar nelerdir? *Modern anlamda* arabuluculuk söz konusu olduğunda, şu ana kadar yapılan açıklamalardan, bu yöntemi oluşturan unsurların *müzakere, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin iletişim teknikleri kullanarak taraflara, çözüme kavuşmalarında yardımcı olması* ve son olarak *uyuşmazlığın anlaşmaya varılarak çözümü imkânının taraflara bahşedilmiş olması* şeklinde sıralanmasının mümkün olduğu *fikrindeyiz*. Şu halde, bu unsurların ayrıca ilke olarak nitelendirilmesine gerek olmayacaktır. Peki, arabuluculuk yönteminin ilkeleri ile kastedilen ne olmalıdır? Yukarıda yer alan açıklamalardan hareketle inceleme konusu yapılacak ilkelerin, *arabuluculuğu meydana getiren unsurların ortaya çıkarılabilmesi, işlerliğini devam ettirebilmesi için* etkinlik kazanması zorunlu olacak hususlar olduğunu

²²⁷http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5731e2c68e7c69.36268732.

²²⁸ Zira geleneksel arabuluculukta arabulucunun taraflar üzerindeki manevi etkisi, tarafların süreçteki etkinliğini kısıtlamaktadır. Nitekim gerek tarihsel süreçteki örnekleri gerek günümüzde birbirine sıkı sıkıya bağlı topluluklarda görülebilecek örnekleri göz önüne alındığında, geleneksel arabulucunun uyuşmazlık konuları üzerindeki değerlendirmeleri ve çözüm önerileri, taraflar için, hukuki olmamakla birlikte genellikle içsel bir bağlayıcılığa sahip olmaktadır.

söylemek mümkündür.

Arbuluculuk yönteminin temel ilkelerini tespit etmeden önce, inceleme konusu hususların sınırlandırılması sonucunu doğuracak başka bir boyutun daha gündeme getirilmesinde yarar vardır: Arbuluculuk, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlık çözümüne menfaat odaklı yaklaşmakla birlikte, bu yöntem, uyuşmazlıkların *hukuki çözümüyle* ilgilendirmektedir. Şu halde, *uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin* ilkelerini burada tekrar ele almaya gerek olmayacaktır. Zira gerek yargısal gerek uzlaştırıcı nitelikteki tüm çözüm yöntemleri için geçerli olacak *tarafaların eşitliği, usul ekonomisi* gibi ilkeler, arbuluculuğa (ve diğer AUÇ yöntemlerinde) *aktarılabilecek* yargılama hukuku ilkeleridir²²⁹. Aktarılabilecek, çünkü bu ilkeler, yargılama hukukuna *özgü* şekilde görünüm arz ettiği için, arbuluculuğa, *algı değişikliğine uğratılmaksızın* yansıtılamayacaktır²³⁰. Bununla birlikte, söz konusu ilkeler arbuluculuğun *kendine özgü, ayırt edici* ilkeleri niteliğinde olmadığından burada inceleme konusu yapılmayacaktır.

Yukarıdaki kısıtlamalar çerçevesinde akla ilk gelecek ilkeler *iradilik, tarafların arbuluculuk sürecinde etkinliği* ile *arbulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı* olacaktır. Peki, öğretilerde arbuluculuğun bir ilkesi olduğu tartışmasız olan gizlilik, yukarıdaki unsurlardan hangisinin oluşmasında bir fonksiyona sahip olmaktadır? *Fikrimizce* bu sorunun cevabını ilk olarak yukarıda yer alan “*uyuşmazlığın hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmaya varılarak çözümü imkânının taraflara bahşedilmiş olması*” cümlesinde aramak gerekir²³¹. Arbuluculuk yöntemine ilişkin genel olarak kabul gören anlayış çerçevesinde, evet, süreç sonunda ulaşılan anlaşma (veya mutabakat ya da nasıl adlandırılırsa adlandırılırsın netice) taraflar için hukuken bağlayıcı değildir. Fakat bu, söz konusu mutabakatın *hiçbir kuvveti olmadığı* anlamına gelmemektedir. Bilakis, böyle bir anlaşma *tarafların hür iradesini yansıttığı* için, her iki taraf için de (bir mahkeme hükmünün sağlayamayacağı) *içsel bir bağlayıcılığa* sahip olacaktır. İşte bu noktada, gizlilik, samimi bir müzakere ortamının oluşturulmasında önemli bir fonksiyon

²²⁹ Ayrıca bkz. Nataliia M. Gren, "The Principles of Mediation", *The Journal of Eastern European Law*, 2016/24, 75-79, 76.

²³⁰ Mesela *usul ekonomisi* yargılamanın en az giderle ve makul sürede tamamlanması anlamına gelmektedir (Usul ekonomisi ile ilgili bkz. Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *AÜHFD*, 57 (1), 2008, 243-274, 243 vd). Arbuluculuk ise, bir yargılama sürecini ihtiva etmediğinden, ilkenin bu şekilde anlaşılması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, arbuluculuk yönteminde de uyuşmazlığın hızlı ve en az giderle çözümlenmesi, mantıksal bir arayış olacaktır.

²³¹ Karş. [Note], 443.

üstlenerek, tarafların, *içsel bağlayıcılığı yüksek* olan bir çözüme kavuşmasında olmazsa olmaz bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Şu halde, modern arabuluculukta etkinlik kazanacak ilkeler, *en asgari düzeyde* sıralanacak olursa: *iradilik, tarafların arabuluculuk sürecinde etkinliği, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile gizliliği*. En asgari düzeyde, çünkü öğretilerde arabuluculuğun temel ilkeleri arasında *arabulucunun taraflarla bağlantılı olarak hareket etmesi, bütün tarafların menfaatlerinin tespit edilmesi ve hakkaniyete uygun şekilde korunması, tarafların bilgi ve belgelerini ortaya koyması, taraflar arasında güven tesis edilmesi ve geçmişin mümkün olduğu kadar az değerlendirilmesi*²³² gibi hususlar²³³ da dile getirilebilmektedir. Fakat bu gibi hususlar, *fikrimizce* özellikle kolaylaştırıcı arabuluculuk açısından yöntemin işleyişi şekillendiren hususlar olarak nitelendirilmeye daha elverişlidir.

1.2.1. Gizlilik

Uyuşmazlığın çözümüne, tarafların menfaatlerinden yola çıkarak uzlaşmayı amaçlayan arabuluculuk yönteminde, menfaatlerin *her türlü kaygıdan uzak* bir şekilde açıklanabilmesi için, süreç içerisinde taraflara bazı teminatların sağlanması zorunludur. Bu cümleden, gizliliğin tek fonksiyonunun²³⁴, mahkeme yargılamasında kural olan aleniyet ilkesinin karşısında duran ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın kamuya yansıtılmasını önleyen bir araç olmadığı da anlaşılmaktadır. Gerçekten gizliliğin, arabuluculuk yöntemi açısından belki de en önemli fonksiyonu, taraflara, süreçten sonra kullanılma ihtimali olan diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, özellikle yargılama

²³² 4 Aralık 2008 tarihinde Kayseri Ticaret Odası (KTO) ve Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından KTO'da düzenlenmiş olan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi Toplantısı"nda Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri" başlıklı sunumunda kullanmış olduğu ifadelerden naklen Kaplan, 123.

²³³ Ayrıca bkz. Gren, 76. Özbek de, arabuluculuğun temel ilkelerini oldukça geniş bir perspektiften ele almaktadır: *Bir arabulucunun mevcut olması, arabulucunun tarafsızlığı, arabulucunun bağlayıcı bir karar verme yetkisinin bulunmaması, arabulucunun yetkisinin taraflardan kaynaklanması, arabuluculukta karşılıklı anlaşmaya dayalı bir çözümün esas olması, arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün amaçlanması, arabuluculukta uyuşmazlığın çözümünün kolaylaştırılması, arabuluculukta güvenli bir müzakere ortamının hazırlanması, arabuluculukta tarafların yetkisi, arabuluculukta gizlilik, arabuluculukta taraflara bağımsız tavsiyelerde bulunulamaması, arabuluculukta anlaşmazlığın kontrol altına alınması, arabuluculukta saygı, empati ve samimiyet*. Bkz. Özbek, *Kitap*, 600 vd. Yazarın konuya bu kadar geniş bir perspektiften yaklaşmasının sebebini, arabuluculuğun temel ilkeleri ana başlığı altındaki şu ifadelerinde aramak gerekir: "*Arabuluculuğun bazı temel ilkeleri ve özündeki hünerleri bütün arabuluculuk türlerinde aynıdır. Arabuluculuğun bu ilkeleri şu şekilde özetlenebilir...*" (Özbek, *Kitap*, 600).

²³⁴ Arabuluculukta gizliliğin üstlendiği diğer fonksiyonlar (farklı deyişle faydalar) için ayrıca bkz. Özbek, *Kitap*, 612 vd; müzakere süreci perspektifinden gizliliğin üstlendiği fonksiyonlar için ayrıntılı olarak bkz. Yazıcı-Tıktık, 104 vd.

niteliği taşıyan yöntemlerde, süreç içinde arabulucu ve karşı tarafça öğrenilen bilgilerin aleyhine kullanılmamasını sağlayan bir teminat sunmasıdır. Elbette böyle bir teminatın sunulabilmesi için, ya yöntemin hukuki altyapısını teşkil eden mevzuatta bu yönde düzenlemelere yer verilmiş olmalı²³⁵ ya taraflarca bu yönde bir sözleşme akdedilmiş olmalı²³⁶ ya da (özellikle mahkeme bağlantılı arabuluculukta) hâkim tarafından bu yönde bir karar verilmiş olmalıdır. Gizlilik, arabuluculuğun mahkemelerde gerçekleştirilen yargılama faaliyetleri karşısındaki en önemli avantajlarından biridir²³⁷.

Gizlilik ilkesinin kapsamına aldığı hususları genel hatlarıyla algılamak üzere öğretide dile getirilen şu ifadeler yer vermekte yarar vardır²³⁸: “...gizlilik ilkesi; arabuluculuk sürecinin aleni olmamasını, arabulucunun, arabuluculuk sürecine dâhil olan üçüncü kişilerin ve tarafların birbirlerine karşı sır saklama yükümlülüğünü ve arabuluculuk sonrasında açılacak davalarda müzakere sürecinde ortaya konulan bazı beyan, bilgi ve belgelere dayanılmayacağına ve arabulucuya tanık olarak başvurulmayacağına ilişkin delil güvenliğini ifade eder”.

Özellikle ticari sırları ihtiva eden uyuşmazlıklar açısından, arabuluculuğun sıklıkla tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri, uyuşmazlığın kamuya yansımadan çözülebilmesine imkân sunmasıdır²³⁹. Böylelikle, mahkeme yargılamasında olduğu gibi sürecin gizli yürütülmesine yönelik bir hâkim kararı olmaksızın, taraflar, uyuşmazlık konularının ve çözüm sürecinde edinilen bilgilerin dış ortamda aleniyet kazanmasının getireceği olumsuz sonuçlardan korunmuş olmaktadır. Bunun dışında gizlilik, arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için gerekli olan²⁴⁰ samimi ortamın oluşturulmasında temel bir fonksiyona sahiptir²⁴¹. Gerçekten gizliliğe ilişkin

²³⁵ Bu yöndeki düzenlemelere misal olarak bkz. Yazıcı-Tıktık, 218 vd.

²³⁶ Bkz. Yazıcı-Tıktık, 257 vd; Yıldırım, “Tasarı”, 51

²³⁷ Yıldırım, “Tasarı”, 51.

²³⁸ Bkz. Yazıcı-Tıktık, 35.

²³⁹ Freedman/Prigoff, 38. Ayrıca bkz. Eric D. Green, "A Heretical View of the Mediation Privilege", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, 1-36, 5-6; Nolan-Haley, 69-70; “...Arabuluculukta taraflar, gizliliğe dair bir sözleşme yapmadığı veya bu konuda bir kanun hükmü olmadığı takdirde, gizliliğe uymak zorunda değildirlir...” (Özbek, *Kitap*, 611-612).

²⁴⁰ Bkz. Freedman/Prigoff, 38; Macturk, 412, 415; ayrıca: [Note], 441.

²⁴¹ Özbek, *Kitap*, 612-613; Yazıcı-Tıktık, 34. Arabuluculuk sürecinde gizliliği gerekli kılan bir diğer etmen, arabulucunun süreç içinde karar verici bir fonksiyonunun mevcut olmamasıdır. Arabulucu böyle bir yetkiye sahip olmadığından, tarafları açık tartışmalara zorlayamayacaktır; işte bu nedenle, tarafların kendileri birbirlerine karşı içten ve samimi olmalıdırlar. Bkz. Macturk, 415; ayrıca: [Note], 445; Stulberg,

düzenlemeler çerçevesinde taraflara tanınan, *süreç içinde açıklanan bilgi ve belgelerin, ileride delil olarak kullanılmamasına* yönelik teminatlar, arabuluculuk sürecinde tarafların, bu yöndeki kaygılardan uzak bir şekilde *içlerini dökmelerini* de kolaylaştırmaktadır. Gizliliğin bu boyutu, tarafları *dürüstlük ilkesine uygun hareket etmeye de* yönlendirmektedir²⁴². Zira bu yönde teminatlar olmasaydı, süreci tek taraflı sonlandırma yetkisini kullanarak, süreç içinde edindiği bilgileri mahkeme yargılamasında kullanmak gibi *kötüniyetli* düşünceler, tarafların *aklını çelebilecekti*. Bunun gibi arabulucunun, süreçten sonraki bir yargılama prosedüründe tanıklık yapabileceğini düşünmek, tarafların arabuluculuk sürecinde içlerini dökmekten kaçınmalarına sebep olabileceği gibi, böyle bir ihtimalin mevcut olması arabulucunun tarafsız bir şekilde aracılık etmesine yönelik faydasını ortadan kaldıracaktır²⁴³. Fakat tüm bu fonksiyonların yanında, gizliliğin kötüye kullanılabilmesi kaygısı, gizliliğe ilişkin düzenlemelere gidilirken, tarafların menfaatlerini korumak adına gerekli durumlarda istisnalara yer verilmesini²⁴⁴ ve gizlilik kapsamında kabul edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu noktasında net, kolay anlaşılır ve çelişkisiz düzenlemeler gidilmesini²⁴⁵ zorunlu kılmaktadır²⁴⁶.

Gizliliğin nasıl algılanıp uygulanacağı noktasında arabuluculuk yönteminin ait olduğu hukuk sistemine göre çeşitli farklılıklar mevcut olabilmekle birlikte, süreç içinde elde edilen bilgi ve belgelerin gizlilik kapsamında olması ve arabulucunun (ayrıca sürece katılan diğer üçüncü kişilerin) daha sonra açılması olası bir davada tanıklık yapmasının engellenmesi yönünde bir fikir birlikteliğinin mevcut olduğunu söylemek çok yanlış olmayacaktır. Buna mukabil, süreç sonucunda ulaşılan anlaşma, kural olarak bu yasak kapsamında değerlendirilmez iken, aksinin kararlaştırılması/benimsenmesi de olanaksız

96-97.

²⁴² Bkz. Freedman/Prigoff, 38; Macturk, 412, 416.

²⁴³ Freedman/Prigoff, 38. Ayrıca bkz. [Note], 442 dn. 12; Yazıcı-Tıktık, 216-217.

²⁴⁴ Bkz. Macturk, 426; Yazıcı-Tıktık, 58 vd.

²⁴⁵ Ayrıca bkz. Freedman/Prigoff, 39.

²⁴⁶ "...Arabuluculuğa çoğu zaman gizli ve mahrem olacağı düşünülerek başvurulur. Ancak arabuluculukta mutlak anlamda bir gizlilik koruması olmadığı gibi, bazı durumlarda, gizliliğin sınırları da açık değildir. Bu konu, özellikle mahkeme bağlantılı arabuluculukta daha karışıktır. İlgili mevzuat ve etik kurallar, çoğunlukla arabulucunun doğasındaki gizliliğe değinse de, bazen genel düzenlemeler, belirli bir durumda gizliliğin sınırının ne olacağı konusunda arabuluculara, mahkemelere ve taraflara kesin bir kural koyamamaktadır..." (Özbek, Kitap, 612).

değildir²⁴⁷.

Gizlilik ilkesine etkinlik kazandırılmasında arabulucunun *sır saklama* rolü de yadsınamaz. Gerçekten arabulucuyu, taraflara ilişkin öğrenmiş olduğu bilgileri dışa vuramamasına yönelten anlayış²⁴⁸, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünü hekim-hasta, avukat-müvekkil ilişkilerinde söz konusu olan sır saklama yükümlülüğüne eşdeğer düzeyde tutmaktadır²⁴⁹. Bu nedenle gizliliğin bu yönüne ilişkin düzenlemeler de, anılan düzeyde bir sır saklama yükümlülüğü sağlayabilecek ölçüde şekillenmektedir²⁵⁰.

Common law anlayışında anlaşma ve uzlaşma tekliflerinin, süreçten sonraki bir yargılama prosedüründe iddianın varlığını ve *karşı tarafın hukuki sorumluluğunu* ispat etme noktasında delil olarak kullanılamayacağı yönünde bir eğilimin olduğunu söylemek mümkündür²⁵¹. Buna mukabil anlaşma tekliflerinin delil olarak kullanılmaması yasağı mutlak değildir²⁵². ABD’de federal mahkemelerde uygulanan ve birçok eyalet tarafından benimsenen²⁵³ **Federal Rules of Evidence**²⁵⁴ (FRE) 408 kuralı, arabuluculukta gizlilik konusu incelenirken sıklıkla değinilen²⁵⁵ bir kaynaktır. *Uzlaşma teklifleri ve müzakereler* başlıklı bu düzenleme de, belirtilen anlayış doğrultusunda bir gizlilik rejimi çizmektedir²⁵⁶.

Arbuluculuk sürecinde gizliliğe ilişkin iç hukukta yer alan düzenlemelerin de karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden çok farklı olmadığını söylemek mümkündür. HUAİK, gizlilik ilkesinin arabulucu ve taraflar üzerindeki yansımaları 4 üncü maddede

²⁴⁷ Bkz. Green, “Mediation Privilege”, 6.

²⁴⁸ “...Arbulucu müzakereler esnasında taraflardan edindiği bilgileri üçüncü kişilere, özel oturularda edindiği ve özel oturum yaptığı tarafın açıkça izni olmadıkça kendisine sunulanları karşı tarafa ifşa etmemekle yükümlüdür” (Yazıcı-Tıktık, 139).

²⁴⁹ Bkz. Green, “Mediation Privilege”, 5-6; Özbek, *Kitap*, 612.

²⁵⁰ Elbette sır saklama yükümlülüğüne, kamu düzeni gereğince bir takım sınırlamalar getirilebilir. Misaller için kısaca bkz. Özbek, *Kitap*, 614.

²⁵¹ Bkz. Macturk, 418; Brown, 312; Green, “Mediation Privilege”, 15-16.

²⁵² İstisnalar için bkz. Wayne D. Brazil, "Protecting the Confidentiality of Settlement Negotiations", *Hastings Law Journal*, 39 (5), 1988, 955-1030, 957-958; Brown, 312.

²⁵³ https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Rules_of_Evidence.

²⁵⁴ Metin için bkz. www.uscourts.gov/file/rules-evidence.

²⁵⁵ Mesela bkz. Green, “Mediation Privilege”, 16; Brown, 312; Macturk, 418; Brazil, 958 vd; Özbek, *Kitap*, 548 vd.

²⁵⁶ Macturk, 418. Ayrıca bkz. Özbek, *Kitap*, 540, 548, 616 vd. İstisnalar için: **FRE(b)**, *bu bağlamda*: Özbek, *Kitap*, 616.

düzenlemiş ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu (ve tarafların kendilerinin), arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendilerine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettikleri bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olmasını öngörmüştür. Gizliliğin bir diğer boyutu olan, süreç içinde elde edilen bilgi ve belgelerin, süreçten sonraki bir yargılama prosedüründe delil olarak kullanılamaması ise 5 inci maddede düzenlemiştir. Bu düzenlemenin birinci fıkrasına göre, sadece taraflar ve arabulucu değil, arabuluculuk sürecine katılan üçüncü kişiler de hukuk davası veya tahkim yolunda, şu beyan veya belgeleri delil olarak kullanamayacağı gibi bunlar hakkında tanıklık da yapamayacaktır: *Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler; arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü; sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.* HUAK'ın 5 inci maddesi, taraflara sağlanan gizlilik teminatını kuvvetlendirebilmek adına, ikinci fıkrada söz konusu sınırlandırmanın, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanacağını belirtmenin yanı sıra üçüncü fıkrada, bu beyan veya belgelerin açıklanmasının mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemeyeceğini ve bunların delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağını ifade etmektedir. Fakat söz konusu bilgiler, bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilecektir (HUAK m. 5/3 son cümle). Açıkçası bu düzenlemenin sınırlarını çelişkiye düşmeden çizmek çok kolay değildir: Gerçekten, gizliğe ilişkin teminatları kuvvetlendirebilmek adına anılan düzenlemenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer verilen kısıtlamalar ve bir de bunlara eklenen, söz konusu kısıtlamaların arabuluculuğun *konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın* hukuk davası ve tahkimde uygulanabileceğinin öngörülmesi²⁵⁷ (HUAK m. 5/4), gizlilik teminatının kötüniyetli olarak kullanılmasını engelleyecek *istisnalara* yer verilip verilmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu sorunun ilk cevabı olacak HUAK m. 5/3 düzenlemesinin son cümlesi, *fikrimizce* çok açık ve anlaşılır değildir. Gerçekten arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilmesini anlamak mümkün olmakla birlikte, *bir kanun hükmü tarafından emredildiği* ihtimalinden ne anlaşıldığını anlamak çok kolay değildir.

²⁵⁷ Gizlilik ne anlama gelir sorusu altında bkz. Green, "Mediation Privilege", 5.

Bu ifadeden ne anlaşılması gerekecektir? Mesela, HMK'nın 219'uncu maddesi tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğunu düzenlemekte, devam eden maddeler ise sırasıyla tarafların ve üçüncü kişilerin belgeyi ibraz etmemesi halinde uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Özellikle bu iki düzenlemenin (m. 220 ve m. 221) içeriğine bakıldığında, gerek taraflar gerek üçüncü kişiler için belgeleri ibraz zorunluluğunun birer yükümlülük tarzında düzenlendiği görülmektedir. Şu halde söz konusu düzenlemeler, HUAK m. 5/3 istisnasına dâhil edilecek midir? *Fikrimizce* böyle bir soruya her iki yönde (olumlu veya olumsuz) verilebilecek cevaplar, kendi içinde tutarsız olmayacaktır. Sorunun başka bir boyuttan cevabını, HUAK'ın 5 inci maddesinin son fıkrası (beşinci fıkra) vermektedir: “*Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez*”. Bu istisnaya da açıklık getirmek zaruridir. Tarafların, arabuluculuk süreci başlamadan önce ellerinde bulunan bir belgeyi, sırf süreçte kullanmış olmaları sebebiyle daha sonra dava veya tahkim yolunda kullanamayacaklarını düşünmek elbette mümkün değildir. Peki, şu şekilde bir senaryoda HUAK m. 5/5 istisnasının sınırlarını çizmek kolay mıdır? (E), arabuluculuk sürecinde, (K)'nın elinde, kendi lehine bir belgenin mevcut olduğunu öğrenmiştir. Çözüm sürecinde taraflar anlaşamamış ve (E), uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvurmuştur. Bu *davayı açmakta bir kötünîyetinin bulunmadığı varsayımı altında*, (K), arabuluculuk sürecinde *varlığını öğrendiği* belgenin ibrazını HMK m. 219 hükmüne dayanarak isteyebilecek mi ve daha önemlisi mahkeme, bu belgenin celbi için HMK m. 220 düzenlemesine işlerlik kazandırabilecek midir? Bu sorunun cevabı, HUAK m. 5/5 düzenlemesinin yorumlanma şekline göre değişiklik gösterecektir. Eğer, *hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller* ifadesinden anlaşılması gereken, sadece tarafın süreçten önce elinde bulundurduğu veya elde edebileceği belgeler ise, bu durumda yukarıdaki senaryoda mahkemenin HMK m. 219 ve m. 220 düzenlemelerine başvurabilmesi mümkün olmayacaktır. Zira eğer arabuluculuk süreci tüketilmemiş olsaydı (E) bu belgenin varlığından haberdar olamayacaktı. Bu nedenle, söz konusu belgeyi elde edebileceği bir belge olarak yorumlamak söz konusu olamayacaktı. Buna mukabil, *elde edilebilecek* belge kavramı çok geniş yorumlanabilirse ve bu kavramın içine, tarafın, bilgisi dâhilinde olmamakla birlikte süreçten önce mevcut olan her türlü belge dâhil edilirse, anılan senaryoda HMK'nın belirtilen düzenlemelerine

başvurulabilmesi mümkün olabilecektir. Lakin *fikrimizce* bu ikinci yorum, biraz zorlama bir yorum olacaktır. Ayrıca böyle bir yorum, HUAK m. 5/5 düzenlemesinde yer alan *birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla* ifadeyle bütünlük sağlamakta zorlanacaktır.

1.2.2. Gönüllülük

Aslında *gönüllülük* (diğer tabirle *iradilik*) ilkesini izah etmek üzere, referans noktası alınmaya en müsait alan *tarafeyn* sistemi üzerine kurulu mahkeme yargılamasında, çözüm sürecinin başlama aşamasıdır. *Tasarruf* ilkesinin etkinliği sebebiyle, mahkeme yargılaması kural olarak davacının bu yöndeki talebi (yani dava açması) ile başlamaktadır. Dikkat edilirse burada, *davacı açısından* çözüm sürecinin başlatılması noktasında *iradilik* etkinlik kazanmaktadır. Kısaca, dava açmak veya açmamak davacının *tasarrufundadır*. Fakat davanın açılmasıyla sadece mahkeme ile davacı arasında bir usul ilişkisi başlamamakta, bu işlem ile *kendiliğinden* davalı olarak gösterilen kişi de bu sürece dâhil olmaktadır²⁵⁸. Yani davalı açısından, uyuşmazlık çözüm sürecine dâhil olmak noktasında bir *iradilik* söz konusu değildir²⁵⁹. Tahkim yönteminde ise, çözüm sürecinin başlatılması için her iki taraf açısından *iradilik* etkinlik kazanmaktadır²⁶⁰. Aslında bu (son) cümle biraz yanıltıcıdır. Tahkim yönteminde iradilik, *her iki taraf açısından* tahkim sözleşmesinin kurulması anında söz konusu olmaktadır. Sözleşme *geçerli bir şekilde* kurulduktan sonra, açıkçası *iradilik*, her iki taraf açısından *bir ölçüde kaybolmaktadır*. Zira geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen uyuşmazlığın mahkemeye taşınmasına yönelik engeller (mesela bkz. HMK m. 116/1(b); MTK m. 5/1) karşısında tarafların hâlâ tahkim yöntemine işlerlik kazandırmak noktasında tam bir iradiliğin mevcut olacağını söylemek oldukça zordur. Şu halde, tahkim yönteminde her iki taraf açısından iradilik,

²⁵⁸ Ulukapı, *Kitap*, 255; Kıyak, *Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar*,74; Karslı, 413; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku: Cilt I-II*, 7. Baskı, İstanbul 2000, 480; Murat Atalı, *Medeni Usul Hukuku*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2011, 102; Ömer Ulukapı, "Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi", *SÜHFD*, 1 (1), 1988, 171-188, 171; Seda Özmumcu, "Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", *İÜHFM*, 70 (2), 2012, 183-205, 183; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku: Cilt I-II*, 480; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960, 217; Necip Bilge/Ergün Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978, 382, 443; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953, 114.

²⁵⁹ Kıyak, *Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar*,74; Ersen-Perçin, 179; Karslı, 496; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku: Cilt I-II*, 483; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012, 119. *Fikrimizce* şekli taraf teorisi bu vakıayı daha belirgin hale getirmektedir.

²⁶⁰ Ersen-Perçin, 179.

aslında çözüm sürecinin başlaması anında değil, daha önceki aşamada (tahkim sözleşmesinin kurulması) aşamasında söz konusu olmaktadır.

Arabuluculuk yönteminin bu şekilde gönüllülük esasına dayanan bir süreç olması, müzakere üzerine kurulu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasının doğal bir sonucudur²⁶¹. Arabuluculuk yönteminde iradilik, *her iki taraf açısından*²⁶² çok daha belirgindir²⁶³. Zira ne arabuluculuk *anlaşması* iradilik ilkesini ortadan kaldırmakta (yani taraflar, böyle bir anlaşmaya rağmen başka bir çözüm yöntemine başvurabilmekte ve dava açabilmekte) ne de çözüm sürecinin başlamış olması, yine her iki taraf açısından iradiliğin ortadan kalkmasına yol açmaktadır. *Tek taraflı olarak* bu sürecin sonlandırılması mümkün olabilmektedir²⁶⁴. Nitekim arabuluculuk sürecine katılmayı reddeden tarafa yükletilebilecek bir hukuki sorumluluk mevcut olmadığı²⁶⁵ gibi devam etmekte olan arabuluculuk sürecinden çekilen tarafa da bu yönde bir sorumluluk yükletilemeyecektir²⁶⁶. Elbette tüm bu hususlarda taraflara *irade serbestisi* kazandırabilmek için, *sözleşmeler hukukunun* genel prensiplerinden sıyrılacak teminatları sağlayan hukuki bir alt yapının mevcut olması, *bu noktada ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak adına* gereklidir²⁶⁷. Gerçekten HUAK'ta olduğu²⁶⁸ gibi her iki taraf

²⁶¹ Stulberg, 89.

²⁶² "...Gönüllülük ilkesinin, sadece taraflara değil aynı zamanda arabulucuya da uygulanması gerektiği dile getirilmiştir çünkü psikolojik atmosfer ve özel yakınlaşma arabuluculuk sürecinin başarısını sağlama alır; arabulucu zorlamasının söz konusu olduğu durumda, böyle bir bağlantı zedelenecektir ..." (Gren, 76).

²⁶³ Bkz. Nolan-Haley, 69.

²⁶⁴ Yazıcı-Tıktık, 42.

²⁶⁵ Bkz. Stulberg, 88, 89; Yazıcı-Tıktık, 42.

²⁶⁶ Bununla birlikte, arabuluculuk sürecinde çözüme ulaşılamamasında kusuru olan taraf hakkında, dava yolu için kullanılabilir devlet fonlarından söz konusu tarafın yararlanamaması gibi yaptırımların uygulanması, arabuluculuk yolunun bunu gerektirmiş olmasından değil; fakat devlet bütçesinin göz önüne alınmasından veya mahkemelerin iş yükünün azaltılması arzusundan kaynaklanmaktadır (Özbek, *Kitap*, 608).

²⁶⁷ Bu hususun farkındalığına varabilmek adına bkz. HUAK yürürlüğe girmeden önce yayınlanmış Ersen-Perçin, 184'de yer alan "...Ancak taraflar, verilen kararın bağlayıcı olması konusunda anlaşabilirler. Böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda bir taraf karara uymayan diğer tarafa karşı yerel mahkeme veya tahkim yargılamasına başvurduğunda, söz konusu kararı kesin delil olarak ileri sürebilecektir..." şeklindeki ifadeler. Bu ifadeler HUAK'tan önceki dönemde yürütülecek bir arabuluculuk süreci için isabetli kabul edilebilmekle birlikte, HUAK m. 3 ve m. 5 karşısında tarafların, arabuluculuk süreci sonunda hazırladıkları anlaşma belgesini, kesin delil olarak kullanma imkânına sahip olamayacakları açıktır. Yine HUAK sisteminde, böyle bir anlaşma belgesine, taraflar, kendileri için bağlayıcı olduğu şerhini koysa dahi, (anlaşma belgesinin, arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan ve arabulucunun da imzasını içeren bir belge olması ihtimalinde) böyle bir şerh *fikrimizce* bir anlam ifade etmeyecektir. Zira hâlihazırdaki HUAK düzenlemeleri bu imkânı sunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de,

nezdine *gönüllülük* esasını etkin kılacak düzenlemelerin mevcut olmadığı sistemlerde, taraflar arasındaki arabuluculuk *sözleşmesi*, onlar için bağlayıcı *algılanabilecektir*. Acaba böyle bir algı gerçek durumu yansıtmaya elverişli midir? Bu sorunun cevabını vermeden önce, tahkim öncesi müzakere veya uzlaştırma klotzlarının taraflar bakımından bağlayıcılığı noktasında öğretilen dile getirilen şu ifadelerle yer vermekte yarar vardır: **“Müzakere, uzlaştırma veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü hallerde, bu yöntemlere başvurunun zorunlu olup olmadığı ya da uygulanan yöntem sonucunda elde edilen netice ile tarafların bağlı olup olmadıkları sorularının cevabı kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Kanunda, devlet mahkemesi yerine uzlaştırma yoluna başvurunun zorunlu olduğunun düzenlenmesi ya da ancak uzlaştırma sonunda ulaşılan neticeden tarafların tatmin olmaması halinde devlet mahkemesine başvuru imkânının ortaya çıkacağına öngörülmesine rağmen, doğrudan doğruya devlet mahkemesinde dava açılması halinde dava mahkeme tarafından reddedilmelidir. Zira bu dava kanun hükmü ihlal edilerek açılmış bir dava olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ister ihtiyari isterse zorunlu olsun, müzakere, uzlaştırma veya diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulmamış ya da bu yolun tüketilmemiş olduğunun devlet mahkemeleri tarafından dikkate alınabilmesi için, bu yöntemlerin kanunda düzenlenmiş olmaları gerekmektedir. Sırf taraflar arasında yapılan sözleşmeye dayanan müzakere veya uzlaştırma yoluna başvurmama veya bu yolu tüketmeme devlet mahkemelerinin davaya bakmasını engellemez...”**²⁶⁹. Yazarın bu (ve alıntılanma ihtiyacı hissedilmemiş devam eden) cümlelerinden hareketle, *arabuluculuk ile ilgili*

tarafların, arabuluculuk süreci sonunda hazırlanana anlaşma belgesinin kendileri için bağlayıcı olmasını kararlaştırmasının bir takım şartlarının söz konusu olabildiğini görmek mümkündür. Bkz. Kıyak, “Anlaşma Belgesi”, 535.

²⁶⁸ Nitekim belirtilen Kanunun *iradi olma ve eşitlik* kenar başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrası, tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olduğunu açıkça ifade etmekte; *arabuluculuğun sona ermesi* kenar başlıklı 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi de, taraflardan birinin, karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesini, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği hallerden biri olarak düzenlemiştir.

²⁶⁹ Tah-Dehmen, 461. Yazar, bu ifadelerine aynı sayfada yer alan 57 nci dipnotta şu kelimelerle örnek göstermektedir: *“Örneğin, hakem-bilirkişi sözleşmelerinde, hakem-bilirkişinin vereceği kararın bağlayıcı olmasının taraflarca kararlaştırılmış olması halinde, devlet mahkemesinde açılan davada, hakem-bilirkişinin kararında tespit ettiği hususun mahkeme tarafından kesin delil olarak dikkate alınması gerekir. Bu ise hakem-bilirkişi sözleşmelerinin HUMK’un 287. maddesinde öngörülen delil sözleşmelerine istinaden kabul edilmesine kaynaklanır...”*

herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı dönemde dahi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözüleceğine yönelik bir sözleşmenin, uyuşmazlığın taraflardan birince doğrudan mahkeme taşınmasına engel olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Peki, sözleşmeler hukukunun genel prensiplerini aşan bu anlayışı kabul edilebilir kılan gerekçe ne olabilir? Bu sorunun cevabını, Anayasanın *hak arama hürriyeti* kenar başlıklı 36 ncı maddesinin *herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir* şeklindeki birinci fıkrasında aramak, çok mantıksız olmasa gerek. Ancak, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir haktan feragat edilmesi, bu hakkın dava konusu edilmesinden de feragat edilmesi anlamına gelmektedir. Bunun Anayasanın yukarıda yer alan düzenlemesi ile çelişeceği düşünülmemeyeceğine göre, arabuluculuk sözleşmesinin tarafların, dava açma hakkını kısıtlamasını bu düzenleme ile çeliştiren gerekçe nedir? *Fikrimizce* bu sorunun cevabı, arabuluculuğun (ve diğer AUÇ yöntemlerinin) birer *uyuşmazlık çözüm* yöntemi olması ve uyuşmazlığın *hukuki* çözümüyle ilgilenmesidir. Bu açıdan bakıldığında, devlet kontrolünde gerçekleştirilen bir yargılama ve karar verme sürecinden ârî olan arabuluculuğun, mahkemelerde hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir fonksiyon üstlenmesi elbette düşünülemez. Mahkeme bağlantılı *zorunlu* arabuluculuk sistemlerinde dahi, genel anlayışın tarafların, arabuluculuğa başvurmak hususunda seçme haklarının bulunmamasına rağmen, süreç içinde kalmak noktasında iradiliğe etkinlik tanınması yönünde olması, bunun bir göstergesidir.

Gönüllülük ilkesinin (öğretide pek değinilmeyen) fakat *fikrimizce* en önemli fonksiyonu *adaletin* muhafazasına yardımcı olmaktır. Peki, bu ilke söz konusu fonksiyonu nasıl üstlenmektedir? Sorunun cevabı, gönüllülük ilkesinin bir sonucu olan *tarafların, arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan mutabakat ile bağlı olmaması, böyle bir mutabakatın tarafların dava hakkını engellememesinde* gizlidir. Zira bu şekilde, arabuluculuk sürecinin sağladığı *esnek* bu nedenle de *hukuki açıdan bakıldığında aslında hukuka aykırı olabilen* bir mutabakatın²⁷⁰ beraberinde getireceği *negatif dışsallık* önlenmiş olacaktır.

Arabuluculukta gönüllülük ilkesine ilişkin değinilmesi kaçınılmaz olan bir başka

²⁷⁰ Bir misal üzerinden bkz. Riskin, “The Special Place of Mediation”, 27.

konu, mahkeme bağlantılı arabuluculuğun, zorunlu arabuluculuk şeklinde öngörülmesinin gönüllülük ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği meselesidir. Bu noktada gönüllülük ilkesinin şu üç boyutu tekrar hatırlanmalıdır: *Sürecin başlatılmasında gönüllülük, sürecin devam ettirilmesinde gönüllülük ve süreç sonunda ortaya çıkan mutabakata uymak noktasında gönüllülük*. Belirli (ya da tüm) hukuk uyuşmazlıkları için, dava açılabilmesi (daha doğru bir tabirle davanın esastan incelenebilmesi) için tarafların öncelikle arabuluculuk yöntemine başvurmasını zorunlu kılan düzenlemelerin, arabuluculukta etkinlik kazanan gönüllülük ilkesi ile çelişip çelişmediği öğretide irdelenen bir meseledir²⁷¹. Bununla birlikte genel kabul, bu yöndeki düzenlemelerin gönüllülük ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönündedir²⁷². Yine belirtmek gerekir ki, sürecin başlatılması noktasında gönüllülüğün bu şekilde kısıtlanmasına yönelik uygulamalar azımsanamayacak kadar çoktur²⁷³.

1.2.3. Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Arabuluculuk yönteminde, sürece katılan üçüncü kişinin tarafsız ve bağımsız olması, arabuluculuk yönteminden bahsedebilmek için zorunludur. Bu açıdan bakıldığında, aslında yukarıda²⁷⁴ dile getirildiği üzere, bunun bir ilke değil, arabuluculuğun zorunlu bir unsuru²⁷⁵ olması sebebiyle bu başlık altında incelenmesine gerek olmadığı ileri sürülebilir. Fakat şimdi inceleme konusu yapılacak olan süreç içinde tarafsız konumda üçüncü bir kişinin (arabulucunun) bulunması gerekliliği değil, arabulucunun sahip olması gereken tarafsızlık ve bağımsızlık vasıflarının nasıl tezahür edeceğidir. Diğer deyişle, bu başlıkta inceleme konusu yapılacak hususlar aslında büyük ölçüde etik meselelerdir. Bu noktada ilk belirtilmesi gereken, arabulucunun tarafsızlığının, yargılama prosedürlerinde hâkimin veya hakemin tarafsızlığından daha

²⁷¹ Mesela bkz. Yazıcı-Tıktık, 36 vd.

²⁷² Bkz. Gren, 76; "...Tarafların arabuluculuk yoluna başvurduktan sonra bu yoldan vazgeçmek istemesi halinde, vazgeçmeden önce en azından ilk oturuma katılması kararlaştırılabilir. Böyle bir düzenleme iradi olma ilkesini zedelemeyecek, tarafların en azından arabuluculuk yöntemiyle tanışmasını ya da bu yöntemin kendilerine uygun olup olmadığına karar vermeleri için kendilerine bir süre tanınmasını ve daha sağlıklı karar vermelerini sağlayacaktır..." (Yazıcı-Tıktık, 42-43).

²⁷³ Mesela bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 25; Özbek, *Kitap*, 640 vd.

²⁷⁴ Bkz. dn. 230 civarı.

²⁷⁵ Vurgulamak gerekir ki, arabuluculuğun tarafsızlığının bir ilke olarak algılanması mutlak değildir. Şu ifadeler bkz. "...Hem akademik çalışmalar hem de uygulamadaki yansımaları, pratikte mevcut olmadığını bulduğundan beri, tarafsızlık, arabuluculuk uygulaması için muhtemelen artık tartışılmadan kabul edilmiş kurucu bir ilke değildir..." (Susan Douglas, "Neutrality in Mediation: A Study of Mediator Perceptions", *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 8 (1), 2008, 139-157, 139).

farklı bir fonksiyona sahip olduğudur. Gerçekten hâkimin veya hakemin tarafsızlığı, uyuşmazlığa ilişkin *karar verici konumda* olmaları etrafında şekillenmektedir. Bu nedenle, tarafsızlığın zedelenmemesi için getirilen kısıtlamalar çok daha fazladır. Mesela, hâkimin, taraflardan birine davada yol göstermiş olması, ret sebebidir (HMK m. 36/1(a)). Buna mukabil, arabulucunun uyuşmazlık konularına ilişkin karar verme yetkisi olmadığından, tarafsızlık ilkesi *biraz* farklı bir görünüm arz etmektedir. Mesela arabulucunun uyuşmazlığa ilişkin en iyi çözüm şeklini düşünmesi ve bu noktada kendi kararını taraflara *aşulamaya çalışması* tarafsızlığına gölge düşürecek²⁷⁶ iken, taraflarca göz önüne alınan bağımsız çözüm seçenekleri hakkında eleştirel bir yaklaşımla, sorular sorması tarafsızlığına gölge düşürmeyeceği gibi etik bir sorumluluk teşkil edecektir²⁷⁷. Bunun gibi, hâkimin tarafsızlığının üstlendiği bir başka fonksiyon olan, taraflara eşit söz hakkı tanınması da, arabuluculukta farklı bir görünüm arz etmektedir. Gerçekten arabulucu, tarafsız olması gerektiğinin bir sonucu olarak, gerek bireysel oturumların düzenlenmesi gerek ortak oturumlarda taraflara söz hakkı tanınması noktasında, eşit davranma yükümlülüğü altında olacaktır²⁷⁸. Aksi davranışlar, arabulucunun tarafsızlığına gölge düşürebilecektir.

Elbette arabulucu, tarafsızlığını sürecin başlamasından sona ermesine kadar her aşamada korumak durumunda olacaktır²⁷⁹. Sadece taraflara, süreç içindeki imkânlarını kullanmaları noktasında değil, taraflardan edinilen bir bilginin diğer tarafa iletilmesi noktasında da arabulucunun tarafsızlığı gündeme gelecektir²⁸⁰. Vurgulamak gerekir ki, arabuluculukta tarafsızlık kavramı, tüm sorunları ortadan kaldıran bir kavram değildir. Hatta bazı hallerde tarafsızlığı *salt* bir şekilde muhafaza etmeye çalışmak bir takım negatif dışsallıkların oluşmasına dahi sebep olabilir²⁸¹.

²⁷⁶ “*Tecrübeli bir arabulucunun tarafsız duruşunu korurken belirli bir konuda yorum yapması için haklı gerekçeler bulunabilirse de, arabulucunun tarafsızlığının açık olması ve arabuluculuk boyunca taraflar açısından sürekli olarak pekiştirilmesi gerektiğinden temel kural, arabulucunun görüş bildirmekten kaçınmasıdır*” (Özbek, *Kitap*, 604).

²⁷⁷ Bkz. Özbek, *Kitap*, 604; Kekeç, 299 vd.

²⁷⁸ Bkz. Özbek, *Kitap*, 602; Özmumcu, “Usuli Adalet”, 1287.

²⁷⁹ Arabulucunun taraflar arasında yapılan anlaşmanın adil ve hakkaniyetli olduğuna dair teminat vermesinin gerekip gerekmediğine yönelik tartışmalar için bkz. Özbek, *Kitap*, 605 vd.

²⁸⁰ Bkz. Gren, 78.

²⁸¹ Bkz. Sara Cobb/Janet Rifkin, "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation", *Law and Social Inquiry*, 16 1, 1991, 35-62, 40 vd.

Tarafsızlığın sağlanması noktasında taraflara tanınan imkânlar da, yargılama sürecinde tanınan imkânlardan farklıdır. Gerçekten arabuluculuk sürecinin sonlandırılması noktasında tarafların herhangi bir gerekçe ileri sürmesine gerek olmadığından, arabuluculuk yöntemine ilişkin kodifikasyonların *arabulucunun reddi* gibi müesseselere yer vermemesi doğaldır²⁸².

Arabulucunun bağımsızlığı kavramı, birçok açıdan tarafsızlık²⁸³ kavramı ile ölçüleşebilirse de, *fikrimizce* her iki kavram birbirinden farklıdır. Arabulucunun tarafsız olup olmadığı, tarafların hissiyatına göre somutlaşan bir kavramdır. Bir arabulucunun, süreç içinde tarafsız olmadığını veya olamayacağını gösterebilecek davranışları mevcut olabilirse de, sonuçta bu tarafsızlık vasfına sahip olup olmadığı, bazı ihtimallerde tarafların değer yargılarına göre şekillenebilecektir. Elbette, arabulucunun açıkça süreç içinde taraflardan birine, diğerinden daha fazla söz hakkı tanınması gibi misallerde, bu vasfın yitirildiğinin taraf zihninde oluşup oluşmadığını beklemek mümkün değildir. Ancak bu gibi misaller dışında, tarafsızlık vasfının oluşup oluşmadığı yukarıda da belirtildiği üzere, cevabı tarafların içsel durumuna göre somutlaşacak bir sorun olacaktır. Buna mukabil, arabuluculuğun medeni yargılamadaki usulî koruma mekanizmalarından yoksun olması sebebiyle, taraflar arasındaki güç dengesini korumaya girişimi²⁸⁴ tarafsızlığın yitirildiğini objektif bir şekilde ortaya koyabilecek bir ihtimaldir.

Arabulucunun bağımsızlığı kavramının daha objektif kıstaslar üzerine oluşturulabileceği *fikrindeyiz*. Mesela taraflardan birinin çalışanı konumundaki bir arabulucu, taşınmış olduğu vasıflar sebebiyle belki diğer taraf nezdinde de tarafsız olacağı izlenimi uyandırabilir. Bu açıdan bakıldığında her iki tarafta da, bu kişinin tarafsız bir şekilde arabuluculuk görevini üstlenebileceği kanaati belirginleşse dahi, bu kişinin taraflardan birinin çalışanı olması, bağımsızlık ilkesini zedeleyecektir. Elbette, bağımsızlığın mevcut olup olmadığı noktasında sürecin başlama anı (ve sonrası) esas alınmalıdır. Yoksa sürecin başlamasından, daha doğru bir ifadeyle arabuluculuk görevinin üstlenilmesinden önceki bir dönemdeki bağımlılık, arabuluculuk süreci

²⁸² Ayrıca bkz. Gren, 78.

²⁸³ Tarafsızlık kavramı da tek boyutlu bir karşılığa sahip değildir. Mesela: “...*günümüzde uyumsuzluk çözümü alanında tarafsızlık işlevinin iki tarifini tanımlamış bulunmaktayız: ‘yansızlık’ olarak ‘tarafsızlık’ ve ‘eşit uzaklıkta (bulunmak)’ olarak ‘tarafsızlık’...*” (Cobb/Rifkin, 41). Ayrıca bkz. Douglas, 143 vd.

²⁸⁴ Bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 52.

açısından bağımsızlık vasfının mevcut olmasına engel teşkil etmeyecektir. Fakat bu gibi ihtimallerde etik ilkeleri gereğince²⁸⁵ arabulucunun açılış konuşması yaparken (bağımsızlığına değil ama) tarafsızlığına gölge düşürebilecek bu geçmişi hakkında diğer tarafı bilgilendirmesi isabetli olacaktır.

1.2.4. Tarafların Etkinliği

Arabulucunun müzakere üzerine kurulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olması, tarafların süreci yönlendirmede etkin konumda olmasını beraberinde getirmektedir. Gerçekten sürece katılan tarafsız üçüncü kişinin karar verici bir konumda olmaması sebebiyle, taraflar, sadece uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varmak noktasında değil, süreci şekillendirmek noktasında da öncelikli olarak söz sahibidir. Elbette taraflar oturumların organize edilmesi ve zamanlanması noktasında arabulucuyu yetkilendirebilirler. Ancak böyle bir yetkilendirmenin söz konusu olduğu hallerde –ki normal olan arabulucunun bu hususlarda yetkilendirilmiş olmasıdır- taraflar, sürecin işleyişini şekillendirmek noktasında yine öncelikli olarak söz sahibidir.

Tarafların etkinliğinin en belirgin hale geldiği aşama, sürecin son aşaması olan anlaşma aşamasıdır. Taraflar, anlaşmanın içeriği, şartları, bir belgeye dökülüp dökülmeyeceği ve bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceği gibi hususlarda, karar verici konumda olacaktır²⁸⁶. Sürecin yönetilmesi aşamasından daha baskın şekilde, arabulucu, bu aşamada kendini geri plana itecektir²⁸⁷.

1.3. ARABULUCULUK ÇEŞİTLERİ

Şu aşamada, arabuluculuk çeşitleri ile kastedilen, öğretilerde kullanılan bazı ayrımlara göre arabuluculuğun sınıflandırılmasıdır. Böylelikle, çalışmanın ana konusu açısından dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımının, söz konusu sınıflandırmalar içindeki konumunu belirlemek daha kolay hale gelecektir.

²⁸⁵ Arabulucu, kendisi tarafından makul koşullarda bilinebilecek ve arabulucunun tarafsızlığı hakkında kuşku uyandırabilecek bütün mevcut ve müstakbel menfaat ilişkisi veya çatışmalarını, mümkün olan en kısa sürede taraflara mutlaka açıklamalıdır. Arabulucu, arabuluculuğu kabul ettikten sonra, kendisinin hizmeti hakkında kuşku duyulmasına yol açacak, mevcut veya müstakbel bir menfaat ilişkisi veya çatışması doğuran herhangi bir olayı öğrenirse, mümkün olduğu kadar çabuk bir sürede bu durumu da taraflara bildirmek zorundadır (MEUK 4.2). Ayrıca bkz. dn. 30.

²⁸⁶ Özbek, *Kitap*, 611; Gren, 77.

²⁸⁷ “...Arabulucular, süreci etkilemeye yardım etmek için kendi beceri ve deneyimlerini kullanır; fakat uzlaşım uzlaşılmayacağına ve uzlaşma şartlarına ilişkin kararı taraflara bırakır...” (Özbek, *Kitap*, 611); Gren, 78.

Daha önce²⁸⁸ AUÇ yöntemlerinin çeşitliliği için dile getirilenler, bir ölçüde arabuluculuk çeşitleri için de geçerlidir. Gerçekten belirli kıstaslar kullanılarak yapılan arabuluculuk ayrımlarının *sınırlı bir sayımını* yapmak oldukça zordur. Bu başlık altında yapılacak ayrımlar da, ancak konunun anlaşılması açısından verileceklerle sınırlı olacaktır.

Arbuluculuk çeşitleri açısından dile getirilebilecek ilk ayırım, *geleneksel arabuluculuk – modern arabuluculuk* ayırımıdır²⁸⁹. Bu ayırım, arabuluculuk yönteminin farklı zamanlarda ve kültürlerdeki arabuluculuk teknikleri hakkında ulaşılabilen sınırlı bilgilere dayanmaktadır²⁹⁰. Geleneksel ve modern arabuluculuğu birbirinden ayıran temel özellik, üçüncü kişinin görevi ve konumu ile usulün sosyal içeriği olup modern arabuluculukta uyuşmazlık çözüm sürecinin sahibi uyuşmazlığın taraflarıken ve arabulucu sadece taraflara kendi çözümlerini geliştirebilmeleri için yardım ederken, geleneksel arabuluculuk birbirine sıkıca bağlı olan bireylerden oluşan sosyal topluluklarda görülür ve önerileri, uyuşmazlığın tarafları üzerinde büyük bir etki taşıyan, toplumun çok saygın bir üyesi olan üçüncü kişinin baskın rolüyle şekillenmiştir²⁹¹.

Modern arabuluculuk içinde değerlendirilen yargısal arabuluculuğun, geleneksel arabuluculuğun özel bir türü olarak nitelendirildiğini görmek mümkün olmakla²⁹² birlikte, arabuluculuğun bu türü, mahkeme bağlantılı arabuluculuk adı altında müstakil arabuluculuğun karşısında değerlendirilmeye daha elverişlidir. Bu noktadan hareketle, diğer bir ayırım türü olan, *müstakil arabuluculuk* ile *yargılama bağlantılı arabuluculuk* ayırımına geçmek mümkündür: Bu ayırımı *mahkeme bağlantılı arabuluculuk* yerine *yargılama bağlantılı arabuluculuk* tabirinin tercih edilmesinin sebebi, tahkim bağlantılı arabuluculuk yöntemi olan *arbuluculuk – tahkim (med-arb)* yönteminin de böyle bir ayırım içerisinde değerlendirilebilmesine imkân tanımaktır²⁹³. Buna göre ayırımı şu

²⁸⁸ Bkz. dn. 82 civarı.

²⁸⁹ Bu kavramların yanlış anlaşılmasına misal olarak bkz. Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *TBB Dergisi*, Sayı: 123 2016, 451-488, 451-488. Yabancı literatürde farklı terimler kullanılarak da bu yönde bir ayırma gidildiğini görmek mümkündür. Mesela bkz. Woodman, 12.

²⁹⁰ Özbek, *Kitap*, 632; Özbay, "AUÇY", 467. İslam hukukunda arabuluculuk yönteminin uygulanmasıyla ilgili ayrıca bkz. Özbek, *Kitap*, 632; Şen, 114 vd.

²⁹¹ Özbek, *Kitap*, 632; Özbay, "AUÇY", 467.

²⁹² Mesela bkz. Özbay, "AUÇY", 467; Özbek, *Kitap*, 638.

²⁹³ **Med-arb** (*arbulucu hakem*) ile **med-then-arb** (*arbulucu başarılı olmazsa, sonra hakem*) ayırımı için

şekilde açmak mümkündür: Arabuluculuk yönteminin herhangi bir yargılama prosedürüne bağlanmadığı ihtimalde *müstakil arabuluculuk* yönteminden söz edilecektir. Buna mukabil, arabuluculuk yargılama şeklinde cereyan eden bir uyuşmazlık çözüm yöntemine entegre edilebilir. Eğer bu entegrasyon, mahkemede gerçekleşen yargılama sürecine gerçekleştirilirse, *mahkeme bağlantılı arabuluculuk* yönteminden bahsedilecektir. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk ise, yargılama sürecinin başlatılmasından önce arabuluculuk yöntemine başvurulmasının (bu yöntemin denenmesinin) zorunlu tutulduğu *mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk* ile böyle bir zorunluluk söz konusu olmamakla birlikte, arabuluculuk yöntemine başvurulmasının (yargılama sürecine başladıktan sonra dahi) teşvik edildiği *mahkeme bağlantılı ihtiyari arabuluculuk* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. HUAK'ın 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir*” düzenlemesi ile HMK'nın ön inceleme aşamasında, (üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda) tarafların arabuluculuğa teşvik edilmesini hâkime bir ödev olarak yükleyen düzenlemeleri (HMK m. 137/1; m. 140/2), HUAK'ta benimsenen arabuluculuk yönteminin mahkeme bağlantılı ihtiyari arabuluculuk olduğunu göstermektedir. Yargılama bağlantılı arabuluculuğun bir diğer türü olarak *arabuluculuk – tahkim* yöntemini göstermeye bir engel olmaması gerektiği *fikrindeyiz*.

Arabuluculuğu sınıflandırmada göz önünde bulundurulabilecek bir diğer kıstas, arabuluculuğun uygulandığı alandır. Bu kıstasa göre arabuluculuk yöntemini, *aile uyuşmazlıkları arabuluculuğu, iş uyuşmazlıkları arabuluculuğu, tüketici uyuşmazlıkları arabuluculuğu* gibi çeşitlendirmek mümkündür²⁹⁴. Buna benzer bir ayırımın, arabuluculuğun uygulandığı hukuk dalı gözetilerek, *hukuk uyuşmazlığı arabuluculuğu, idari uyuşmazlık arabuluculuğu, uluslararası uyuşmazlık arabuluculuğu* şeklinde yapılması da mümkündür.

Arabuluculuğun çeşitlendirilmesine yönelik yapılan başka bir ayırım, *hak temelli*

bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 347.

²⁹⁴ Bu çeşitlendirme *tıbbi ihmal (medicial negligence)* arabuluculuğu, komşuluk hukuku (**housing, neighborhood dispute**) arabuluculuğu gibi son derece geniş bir skalaya yayılabilir. Belirtilen misaller için bkz. Woolf, 183, 220.

*arabuluculuk*²⁹⁵ (**rights-based mediation**) ve *menfaat temelli arabuluculuk*²⁹⁶ (**interest-based mediation**) şeklinde olup hak temelli arabuluculukta, tarafların yasal haklarıyla uyumlu bir çözüme ulaşılmasına odaklanılırken, menfaat temelli arabuluculukta, tarafların gerçek ihtiyaçları ve menfaatleri ile uyumlu olacak bir çözüme kavuşulmasına odaklanılarak, yasal hakların oluşturduğu görüntü geri planda tutulur²⁹⁷. AUÇ prosedürlerinde genellikle menfaat temelli arabuluculuk ön plana çıkmaktadır²⁹⁸. Bu perspektiften yapılan bir başka ayırım, *tahmine dayalı* (**predictive**) arabuluculuk ile *sorun çözücü* (**problem-solving**) arabuluculuk şeklindedir²⁹⁹.

Bu başlık altında dile getirilecek son ayırım, süreç içinde arabulucunun rolünün nasıl şekilleneceğine yönelik yapılan ayırımdır. Bu kıstasa göre yapılan *temel*³⁰⁰ ayırım *kolaylaştırıcı arabuluculuk* (**facilitative mediation**)³⁰¹ ile *değerlendirici arabuluculuk* (**evaluative mediation**) şeklinde yapılan ayırımdır³⁰². *Dönüştürücü arabuluculuk* (**transformative mediation**)³⁰³ da bu kıstasa göre yapılan ayırımda yer bulan bir başka arabuluculuk türü (daha doğru bir ifadeyle, arabuluculuk yaklaşımı) olmaktadır.

²⁹⁵ "...*Hak temeline dayalı mediyasyon prosedürü sonucunda taraflar, muhtemel hâkim kararından önce, hukuki durumlarının bir değerlendirmesini temin ederler. Bu hukuki değerlendirme içinde yatan düzenleme, ya belirli bir sürenin geçmesi ile kesin hüküm halini kazanacaktır veya bu temel üzerinde sağlanan uzlaşmaya katkı sağlayacaktır...*" (Yıldırım, "Tasarı", 43).

²⁹⁶ Menfaat temelli arabuluculuğa tipik bir misal olarak *özel uzman* (**special master**) verilmesi mümkündür. Bkz. Yıldırım, "Tasarı", 43.

²⁹⁷ Bkz. Carole J. Brown, "Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4 (2), 2004, 279-295, 280-281; Özümucu, "Arabulucunun Rolü", 1369; Özbek, *Kitap*, 736 vd. Ayrıca: Nelle, 291 vd.

²⁹⁸ Yıldırım, "Tasarı", 43.

²⁹⁹ Bkz. Özbek, *Kitap*, 736.

³⁰⁰ Daha detaylı bir ayırım için bkz. Kekeç, 218 vd.

³⁰¹ Öğretide, uyuşmazlık konuları üzerinde çözüm bulmayı kolaylaştırma fonksiyonu üstelenen arabulucunun yer aldığı arabuluculuk türünün, klasik arabuluculuk olarak isimlendirildiğini görmek mümkündür. Mesela bkz. Özbek, "Avukatlık Kanunu", 124.

³⁰² Leonard L. Riskin, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, 1 (Spring), 1996, 7-51, 7 vd. Ayrıca: Brown, 63; Özümucu, "Arabulucunun Rolü", 1369 vd. Belirtmek gerekir ki, Riskin tarafından yapılan bu ayırım, yazarın 2003 yılında yayınlanmış olan bir makalesinde revize edilerek, *yönlendirici* (**directive**) ve *gerçeği ortaya çıkarıcı* (**elicitive**) terimleriyle ifade bulmuştur. Bkz. Leonard L. Riskin, "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New Grid System", *Notre Dame Law Review*, 79 (1), 2003, 1-54, 30; Özümucu, "Arabulucunun Rolü", 1379.

³⁰³ Robert A. Baruch Bush/Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Revised Edition, John Wiley & Sons, San Francisco 2005, (Eserin Türkçe çevirisi: Robert A. Baruch Bush/Joseph P. Folger, *Arabuluculuk ve Getirileri: Dönüşümsel Çatışma Yaklaşımı*, (Çev. Gamze Sart), Nobel, Ankara 2013,); Seda Özümucu, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli", *İÜHF*, 73 (2), 2015, 325-356, 325 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

ARABULUCUNUN ROLÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

2.1. ÇATIŞMA VE UYUŞMAZLIK GİDERİMİNDE MÜZAKERE

İster dönüştürücü yaklaşımdan bahsedilsin ister diğer yaklaşımlardan arabuluculuk sürecine ilişkin yaklaşımlar, arabulucunun rolü üzerine odaklanan yaklaşımlardır. Bu nedenle dönüştürücü yaklaşımın ele alınacağı bu ikinci bölüme bir başlık ararken yukarıdaki şekilde *arabulucunun rolüne ilişkin yaklaşımlar* tercihinin benimsenmiş olmasını anlamsız bulmamak gerekir. Arabulucunun rolü, süreç içinde benimsenen yaklaşımı tespit etmek noktasında önemli bir kıstas olmakla birlikte, arabuluculuk sürecinin *klasik ve en basit anlamıyla* tarafsız üçüncü kişi *desteğinde* yürütülen bir müzakere süreci olarak tanımlanabilmesi, müzakere yaklaşımlarının da bu başlık altında incelenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Böyle bir incelemeye gidilmesine bir başka gerekçe, gerek dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımının gerek diğer yaklaşımların, *ilgili oldukları* müzakere yaklaşımları ile aralarındaki yakın ilişkidir. Tüm bunlardan önce, müzakerelerin (ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin) çatışma ve uyuşmazlık aşamasındaki sorunları gidermeye yönelmesi, bu kavramlar (çatışma ve uyuşmazlık) ile ilgili genel perspektiften bir bilgi verilmesini mantıklı kılmaktadır. Bu doğrultuda, çalışmanın ikinci bölümünde öncelikle anılan kavramlar üzerinde durulacaktır.

2.1.1. Çatışma ve Uyuşmazlık Kavramları

Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını anlayabilmek için, müzakere yaklaşımlarının öncelikli olarak ele alınmasında fayda vardır. Bunun için de ilk olarak *çatışma*³⁰⁴ (**conflict**) ile *uyuşmazlık*³⁰⁴ (**dispute**) kavramlarına kısaca değinmek gerekmektedir: Literatürde *çatışma* (**conflict**) ile *uyuşmazlık* (**dispute**) kavramları

³⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, çatışma(k) kelimesinin sözlük anlamı göz önüne alınırsa “Söz, iddia veya davranış birbirini tutmamak, birbirini çelmek, mütenakız olmak” şeklindeki karşılık veya “görüş ve kanıların aykırılığından doğan karşılık” şeklindeki terimsel karşılığı (TDK Yöntembilim Terimleri Sözlüğü) ön plana çıkacaktır. Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57ac20490dfd96.49992736

(11.

8.2016);

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57ac20f000fe58.72407989 (11.8.2016). Fakat kabul etmek gerekir ki, uyuşmazlık çözüm alanı açısından *çatışma* terimi daha spesifik bir anlama sahip olmaktadır. Aynı yargıya uyuşmazlık terimi açısından ulaşmak da mümkündür. Bkz.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.57ac22d278b705.26318274 (11.8.2016).

arasında ince farkların bulunduğuna işaret edildiğini görmek mümkündür³⁰⁵. Gerçekten çatışmayı, iki veya daha fazla kişi ya da grubun, farklılıklarının bilincinde olduğu karşıtlık durumu; buna mukabil uyumsuzluğu, söz konusu farklılıkları gidermek için bir takım girişimlerde bulunma durumu olarak izah eden cümleler³⁰⁶ bu hassasiyeti ortaya koymaktadır. Açıkçası böyle bir hassasiyetin kabul edilmesinde dahi, çatışmanın içsel bir durumu ifade edeceği söylenemez³⁰⁷. Uyumsuzluğu çatışmadan ayırmaya yönelik, uyumsuzluk aşamasında çözüm sürecine hâkim, hakem veya arabulucu gibi üçüncü kişinin müdahil olması kıstasının³⁰⁸ ise *çatışmanın, uyumsuzluğa dönüşmekle hukuk alanına girmesi* argümanına³⁰⁹ nazaran oldukça geniş bir çerçevede benimsenebilecek bir kıstas olmayacağı fikrindeyiz.

Dönüştürücü arabuluculukla ilgili literatüre bakıldığında, bu yaklaşımın genellikle *çatışma dönüşümü (conflict transformation)* ile birlikte anıldığı görülecektir³¹⁰. Bununla birlikte *uyumsuzluk (dispute)* teriminin, özellikle arabuluculuk bağlamında, dönüştürücü yaklaşımla birlikte hiç anılmadığını söylemek de mümkün değildir³¹¹. Acaba böyle bir durum karşısında –en azından bu çalışma bağlamında- dönüştürücü yaklaşımı

³⁰⁵ Mesela bkz. Nadja Alexander, "The Mediation MetaModel: Understanding Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, 26 (1), 2008, 97-123, 117.

³⁰⁶ Mesela bkz. Şahin-Ceylan, 76; Richard L. Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law & Society Review*, 8 (2), 1974, 217-347, 229-230.

³⁰⁷ Bkz. Şahin-Ceylan, 93-94; Abel, 227.

³⁰⁸ Bkz. Şahin-Ceylan, 99; Abel, 227.

³⁰⁹ Bkz. Şahin-Ceylan, 112. *İhtilafların ele alınması teorisi (Streitbehandlungstheorie)* zaman açısından birbirini izleyen ve fakat her zaman hepsinin yaşanması zorunluluğu olmayan ve bazılarını aşmak hususunda taraflara inisiyatif tanıyan; bilgilendirme, değerlendirme, arabuluculuk, üçüncü kişinin kararı ve son çare olarak mahkeme şeklindeki beş unsurdan oluşmaktadır (Yıldırım, "Tasarı", 35; Yıldırım, "AUÇY", 338).

³¹⁰ Mesela bkz. Christopher Harper, "Mediator as Peacemaker: The Case for Activist Transformative - Narrative Mediation", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2006, 595-611, 599-600; Robert A. Baruch Bush/Sally Ganong-Pope, "Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3 2002, 67-96, 77 vd; Robert J. Condlin, "The Curious Case of Transformative Dispute Resolution: An Unfortunate Marriage of Intrasigence, Exclusivity, And Hype", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 14 (3), 2013, 621-681, 649.

³¹¹ Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını uyumsuzluk kavramıyla ilişkilendirme eğilimindeki ifadeler – ki bunların büyük bir kısmının uygulamaya yönelik yayınlar olduğunu söylemek çok yanlış olmayacaktır- misal olarak bkz. Barbara McAdoo, "Transformative Mediation and Its Role in Changing Corporate Culture", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 1 (1), 1999, 12-15, 14; Patricia L. Franz, "Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 13 (3), 1998, 1039-1070, 1039. Vurgulamak gerekir ki burada verilen örnekler dönüştürücü yaklaşımı çatışma değil de, uyumsuzluk çözümü yaklaşımı olarak ele alan görüşler anlamında olmayıp sadece dönüştürücü arabuluculuğu uyumsuzluk çözüm süreci olarak nitelendirme noktasında çekimser kalmayan –diğer deyişle böyle bir hassasiyet hissetmeyen- ifadeleri içeren örnekler anlamındadır.

anlatırken uyuşmazlık ve çatışma kavramlarından birini tercih etmek noktasında rijit bir tercihi benimsemeye gerek var mıdır? Açıkçası böyle bir tutum içine girmeyi gerekli kılacak sağlam bir argüman bulmanın zor olduğu *fikrindeyiz*³¹². Gerçekten çatışmanın, uyuşmazlıktan önceki bir aşama olarak kabul edilmesinde dahi, dönüştürücü yaklaşımı bir uyuşmazlık çözüm yaklaşımı olarak nitelendirmek noktasında önemli bir engelin mevcut olmadığını söylemek gerekir. Peki, neden literatür, dönüştürücü yaklaşımı bir çatışma dönüşümü yaklaşımı olarak ele alma eğilimindedir? *Fikrimizce* böyle bir eğilimin oluşmasına sebep olan temel husus, dönüştürücü yaklaşımın –ileride ayrıntılı şekilde görüleceği üzere- arabuluculuk sürecini salt şekilde uyuşmazlık konuları üzerinde bir anlaşmaya varma süreci olarak görmemesi, çatışmayı doğuran arka plandaki sebeplere odaklanması, bu bağlamda tarafların duygularının dışa vurulmasına önem vermesi, kısaca arabuluculuk süreci içindeki etkileşimin boyutlarını belirli uyuşmazlık konularının ötesine taşımasıdır.

Baruch Bush/Folger çatışmayı açıklayan üç temel çatışma teorisinin, *güç teorisi* (**power theory**), *haklar teorisi* (**rights theory**) ve *ihtiyaçlar teorisi* (**needs theory**) olduğunu ve istemci beklentilerinin bu üç farklı çatışma teorisinden her birini yansıttığını varsayan arabulucu bulunduğunu ifade etmektedir³¹³. Yazarlar, dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını bu çatışma teorilerine ekledikleri *çatışmanın dönüştürücü teorisi* (**transformative theory of conflict**) üzerine inşa etmektedir. Yazarların bu teorisine göre, insanların çatışma hakkında en önemli buldukları husus, ne kadar önemli olursa olsun, bazı haklarının, menfaatlerinin ya da hedeflerinin engellenmesi olmayıp onları kendilerine ve başkalarına karşı rahatsız edici ya da uygunsuz şekilde tavır sergilemeye yönlendirmesi, hatta zorlamasıdır³¹⁴. Daha spesifik olarak çatışma, tarafları, kendi güçlerine ve diğerlerine bağlılıklarına duydukları inançtan uzaklaştırmakta; bu

³¹² Belirtmek gerekir ki bu çalışma açısından *çatışmanın, uyuşmazlığa dönüşmekle hukuk alanına girmesi* argümanına (bkz. Şahin-Ceylan, 112) bağlı kalınmamıştır. Zira *fikrimizce* çatışma aşamasında dahi tarafların bir çözüm arayışına girmesi, sorunu müzakere etmesi, aralarındaki sorunun aslında *hukuki çözümlüyle* ilgilidir. Bu çalışmanın birinci bölümünde de belirtildiği üzere, arabuluculuk, bir uyuşmazlığın hukuki çözümüyle ilgilidir. Tarafların bu çözüm yönteminde, menfaat temelli bir bakış açısı sergilemesi ve uyuşmazlığın da bu ekseninde çözümlenmesi, üretilen çözümün hukuki bir anlamı olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Aynı durum, müzakere için de geçerlidir. Bununla birlikte, *çatışma* teriminin, *uyuşmazlık* teriminden daha geniş ve derin bir sorun anlamına geldiği algısı (bkz. Alexander, 102) dönüştürücü yaklaşımın çatışma dönüşümü bağlamında ele alınması ihtimalinde, hukuk dışında kalan *çatışma* konularının çözümünü de içeren bir anlama sahip olacaktır.

³¹³ Bkz. Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 44.

³¹⁴ Bkz. Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 45-46.

yolla insani ilişkileri sekteye uğratmakta ve ilişkilerin sekteye uğramasına ilişkin bu kriz, çatışma deneyimi hakkında taraflarca en ciddi, önemli bulunan ve rahatsız edici olan husus olmaktadır³¹⁵. *Baruch Bush ve Folger*, yukarıdaki dört çatışma teorisini geçerli kabul etmekle birlikte, teorik veya uygulama bazında bunların birbirlerine entegre edilebileceğine veya birleştirilebileceğine inanmadıklarını dile getirmektedir³¹⁶.

2.1.2. Müzakere

Müzakere kavramı ile ilgili daha önce³¹⁷ açıklamalarda bulunulduğu için, burada tekrar tanımlanmayacaktır. Buna mukabil, arabuluculuğun temelinde müzakere yattığı için bu başlık altında, dönüştürücü yaklaşımın diğer yaklaşımlar arasındaki konumunun daha sağlıklı algılanabilmesi için ilk olarak müzakere sürecinde taraflar arasında ortaya çıkabilecek etkileşim çeşitleri inceleme konusu yapılacak, ardından öğreti ve uygulamada genel olarak kabul edilen belli başlı müzakere çeşitlerine değinilecektir³¹⁸. Şimdiden vurgulamakta yarar vardır ki, gerek müzakere sürecinde etkileşim çeşitleri gerek müzakere türleri, birçok açıdan birbiri yerine algılanmaya müsait kavramlardır. Bununla birlikte, aşağıda müzakere çeşitleri ele alınırken, her bir müzakere çeşidinin hangi etkileşim çeşidini temel aldığına yeri geldikçe değinilmeye çalışılacaktır.

2.1.2.1. Müzakere Sürecinde Etkileşim Çeşitleri

Etkileşim kıstası, müzakere süreci içinde tarafların birbirleriyle olan etkileşimin türünü esas almaktadır³¹⁹. Öğretide bir görüş, bu kıstasa göre müzakere çeşitlerini *konumsal-dağıtıcı pazarlık görüşmeleri (positional-distributive bargaining discourse)*, *menfaat temelli veya bütünleyici uzlaşma görüşmeleri (interest-based or integrative negotiation discourse)* ile *dönüştürücü, güçlendirici ve iyileştirici iletişim görüşmeleri (transformative, restorative, and healing dialog discourse)* şeklinde üçe ayırarak incelemektedir³²⁰. Başka bir görüş ise, söz konusu etkileşim türlerini dört sınıfta

³¹⁵ Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 46.

³¹⁶ Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 45.

³¹⁷ Bkz. dn. 105 civarı.

³¹⁸ Açıkçası ne etkileşim türleri açısından ne çeşitleri açısından müzakere türleri burada sayılanlardan ibaret değildir. Aynı ya da benzer hususları dile getirmekle birlikte, farklı şekillerde adlandırmalara rastlamak mümkündür. Bu hususta bkz. Andrea Kupfer-Schneider, "Teaching a New Negotiation Skills Paradigm", *Journal of Law & Policy*, 39 2012, 13-37, 21.

³¹⁹ Bkz. Alexander, 102.

³²⁰ Alexander, 102.

incelemektedir³²¹: *Edimsel müzakere (performative negotiation), dağıtıcı müzakere (distributive negotiation), bütünleyici müzakere (integrative negotiation) ve dönüştürücü müzakere (transformative negotiation)*. Her iki görüş arasında esaslı bir fark bulunmamakla birlikte, aşağıda etkileşim çeşitlerinin ele alınmasında ikinci görüş benimsenmiştir.

2.1.2.1.1. Edimsel Müzakere

*Edimsel müzakerenin amacı, (özellikle yüksek gerilimli uyuşmazlıklarda) çatışma konularının anlatımını, tarafların birbirlerini gönüllü bir şekilde dinleyerek farklı bakış açılarına açık hale gelmelerini sağlayacak samimi bir iletişime dönüştürmektir*³²². Edimsel müzakerede, çatışma konularının anlatımını samimi bir iletişime dönüştürmek üzere şu altı adım izlenir³²³: *İlk olarak, tarafların birinci ağızdan ve şimdiki zamanda konuşmalarını teşvik eden sorular sorularak anlatımın, geçmiş zamandan şimdiki zamana taşınması sağlanır. Ayrıca taraflar, kendi gerçekliklerini ve hislerini açığa vurmak noktalarında desteklenir. İkinci olarak, karşı tarafın anlatımının dikkatli bir şekilde dinlenilmesi temin edilerek, aynı fikirde olunmasa dahi onun bakış açısının anlaşıldığı izlenimi uyandırılır. Üçüncü olarak, karşı tarafın talepleri, bir tehditten ziyade olasılık olarak algılanarak bu olasılıklar, öncelikli olarak gizli talepler, imtiyaz fırsatları ve açığa vurulmamış menfaatler için araştırılır. Dördüncü olarak, taraflar yekdiğerinin kendi doğrularını anlatmak hususunda istekli olduğunu varsayar. Beşinci olarak, şu andaki ve gelecekteki istekler hakkında konuşulur. Son olarak, engellerin, yanlış anlaşılmalardan ve hatalı varsayımların üstesinden gelmek noktasında konuşma ihtiyacı ihtimali kabul edilir.*

2.1.2.1.2. Dağıtıcı Müzakere

Dağıtıcı müzakerede her bir taraf, kaynakların –ki bu kaynak genellikle paradır– değişmez ve kısıtlı olduğunu varsayar ve diğer taraf zararına olma pahasına kaynakların kendisi için olduğu iddiasına girer³²⁴. Para üzerine olan uyuşmazlıklarda, genellikle

³²¹ Bkz. James R. Holbrook, "Using Performative, Distributive, Integrative, And Transformative Principles in Negotiation", *Loyola Law Review*, 56 (2), 2010, 359-374, 359 vd. Son olarak, bu etkileşim türlerinin bir bölümünün, müzakere teorileri kavramı altında incelendiğini görmek de mümkündür. Mesela bkz. Elif Kısmet Kekeç, *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2016, 44-45. Yazar *dağıtıcı müzakere ile bütünleyici müzakereyi*, müzakere teorileri başlığı altında incelemektedir.

³²² Holbrook, 360.

³²³ Bkz. Holbrook, 362.

³²⁴ Holbrook, 363. Ayrıca bkz. Kupfer-Schneider, 15, 20.

müzakere kuvvetleri arasında bir dengesizlik mevcuttur³²⁵. Eğer taraflardan biri, diğerine nazaran daha cazip bir alternatifte sahip ise, müzakere edilmiş bir anlaşmaya ulaşmak hususunu diğer tarafa nazaran daha az önemseyecektir; bu durum başka bir perspektiften, müzakere gücü daha az olan tarafın, daha az arzulanacağı bir alternatifi engellemek üzere, şartlar tam olarak isteklerini yerine getirmese dahi genellikle anlaşma yapmaya daha istekli olduğu anlamına gelecektir³²⁶. Dağıtıcı müzakerenin amacı, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir anlaşmaya ulaşmaktır³²⁷. Diğer deyişle, bu müzakere, tarafların, açılış pozisyonlarından hareket ederek anlaşmaya varmak yönünde sürekli artan marjinal ödünler verdiği, *doğrusal ödün verme (linear concession making)* üzerinde durur³²⁸.

2.1.2.1.3. Bütünleyici Müzakere

Menfaat temelli müzakere olarak da bilinen³²⁹ *bütünleyici müzakere*, daha hasmi olma eğilimindeki (ve genellikle paraya odaklanan) dağıtıcı müzakerenin aksine, gerek kaynak kullanımının gerek kişisel çıkarların daha geniş bir görüntüsünü ele alır³³⁰. Bütünleyici bir müzakere, genellikle her iki tarafın önemli ihtiyaçlarını tatmin eden çözüm türlerini araştırır³³¹. Her iki taraf da, önemli konular üzerine odaklanıp ikinci derece önem arz eden noktaları geri planda tutarak müşterek problemlerini, karşılıklı olarak kabul edilebilecek bir yolda şekillendirir³³². Bütünleyici müzakereyi benimseyen taraflar, birbiriyle örtüşen anlatımlar sunma eğiliminde olup anlaşmalarını gerektirebilecek bireysel menfaatlerinin tatminine odaklanır³³³. Bütünleyici müzakerenin amacı uyuşmazlığın çözümü olmakla birlikte, buradaki çözüm, basit bir anlaşmadan öteye giderek tarafların daha derinde yatan esaslı menfaatleri ve ihtiyaçlarına değinen bir

³²⁵ Holbrook, 363.

³²⁶ Holbrook, 363.

³²⁷ Alexander, 102.

³²⁸ Alexander, 102. Ayrıca bkz. Chris Guthrie, "Principles of Influence in Negotiation", *Marquette Law Review*, 87 2004, 829-837, 834.

³²⁹ Alexander, 102.

³³⁰ Holbrook, 364-365; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 10. Ayrıca bkz. Alexander, 102.

³³¹ Holbrook, 365. Bütünleyici müzakere anlayışı, tarafların emel menfaatleri, ihtiyaçları, güdülerine odaklanmak ve tarafların pozisyonları, talepleri, yasal hakları veya iddiaları yerine daha çok bunlarla ilgilenmek suretiyle, onları sınırlı kaynaklarla ilgili dağıtıcı yaklaşım ve mücadele varsayımlarının ötesine taşır. Bkz. Alexander, 102.

³³² Holbrook, 365. Ayrıca bkz. Kupfer-Schneider, 16.

³³³ Holbrook, 365.

görünüm halini alır³³⁴.

2.1.2.1.4. Dönüştürücü Müzakere

Bazı çatışmalarda taraflar arasındaki ilişki, yüzleştikleri soruna belirli bir çözüm bulmaktan daha önemlidir³³⁵. Bir ilişkide bozulma gündeme geldiğinde taraflarda kızgın, suçlayıcı, adaletsiz, pişmanlık, utanç, savunmasızlık gibi duygular baş gösterebilir ve her tepki tarafları kendi sorumluluklarından saptırabilir³³⁶. Edimsel müzakerede olduğu gibi taraflar, uyuşmazlıklarından kimin sorumlu olduğu hakkında çatışmalı anlatılara sahip olup geçmişe saplanıp birbirlerini suçlama eğilimi içindedirler³³⁷. Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği bir müzakerede ise taraflar, birbiriyle yarışan bireysel anlatılarını, kendi ilişki sorunlarındaki paylarını anladıkları *üçüncü bir anlatı* içinde karıştırma girişiminde olmalıdır³³⁸. Bu nedenle tarafların, bugüne odaklanması ve nasıl hissettiklerini açığa vurması; farklı bir yolda birbirleriyle ilgili imkânlar hakkında konuşmaya başlaması gerekmektedir³³⁹.

Dönüştürücü müzakerede taraflar, kendi çatışmalarının tabiatını anlamak zorunda olduğundan, *öz farkındalık (self-awareness)*, ciddi gözlemeleme, sonradan gelen yansıtma ve düzeltme, dürüstlük ve özellikle empati kurma yeteneklerine sahip olmak zorundadır³⁴⁰. Göz teması, (düz bir şekilde oturup ilgiyi ifade etmek üzere ileri doğru eğilmek gibi) olumlu vücut duruşu, gülümseme ve olumlu anlamda baş sallamak gibi etkili dinlemeye ilişkin teknikler dönüştürücü bir müzakere sırasında tarafların ilişkilerini geliştirebilir³⁴¹.

2.1.2.2. Öne Çıkan Müzakere Yaklaşımları

Birçok müzakere yaklaşımından bahsetmek mümkün olmakla birlikte³⁴²,

³³⁴ Alexander, 102.

³³⁵ Holbrook, 366. Ayrıca bkz. Gerald R. Williams, "Negotiation as a Healing Process", *Journal of Dispute Resolution*, 1996 (1), 1996, 1-66, 45.

³³⁶ Bkz. Holbrook, 366.

³³⁷ Holbrook, 366.

³³⁸ Holbrook, 366. Dönüştürücü müzakere yaklaşımının uygulanabileceği alanlara misaller için bkz. Holbrook, 373. Ayrıca: Aisling Swaine, "Law and Negotiation: A Rol for a Transformative Approach?", *Global Policy*, 7 (2), 2016, 282-287, 284.

³³⁹ Holbrook, 366.

³⁴⁰ Bkz. Holbrook, 366-367.

³⁴¹ Holbrook, 367.

³⁴² Elbette uygulamadaki müzakere yaklaşımları ifade edilirken kullanılan terim tercihleri bunlardan ibaret

yukarıdaki etkileşim türleri esas alınarak oluşturulmuş dört temel müzakere yaklaşımının olduğunu söyleyebilir: *Mücadeleci yaklaşım; işbirlikçi yaklaşım; problem çözücü yaklaşım; iyileştirici yaklaşım*³⁴³. Bununla birlikte öğretilerde bu dörtlü ayırım yerine iki temel yaklaşıma indirgenen ayrımlara rastlamak da mümkündür³⁴⁴: *problem çözücü* veya *işbirlikçi* müzakere ile *hasmi (adversarial)* veya *mücadeleci* müzakere. Yine öğretilerde birçok müzakere mücadeleci ve işbirlikçi müzakere taktiklerinin bir kombinasyonunun hem yeterli hem de etkili olduğu ifade edilmektedir³⁴⁵.

2.1.2.2.1. Mücadeleci Yaklaşım

Alternatif uyuşmazlık çözümü literatüründe, mücadeleci müzakere deyimini genellikle müzakerecinin yüksek taleplerde bulunması ve az tavizler vermesi ve süreç içinde tarafların birbirlerine karşı olan tutumları sebebiyle müzakere alanında stres ve baskı oluşmasına sebep olan *hasmi* bir müzakere stiline işaret etmektedir³⁴⁶. Mücadeleci yaklaşımı benimseyen bir müzakerecinin temel hedefi, karşı tarafı şu üç önermenin doğru olduğuna ikna etmektir³⁴⁷: *Kendisinin, taahhüt ettiğinden daha fazla ödün vermeyeceği; kendi öne sürdüğü koşullarda oluşturulacak bir anlaşmanın, karşı tarafın daha önce kabul etmeye istekli olduğu koşullardan daha faydalı olacağı; bir anlaşmaya ulaşılmamasının karşı tarafa getireceği maliyetlerin, onun daha önce fark ettiğinden çok daha fazla olacağı*³⁴⁸.

Dağıtıcı temelli bir müzakere yaklaşımı olan *mücadeleci* yaklaşım, müzakere sürecinde tarafların *bazen farkında olmadan* benimsedikleri bir müzakere anlayışı

değildir. Farklı terim tercihlerine misal olarak bkz. Gary T. Lowenthal, "A General Theory of Negotiation Process, Strategy, and Behavior", *Kansas Law Review*, 31 (1), 1982, 69-114, 95 vd.

³⁴³ Karş. Kupfer-Schneider, 24 vd.

³⁴⁴ Bkz. Talibah Peugh, "Alternative Dispute Resolution: A Study of The History and Function of ADR Techniques as Mechanisms For International Peacekeeping", *Thurgood Marshall Law Review*, 25 2000, 139-169, 158; Jeffrey C. Y. Li, "Strategic Negotiation in the Greater Chinese Economic Area: A New American Perspective", *Albany Law Review*, 59 (3), 1996, 1035-1081, 1045. Ayrıca bkz. Lowenthal, 74. *Lowenthal* mücadeleci ve işbirlikçi ikili ayırımının müzakere sürecindeki tüm taktiklerin kapsamlı bir açıklamasını yapmaya yönelik olmadığını eklemektedir.

³⁴⁵ Bkz. Lowenthal, 75.

³⁴⁶ Bkz. Hanson Lawton, "Negotiation From Strength: Advantage Derived From The Process and Strategy of Preparing For Competitive Negotiation", *Pepperdine Law Review*, 14 1987, 839-861, 839. Bu müzakerecinin felsefi temelleri için kısaca bkz. Peugh, 159; Li, 1046.

³⁴⁷ Lowenthal, 83.

³⁴⁸ Mücadeleci müzakereci, sadece elde edileceği kadarını elde etmeye kararlı olmamakta, anlamlı bir kazanç elde etmek adına bir anlaşmaya ulaşamama riskini de üzerine almaktadır (Gary Goodpaster, "A Primer on Competitive Bargaining", *Journal of Dispute Resolution*, 1996 (2), 1996, 325-377, 342).

olabilmektedir³⁴⁹. Bu yaklaşım doğrultusunda hareket eden taraflar, *kazanan* olmaya odaklanır³⁵⁰. Bu doğrultuda mücadeleci müzakereciler, kendilerini *rijit* bir pozisyona çekerek, bir anlaşmanın ancak bu pozisyonlarını koruyan şartları ihtiva etmesi halinde söz konusu olabileceği algısını oluşturan bir iletişimi benimserler³⁵¹. Taraflar arasında geçmişten gelen bir ilişkinin mevcut olmadığı veya böyle bir ilişki olmakla birlikte, bunun öneminin göz ardı edilebileceği mücadeleci yaklaşımda, hukuki durum veya iddialar, istekler üzerine yoğunlaşılır³⁵². Mücadeleci yaklaşımda, tarafların istedikleri yönde bir anlaşma sağlamak üzere baskı kurucu, karşı tarafı tedirgin edici ve bazen de yanlış yönlendirici taktikler kullanması olasıdır³⁵³.

İçinde buldukları rekabet psikolojisi, karşı tarafa güven duyulmaması, taraflardan birinde durumu kontrol edebilecek bir pazarlık gücünün bulunması, karşı tarafın mücadeleci yöntemlere yatkın olduğunun bilinmesi, taraflar arasındaki ilişkinin gelecek açısından bir öneminin bulunmaması gibi birçok sebep tarafları, müzakere sürecinde mücadeleci yaklaşımı benimsemeye itebilmektedir³⁵⁴. Mücadeleci yaklaşıma iş uyuşmazlıklarında, sigorta ve benzeri hak talebi içeren uyuşmazlıklar ile göreceli olarak daha az deneyimi olan tarafla daha tecrübeli olan taraf arasındaki bir defalık ilişkilerde sıkça rastlanmaktadır³⁵⁵. Müzakere sürecinde mücadeleci bir yaklaşımın benimsenmesi, anlaşmaya ulaşma ihtimalini azaltabileceği gibi ulaşılan anlaşma gerçek anlamda bir *kazan – kazan* modeli üzerine inşa edilmemiş olacağından, bu anlaşmanın taraf ilişkilerini ayakta tutma fonksiyonu oldukça düşük olabilecektir³⁵⁶.

2.1.2.2.2. İşbirlikçi Yaklaşım

Mücadeleci yaklaşım gibi *dağıtıcı* müzakere temelli bir yaklaşım olan *işbirlikçi (cooperative)* yaklaşımı, taraf isteklerinin makul düzeye çekildiği bir yaklaşım olarak

³⁴⁹ Kekeç, 46. Müzakereci tarafların bireysel çıkarlarının birbiriyle doğrudan çatışması ve her bir tarafın kendi çıkarlarını arttırmayı aradığı durumda, her iki taraf müzakere sürecini kazanmak için normal olarak mücadeleci yaklaşımı benimsemektedir (Lowenthal, 73).

³⁵⁰ Kekeç, 46; Lowenthal, 74; Peugh, 159; Li, 1046; Goodpaster, 342.

³⁵¹ Bkz. Lowenthal, 74.

³⁵² Kekeç, 46-47; dağıtıcı müzakere bağlamında ayrıca bkz. Alexander, 102.

³⁵³ Bkz. Kekeç, 47; Goodpaster, 342. Ayrıca bkz. Lowenthal, 74.

³⁵⁴ Kekeç, 47.

³⁵⁵ Kekeç, 47; Goodpaster, 376.

³⁵⁶ Bkz. Kekeç, 48.

nitelendirmek mümkündür³⁵⁷. *İşbirlikçi – uyuşma (cooperative - compromise)* müzakere yaklaşımı, bazen *uyumlu müzakere (soft bargaining)*, *biraz kazan – biraz kaybet (win – some – lose - some)* ya da *karşılıklı fedakârlık (give – and – take)* müzakeresi şeklinde anılmaktadır³⁵⁸. İşbirlikçi müzakere teorisi, çatışma içindeki tarafların ortak menfaatlerinin olduğuna ve uyuşmazlığı çözmek noktasında birlikte hareket ederlerse, bu menfaatlere ulaşabileceklerini varsayar³⁵⁹. Bu yaklaşıma göre eğer müzakere her iki taraf üzerinde yaklaşık olarak eşdeğer tavizleri içerir ve *süreç sonundaki anlaşma (final deal)* tatminkâr (ya da adil) olursa, taraflar müzakere sürecinin başarılı olduğunu varsayar -ki bu başarı algısı, taraflar arasındaki ilişki için bir takım endişeyi ifade eder³⁶⁰. Sonuç her iki taraf için de kabul edilebilir olduğu sürece, tatminkâr kabul edilip böyle bir yaklaşım, iyi ilişkilerin ayakta tutulması ve her halükarda bu ilişkilere zarar verilmemesine yönelik bir kaygıyı yansıtabilir³⁶¹.

İşbirlikçi müzakerecinin hedefleri, mücadelecî yaklaşımı benimseyen bir müzakerecinin hedeflerinden farklı olduğu için, problem çözücü müzakeredeki iletişim modelleri *hasmi (adversarial)* müzakeredeki iletişim modellerinden farklıdır³⁶²: İşbirlikçi mücadelenin vurgulanan önermesi, diğer tarafın menfaatlerine zarar vermeye gerek olmaksızın her bir tarafın kazancını maksimize (veya kayıplarını minimize) edebileceği şeklindedir. Bunun için, iki ya da daha fazla müzakereci tüm taraflar için en faydalı olacak çözümün arayışı içine girmelidir.

İşbirlikçi yaklaşımın başarılı olabilmesi için, her iki tarafça bu yaklaşımın benimsenmiş olması gereklidir. Zira taraflardan birinin işbirlikçi, diğer tarafın mücadelecî bir tutum sergilemesi halinde, işbirlikçi yaklaşım, mücadelecî yaklaşım tarafından baskı altına alınabilecektir³⁶³. Bir ya da daha fazla taraf, işbirlikçi müzakere yoluyla karşılıklı kazanımların artacağı yönünde bir potansiyel görmesine rağmen, bazen müzakereciler kuşkucu ve samimiyetsiz ilişkilerle mücadelecî müzakere

³⁵⁷ Bkz. Kekeç, 49.

³⁵⁸ Goodpaster, 327.

³⁵⁹ Peugh, 158-159; Li, 1045. Ayrıca bkz. Goodpaster, 327.

³⁶⁰ Goodpaster, 327.

³⁶¹ Goodpaster, 327.

³⁶² Lowenthal, 88.

³⁶³ Bkz. Kekeç, 49-50.

yaklaşımını benimsemiş olabilir³⁶⁴. Devam eden müzakereler sırasında mücadeleci bir modelden işbirlikçi bir tutuma geçilmesi oldukça zor olabilir; zira mücadeleci yaklaşımı benimseyen bir müzakereci, kendi inanılabilirliğine hanel getirmeden rijit bir şekilde kendini adadığı pozisyondan kolaylıkla vazgeçemeyecektir³⁶⁵.

İşbirlikçi yaklaşım, birçok açıdan mücadeleci yaklaşımla zıttır³⁶⁶: İşbirlikçi yaklaşımı benimseyen müzakereciler, belirli konumlara kendilerini saptamak yerine, esnek olma eğilimindedir. Yine bu yaklaşımı benimseyen müzakereciler, taraflardan birinin diğer tarafa oranla kaybeden konumda olmasına gerek olmayan çözümleri aramaya odaklanırlar. Bu yaklaşımda taraflar, taviz verebilecekleri aralığı birbirlerine açıklamaya yanaşır ve birbirlerinin fikirlerini, argümanlarını açık fikirlikle dinlerler. Daha da ötesi, işbirlikçi yaklaşımı benimseyen bir müzakereci için, bireysel kazanımların maksimize edilmesinin öncelikli hedef olarak görülmesine gerek yoktur. Diğer tarafla devam eden ilişkilerin düzenlenmesi veya geliştirilmesi gibi diğer değerler, müzakere neticesinde elde edilen kazanımların büyüklüğünden daha önemli olabilir.

2.1.2.2.3. Problem Çözücü Yaklaşım

Bütünleyici müzakereyi esas alan problem çözücü yaklaşım, uyuşmazlığın çözümüne odaklanarak her iki tarafın menfaatlerinin tatmin edilmesini amaçlayan *menfaat temelli* bir müzakere yaklaşımıdır³⁶⁷. Bu müzakere yaklaşımı genellikle *bütünleyici (integrative)* veya *problem çözücü (problem solving)* yaklaşım olarak isimlendirilmekle birlikte, *menfaat müzakeresi (interest bargaining)* veya *pozitif toplamlı (positive-sum)* ya da *kazan – kazan (win – win)* müzakere şeklinde de anılabilmektedir³⁶⁸. Mücadeleci müzakerenin taraflarından sadece biri, işbirlikçi yöntemi benimsemekte bir değer farkına varırsa, kalan taraf(lar)ın problem çözücü yaklaşımı benimsemesine yardımcı olmak üzere birçok stratejinin izlenmesi mümkündür³⁶⁹.

Bütünleyici veya problem çözücü müzakerede, taraflar, diğer müzakere taraflarının yanı sıra kendi menfaatlerini tatmin etmeyi hedefler; başka bir ifadeyle, hem kendi

³⁶⁴ Lowenthal, 112-113.

³⁶⁵ Lowenthal, 112-113.

³⁶⁶ Lowenthal, 74.

³⁶⁷ Kekeç, 50.

³⁶⁸ Goodpaster, 327.

³⁶⁹ Lowenthal, 113.

kazanımlarını hem de diğer tarafların kazanımlarını maksimize etmeyi ararlar³⁷⁰. Taraflar bu hedefi, kendi kişisel menfaatlerini tatmin etmeye yönelik hangi karşılıklı edimlerde bulabileceklerini keşfetmeye yönelik işbirliği yaptıkları bir yöntemle başarırlar³⁷¹.

2.1.2.2.4. Diyalog Yaklaşımı

Diyalog (iyileştirici)³⁷² müzakere yaklaşımında, odak noktası taraflar arasındaki iletişim ve etkileşimdir³⁷³. Diyalog temelli yaklaşımın ardındaki temel fikir, tarafların yapıcı bir şekilde iletişim kurma imkânlarının olduğu ve bu yönden, uyuşmazlıklarını çözüp karara bağlamaya daha elverişli bir düzeye geldikleridir³⁷⁴. İyileştirici yaklaşım ilişkilerin düzeltilmesi, barıştırma, iyileştirme veya etkilenmiş, zarar görmüş bir grup veya topluluğun sosyal değişimi ve düzeltilmesi amacıyla kullanılabilir³⁷⁵. Diyalog temelli arabuluculuğun hedefleri çok çeşitli olup ilişkilerin dönüşümü ile zarar görmüş grup ya da topluluğun uzlaşımını, iyileşimini ve sosyal dönüşümünü içerir³⁷⁶.

2.2. ARABULUCULUK SÜRECİNİN MODELLENMESİ

Arbuluculuk, kısaca tarafsız üçüncü kişi yardımıyla yürütülen müzakere şeklinde tanımlanabilmekle birlikte, bu alternatif çözüm yönteminin taraflar arasındaki sorunlara henüz çatışma aşamasındayken yaklaşabilmesi ve bu nedenle çözümü oldukça geniş bir perspektiften ele alabilmesi, sorunların ne şekilde çözüme kavuşturulacağı sorusunun cevabının taraflara bırakılmış olması ve sürece katılan tarafsız üçüncü kişinin (arbulucunun) bu noktada karar verici olmaması sınırları içinde, gerek sorunun ele alınış tarzı gerek arbulucunun süreç içindeki rolü oldukça geniş sınırlara sahip olduğundan, birden fazla arabuluculuk modeline rastlamak mümkündür. Nitekim yukarıda adı geçen çatışma teorileri de bunu desteklemektedir. Buna ilave olarak *fikrimizce* bu yöntemin *şekilden bağımsız* bir karakter taşıması³⁷⁷ da sürecin *özellikle somut uygulamalar*

³⁷⁰ Goodpaster, 327-328.

³⁷¹ Goodpaster, 327-328.

³⁷² Kekeç, 56.

³⁷³ Kekeç, 56; Alexander, 102.

³⁷⁴ Alexander, 102.

³⁷⁵ Kekeç, 56; Alexander, 102-103.

³⁷⁶ Alexander, 103.

³⁷⁷ David A. Ruiz, "Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 15 (3), 2000, 851-882, 853; Alan Kirtley, "The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect

açısından bir yeknesaklığa kavuşturulmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Hâlihazırda bugün arabuluculuk türlerinin bir sayımını yapmak son derece güçtür. Bu güçlüğe rağmen özellikle öğreti, arabuluculuk yöntemini modellemekten geri durmamıştır. Hemen vurgulamak gerekir ki, söz konusu modeller ile kastedilen kesinlikle *mahkeme bağlantılı arabuluculuk – müstakil arabuluculuk* ayrımı gibi arabuluculuk çeşitleri değildir. Burada kastedilen öncelikle *farklılaşan arabuluculuk hedefi*³⁷⁸ kavramı ışığında, süreci farklılaştıran yahut (*Riskin şemaları gibi*) mevcut uygulamaların sağlıklı birer algısını oluşturabilmek amacıyla geliştirilen, *süreci sistematikleştirmeye yönelik* yaklaşımlardır. Böyle bir inceleme şekli benimsenirken, öğretilerde dile getirilen, *arabuluculuğa yönelik farklı yaklaşımların incelenmesinde sıklıkla gözden kaçırılan bir faktörün arabuluculuk hedefleri olduğu* şeklindeki argümanın³⁷⁹ dikkate alındığını belirtmekte yarar vardır.

Arabuluculuk sürecinin modellenmesi, gerek teorik düzlemde gerek arabuluculuk uygulaması düzleminde önemli faydaları da beraberine getirmektedir³⁸⁰. Gerçekten

Mediation Participants, the Process and the Public Interest", *Journal of Dispute Resolution*, (1), 1995, 1-54, 6. Ayrıca bkz. Fuller, 308.

³⁷⁸ Aslında arabuluculuk sürecini modellerken ele alınacak kıstaslar elbette farklılaşan arabuluculuk hedefi ile sınırlı değildir. Mesela *Alexander –fikrimizce* başlı başına bir model olmayan- *arabuluculuk metamodelini* süreç içinde taraflar arasındaki *etkileşim boyutu (interaction dimension)* ile uyumsuzluk çözümünde arabulucunun *müdahalesinin boyutu (intervention dimension)* üzerine kurmakta ve *uzman danışma arabuluculuğu (expert advisory mediation)*, *anlaşma arabuluculuğu (settlement mediation)*, *kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation)*, *değerlendirici arabuluculuk (wise counsel mediation)*, *gelenek-tabanlı arabuluculuk (tradition-based mediation)* ve *dönüştürücü arabuluculuk (transformative mediation)* şeklinde sıralanan yaklaşımları bu çatı altında incelemektedir. Bkz. Alexander, 101 vd. Belirtmek gerekir ki, arabuluculuk hedefi çerçevesinde yapılacak bir inceleme doğal olarak arabulucunun süreç içindeki rolünü de kıstas almayı gerektirecektir –ki, aşağıda konuyla ilgili yapılacak açıklamaların bir kısmının arabulucunun süreç içindeki rolü ile olması, bu doğal bağlantının bir sonucudur.

³⁷⁹ Bkz. Alexander, 105.

³⁸⁰ Tam bu noktada arabuluculuk modelleri neden faydalıdır sorusunu cevaplamaya yönelik öğretilerde dile getirilen şu ifadeler yer vermek isabetli olacaktır: "...Gerçek dünyayı soyut bir formda sistematize ettiğinden, sistemler ve modeller asla gerçekliği kopyalayamaz. Bununla birlikte, söz konusu model ve sistemler belirli bir konu hakkındaki düşüncemizi düzenlemek ve teoriler ile değerlerin arabulucu davranışlarını nasıl etkilediğini aydınlatmakta faydalıdır. Arabulucu eğilimleri -yani arabulucuların dünya görüşleri, paradigmaları, davranışları ve süreci nasıl yürüteceklerine dair tutumları- arabuluculuğun dinamikleri üzerinde bir etkiye sahiptir...Arabulucular için, bu modeller kendi uygulamalarının geniş arabuluculuk ve AUÇ dünyasında nereye uyduğunu anlamaları için ve kendi profesyonel becerilerini geliştirmelerinin temelinde nasıl mümkün olabileceği hususunda bir çerçeve sunar. Hukuki ve diğer profesyonel danışmanlar ve onların müşterileri için, modeller, alana ve özellikle arabulucular tarafından kabul edilen yaklaşımlar kümesine bir oryantasyon sağlar. Sistematik bir yaklaşım, arabuluculuk katılımcılarına arabulucularla ilgili akıllı seçimlerde bulunmalarına yardımcı olur. Bu ayrıca, onları arabuluculuk için hazırlanmalarında destekler. Zorunlu arabuluculuk programları bağlamında, mahkemeler ve diğer başvuru kuruluşlarının, arabuluculuk kullanıcılarını başvurmuş oldukları uyumsuzluk çözüm yöntemi hakkında bilgilendirme yükümlülüğü mevcuttur. Arabuluculuk modelleri, desteklemek

sürecin modellenmesi, mevcut yaklaşımların teorik bir düzlemde ele alınarak yeni yaklaşımların oluşturulmasını, anlaşılmasını ve mevcut yaklaşımlar arasındaki konumunun belirlenmesini kolaylaştırmaktadır. Uygulama açısından ise arabulucular, bu modelleri kullanarak kendi uygulamalarının teorik düzlemle ne kadar örtüştüğünü daha kolay bir şekilde tespit edebilmektedir. Mesela kolaylaştırıcı yaklaşımı benimseyen arabulucular, (aşağıda genel hatlarıyla ele alınacak) *Riskin* modellemesini kullanarak kendi uygulamalarının gerçekte bu yaklaşımla ne kadar uyduğunu görebilecektir.

Konuyu arabuluculuk modellerinden dönüştürücü yaklaşıma getirebilmek için, öncelikle bu yaklaşımın benimsediği *arabuluculuk hedefi* algısının klasik anlayıştan nasıl uzaklaştığını izah etmekte yarar vardır. Bu doğrultuda devam eden başlıklar, arabuluculuk hedefine yönelik klasik anlayışı ve bu anlayıştan nasıl uzaklaştığını - dolayısıyla ilişkisel bakış açısını kabul eden yeni yaklaşımlara nasıl kucak açıldığını - genel perspektiften açıklamaya (2.2.1.) ve dönüştürücü yaklaşımın izlerini öğretilen sıklıkla adı geçen ve birçok çalışmaya (ayrıca eleştirilere) konu olan *Leonard L. Riskin*'in şemalarında (Riskin Grids) sürmeye (2.2.2.) yönelik olacaktır. Sonrasında ise arabuluculuk sürecinde ilişkisel bakış açısına belirginlik kazandıran iki temel yaklaşım, *öyküleyici arabuluculuk* (2.2.3.1.) ve *dönüştürücü arabuluculuk* (2.2.3.2.) yaklaşımları ele alınacaktır.

2.2.1. Klasik Anlayıştan Uzaklaşmak

Bir uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuğun tercih edilmesiyle ulaşılmak istenilen hedefin ne olduğu, yani arabuluculuk hedefinin ne olduğu sorusuna *klasik anlamda* (kastedilen modern, yani günümüz arabuluculuğunun geliştirilmeye başlandığı 20 nci yüzyıl başlarındaki arabuluculuk algısıdır) verilecek cevabın, taraflar arasındaki *belirli uyuşmazlık konularının* taraflarca çözülmesini kolaylaştırıcı bir ortamın oluşturulması, diğer deyişle *doğrudan uyuşmazlık (yahut çatışma) konularına* odaklanılması ve bunların çözüme kavuşturulmasının kolaylaştırılması ekseninde somutlaşacağını düşünmek isabetsiz olmayacaktır³⁸¹. Bu somutlaştırma müstakil arabuluculuk uygulamalarında

istedikleri arabuluculuk türünü netleştirmek ve bu mesajı istemcilere iletmek noktalarında söz konusu kuruluşlara yardımcı olur..."(Alexander, 98).

³⁸¹ Yani, klasik (olarak kabul edilen) arabuluculuk yaklaşımı, kolaylaştırıcı yaklaşımdır. *Fikrimizce* öğretilerdeki ifadeler böyle bir yargıya ulaşmaya imkân verici düzeydedir. Mesela bkz. Nathan S. Bracken, "Providing a Comprehensive View of Family Mediation Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications", *Journal of Law & Family Studies*, 7 (2), 2005, 217-226, 220-221; Robert A. Baruch Bush, "One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and

aşağıda (2.2.2.) görülecek *kolaylaştırıcı arabuluculuk* yaklaşımının yaygın olarak benimsendiğinin de bir göstergesi olmaktadır. Bu durumu, arabuluculuğa ilişkin hukuki düzenlemelerde de görmek mümkündür. Açıkçası ABD menşeli yasa çalışmalarında arabuluculuğun, kolaylaştırıcı yaklaşım ekseninde şekillendiği daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Mesela *Yeknesak Arabuluculuk Kanunu (Uniform Mediation Act)* 2(1) arabuluculuğu, arabulucunun, uyuşmazlıklarıyla ilgili gönüllü bir anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmak üzere taraflar arasındaki iletişimi ve müzakereyi kolaylaştırdığı bir süreç olarak tanımlamak³⁸² suretiyle kolaylaştırıcı arabuluculuğu benimsediğini açıkça göstermektedir. Bu şekilde kolaylaştırıcı arabuluculuğu açıkça benimseyen düzenlemelere Amerika kıtası dışında da rastlamak mümkündür. Mesela 2004 tarihli Malta Arabuluculuk Kanunu³⁸³ 1(8)'de de arabuluculuk, uyuşmazlıklarıyla ilgili gönüllü bir anlaşmaya ulaşmalarına yardımcı olmak üzere, arabulucunun taraflar arasındaki müzakereleri kolaylaştırdığı bir süreç olarak tanımlanmıştır.

Kıta Avrupa'sında yer alan misallere bakıldığında ise, arabuluculuk tanımının hukuki düzenlemelerde daha genel bir perspektiften yapıldığını görmek mümkündür. Bununla birlikte söz konusu düzenlemeler de arabuluculuğun kolaylaştırıcı yaklaşım perspektifinde ele alındığını göstermesi açısından yetersiz değildir. Kıta Avrupa'sında yer alan düzenlemelerde böyle genel bir perspektifin benimsenmesinin sebebini, Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 21/5/2008 tarihli ve 2008/52/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesinin tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinde arabuluculuk yönteminin, kolaylaştırıcı, değerlendirici veya farklı bir yaklaşımın benimsendiği yönünde açık bir ifade kullanılmaksızın sadece gönüllülük ve arabulucunun anlaşmaya ulaşmalarında taraflara yardımcı olması bağlamında tanımlanmış³⁸⁴ olmasına bağlamak mümkündür. Misallere geçilecek olursa, 21/7/2012

Quality Assurance", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19 (3), 2004, 965-1004, 970 vd, 981; Dennis M. O'Connor, "Soviet Procedures in Civil Decisions: A Changing Balance Between Public and Civic Systems of Public Order", *University of Illinois Law Forum*, 1964, 51-102, 99; Susan Douglas, "Neutrality, Self-Determination, Fairness and Differing Models of Mediation", *James Cook University Law Review*, 19 2012, 19-40, 20. Karş. Alexander, 98-99; Susan S. Silbey/Sally E. Merry, "Mediator Settlement Strategies", *Law & Policy*, 8 (1), 1986, 7-32, 7 vd.

³⁸² Orijinal metin: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_nc.doc.

³⁸³ <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8940&l=1>.

³⁸⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>. Aynı şekilde bkz. Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Ticari Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi 2(a). Çeviri metin: Ceren Tekin, "Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve

tarifli Arabuluculuk ve Diğer Alternatif Uyuşmazlık özüm Yollarının Teşvik Edilmesi Hakkında Kanun (**Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung**) 1(1) düzenlemesi arabuluculuğu, bir arabulucunun katılımı ile gizli biçimde yürütölen, tarafların ihtiyari ve kendi sorumluluklarında olarak uyuşmazlığın anlaşma yolu ile özölmesini hedefleyen bir usul şeklinde tanımlamaktadır³⁸⁵. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Avusturya Federal Kanunu'nun (**Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen: ZivMediatG: BGBl. I Nr. 29/2003**) 1 inci maddesinde arabuluculuk, uzman eğitimi almış tarafsız bir arabulucunun, tanınmış metotlarla taraflar arasındaki iletişimi sistematik olarak; tarafların, sorumluluğu kendi üzerlerine alarak uyuşmazlıklarını gidermelerini mümkün kılmayı hedefleyerek teşvik ettiği, tarafların isteğine dayalı bir faaliyetir şeklinde tanımlanmak³⁸⁶ suretiyle, kolaylaştırıcı arabuluculuk benimsenmiştir. Son olarak HUAK'ın "tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde de arabuluculuk sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle özömlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütölen uyuşmazlık çözüm yöntemi şeklinde tanımlanmak suretiyle, kolaylaştırıcı arabuluculuk benimsenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Adalet Bakanlığı'nca 26/1/2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin "tanımlar" başlıklı dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan arabuluculuk tanımı da Kanun'daki tanımla birebir örtüşmektedir. Yine

2004/0718 (COM) sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi", *MİHDER*, 2(5), 2006, 1343-1348, 1346.

385

Orijinal

metin:

http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/mediationsg/bgbl.pdf;jsessionid=6F7B5E14F4148CEED299D01004BC4111.2_cid359?__blob=publicationF ile. Çeviri metin için bkz. Efe Direnisa, "Almanya'da Arabuluculuk Kanun Taslağı alışmaları Üzerine", *MİHDER*, 7(18), 2011, 179-193, 183 (şöhret Gök'ün aynı eserde yayınlanan "Zur Entwicklung eines Mediationsgesetzes in Deutschland" isimli makalesinin çevirisidir).

386

Orijinal

metin:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20002753>. Çeviri metin: Osman İfen, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya)", *MİHDER*, 2(5), 2006, 1325-1334, 1325. Ayrıca bkz. Cenk Akil, "Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu", *İÜHF*, 70 (2), 2012, 287-296, 287.

Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından erişime sunulan (MEUK)³⁸⁷ C(b) düzenlemesinde de yer alan arabuluculuk tanımı da HUAK'ta yer alan tanımla örtüşmektedir.

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 25/5/2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının³⁸⁸ “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlıklı 3 üncü maddesiyle birlikte, iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Tasarı'nın anılan maddesinde zorunlu arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler mevcut olmakla birlikte bir arabuluculuk süreci tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte Tasarı'nın 17 nci maddesiyle HUAK'ın “tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “arabuluculuk” kavramı yeniden düzenlenmektedir. Buna göre, yeni arabuluculuk tanımı şu şekildedir: “Sistematik 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, **tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen**, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”. Yine Tasarı'nın 22 nci maddesiyle birlikte HUAK'ın “arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi” başlıklı 15 inci maddesine “Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir” şeklinde bir düzenleme getirilmesi planlanmaktadır. Tüm bu düzenlemelerden hareketle, sadece İş Mahkemesi Kanunu Tasarısının 3 üncü maddesinde yer alan zorunlu arabuluculuk uygulamasının değil, HUAK kapsamında tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak arabuluculuk uygulamasının *değerlendirici arabuluculuk* eksenine kaydırıldığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, Tasarı ile (HUAK'ta) getirilmesi planlanan değişiklikle birlikte, arabuluculuk uygulamalarında kolaylaştırıcı yaklaşımın veya dönüştürücü yaklaşımın uygulanmasının önünün kapatıldığını söylemek de *fikrimizce* mümkün değildir. Son olarak dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk uygulanmasının Tasarı'nın 3 üncü maddesinin 10 uncu fıkrasında yer alan 3 haftalık arabuluculuk süresi sınırlaması ile

³⁸⁷ Bkz. dn. 30.

³⁸⁸ Tasarı metni: http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf (18.8.2017)

örtüşemeyebileceğini vurgulamakta yarar vardır.

Belirtmek gerekir ki, genellikle *uyuşmazlığa ilişkin bir anlaşmaya ulaşma* şeklinde tezahür eden bu arabuluculuk hedefi algısı, söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin *mahkeme yargılama sürecine* entegre edilmeye başlanmasıyla, daha katılaştırılmış ve gün geçtikçe güçlendirme ile adalete odaklanan bir prosedür olmaktan ziyade hızlı, etkili ve yasal olarak bağlayıcı anlaşmalara ulaşmaya odaklanan bir süreç haline gelmeye başlamıştır. Arabuluculuğun bu seyri gün geçtikçe artan bir eleştiri konusu olmasını da gündeme getirmiştir³⁸⁹. Bu bağlamda, arabuluculuğun ikinci dönemi olarak algılanabilecek süreç içinde, sadece bu yöntemin yargı mekanizmasına nasıl sağlıklı bir şekilde entegre edilebileceğine yönelik çalışmalara ağırlık verilmemiş, bunun dışında arabuluculuk hedefinin de sorgulanmasına tanıklık edilmiştir. Böyle bir sorgulamanın iki temel kutup oluşturacağı açıktır: *Arabuluculuk sürecinin hedefi tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde anlaşmaya varmasını sağlamaktır* ya da *Arabuluculuk sürecinin hedefi, tarafların bozulan ilişkilerinin yeniden düzenlenmesidir*. Bu ikinci kutup, taraflar arasındaki sorunlara ilişkisel bir perspektiften yaklaşmakta ve klasik arabuluculuk hedefi anlayışından uzaklaşmaktadır³⁹⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, aşağıda ele alınacak *Riskin şemalarında* olduğu gibi bu iki kutup arasında birden farklı noktada yoğunlaşabilecek modellerden bahsedilmesi mümkündür –ki *fikrimizce* somut arabuluculuk uygulamaları da böyle bir *muğlak* perspektiften konuya yaklaşılmasını kolaylaştırmaktadır. Zira insan (arabulucu, taraf, sürece katılan diğer kişiler) davranışlarını soyut model kalıplarına birebir uyacak şekilde yapılandırmak çok kolay değildir. Açıkçası öğretilerdeki hedef skalası da iki kutuptan ibaret değildir: *Uyuşmazlığın çözümüne yönelik etkili bir anlaşma, adalete erişim, uyuşmazlık çözümü, tarafların ve diğer ilgililerin ihtiyaçlarını karşılayan bir anlaşmaya ulaşma, öz belirleme, yıkıcı davranışları yapıcı bir konuşmaya dönüştürme, ilişkilerin uyumlaştırılması ve iyileştirilmesi ile uyuşmazlıktan etkilenen toplumsal dengenin onarımı* şeklinde sıralanan³⁹¹ arabuluculuk hedef listesi bunu açıkça göstermektedir.

³⁸⁹ Bkz. Harper, 595.

³⁹⁰ Ayrıca bkz. Baruch Bush, “Mediator Performance Testing”, 971.

³⁹¹ Bkz. Alexander, 106. Daha geniş bir perspektiften arabuluculuk hedefleri için ayrıca bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 46-47: Somut uyuşmazlığın hızlı, etkin çözümüne yardımcı olma (**Service-Delivery-Projekt**), zayıf olan tarafın hakkına kavuşması için onu güçsüz kılan hususların kaldırılması (**Access-To-Justice-Projekt**), güncel uyuşmazlıkta tarafların kendi çözümlerine öncelik verilmesi (**Individual-Autonomy-Projekt**), bir uzlaşma yönünde taraf ilişkisinin değişimi (**Reconciliation-Projekt**), toplumsal değişim

Bununla birlikte devam eden başlıklar öncelikle, temel iki arabuluculuk yaklaşımını –ki bunlar, kolaylaştırıcı arabuluculuk – değerlendirici arabuluculuk kutuplarıdır- ve ilişkiel bakış açısının benimsendiği yine temel iki yaklaşım³⁹², öyküleyici arabuluculuk – dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımları ile sınırlı olacaktır. Fakat hemen ifade etmek gerekir ki, dönüştürücü arabuluculuğun karşıt kutbu olarak gösterilen (fakat *fikrimizce* bu yaklaşımla uyumlaştırılabilir) *problem çözücü (problem solving)* arabuluculuk yaklaşımı ile yine dönüştürücü arabuluculuk ile aralarında temelden farklar bulunduğu ileri sürülen *uyum (harmony)* arabuluculuğu yaklaşımı, ileride (sırasıyla 2.2.3.2.1. ve 2.2.3.2.2.) ele alınacaktır.

2.2.2. Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk Uçlarında Çözüm Arayışı

Klasik yaklaşım olarak *nitelendirebilecek* ve arabulucunun taraflara, *uyuşmazlığın çözümüne yönelik* tavsiyede bulunma ve çözüm önerisi getirme fonksiyonlarını üstlenmediği, *kolaylaştırıcı arabuluculuk (facilitative mediation)* yaklaşımı ile mahkeme bağlantılı arabuluculuk programları çerçevesinde geliştirilen ve *bu programlarda sıklıkla benimsendiği görülebilecek* bir yaklaşım olan, arabulucunun *uyuşmazlığın çözümüne yönelik* taraflara öneride bulunma yetkisine sahip olduğu *değerlendirici arabuluculuk (evaluative mediation)*, dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımı dışında kalan *temel iki arabuluculuk yaklaşımıdır*³⁹³. Açıkçası kolaylaştırıcı yaklaşım ve değerlendirici yaklaşım ayrımı, miktatsız iki ucu gibi birbirine yaklaşan noktaları olmayan bir ayırmadan ziyade (Riskin kılavuzlarında da görüleceği üzere) süreklilik gösteren bir düzlemin iki ucu veya bir çemberin iki bölgesi olarak algılanmaya daha müsaittir³⁹⁴. Bunun doğal sonucu olarak, somut bir arabuluculuk uygulaması aslında

(Social-Transformation-Projekt).

³⁹² Taraflar arasındaki ilişkiye odaklanan arabuluculuk yaklaşımları elbette yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Mesela bkz. Lois Gold, "Influencing Unconscious Influences: The Healing Dimension of Mediation", *Mediation Quarterly*, 11 (1), 1993, 55-66, 56 vd; Howard H. Irving/Michael Benjamin, "Therapeutic Family Mediation: Fitting the Service to the International Diversity of Client Couples", *Mediation Quarterly*, 7 (2), 1989, 115-131, 122 vd. Ayrıca: Louis Yagoda, "Booby Traps in Contract Making", *Labor Law Journal*, 8 (9), 1957, 604-608, 605; Silbey/Merry, 19 vd.

³⁹³ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 328; Steven C. Etcheson, "Transformative Mediation: A New Current in the Mainstream", *Policy Studies Journal*, 27 (2), 1999, 393-396, 393-394; Tina Nabatchi/Lisa Blomgren- Bingham/Yuseok Moon, "Evaluating Transformative Practice in the U.S. Postal Service REDRESS Program", *Conflict Resolution Quarterly*, 27 (3), 2010, 257-288, 260. *Zumeta*, iş arabuluculuğunun *değerlendirici* bir unsura sahip olması sebebiyle, 1940larda dahi kolaylaştırıcı – değerlendirici ayrımının mevcut olduğuna işaret etmektedir. Bkz. Zena Zumeta, "A Facilitative Mediator Responds", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2000, 335-341, 335.

³⁹⁴ Bkz. Jeffrey W. Stempel, "The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology", *Journal*

değerlendirici veya kolaylaştırıcı yaklaşımlardan birine *salt* bir biçimde ait olmaktan ziyade, bu iki uç arasında kalan bir konuma sahip olacaktır –ki böyle bir algılamının daha gerçekçi olacağı açıktır. Bu bağlamda her iki uç arasında kalan noktaları aydınlatmak amacıyla öğretilerde arabulucunun, süreci etkileme imkân derecelerini gösteren şu yapıya burada yer vermek isabetli olacaktır³⁹⁵: *katalizör rol üstlenme, aktif şekilde müzakereleri yürütme, bilgi ve normları gündeme getirme, taraf iradelerini yorumlama, kendi fikrini beyan etme, kendi önerilerini, değer yargılarını ileri sürme, taraflarla ayrı ayrı görüşmeler yaparak (caucussing), diğer tarafa bilgi aktarma*. Tarafların, arabulucunun, hangi derecede müdahale ettiğini ve özel görüşmeden aldığı bilgileri değiştirdiğini, manipüle ettiğini kontrol etme imkânı olmadığını³⁹⁶ vurgulamak gerekir.

Peki, bu iki kutupta yer alan yaklaşımların temel özellikleri nelerdir? İlk olarak belirtmek gerekir ki, adını arabuluculuğun birincil hedefinin *sürece dâhil olan tarafların bir uzlaşmaya varabilmesine imkân tanıyan kabul edilebilir bir çözümün kolaylaştırılması* olduğu tezinden alan³⁹⁷ kolaylaştırıcı yaklaşım taraftarları, arabulucunun, taraflara, uyuşmazlıktaki konumlarının hukuki açıdan kuvvetliliği veya mantıklılığı ile ilgili bir değerlendirmede bulunamayacağını savunmaktadır³⁹⁸. Yine kolaylaştırıcı yaklaşım öğretisinde birçok kişi, arabulucunun, uyuşmazlığın mahkemeye yargılamasına taşınması halinde, bu uyuşmazlığa uygulanabilecek hukuk kuralları ile ilgili taraflara bilgi veremeyeceğini ifade etmektedir³⁹⁹. Buna mukabil değerlendirici yaklaşımda, arabulucu, uyuşmazlığa ilişkin kendi değerlendirmesini (bireysel veya toplu oturumlarda) taraflara aktarabilecektir⁴⁰⁰. Mesela, değerlendirici yaklaşımın tam anlamıyla benimsendiği bir uygulamada, arabulucu, mantıksal olmayan talepleriyle ilgili tarafları bilgilendirebilecek ve uyuşmazlığın mahkeme yargılamasına taşınması halinde

of Dispute Resolution, 2000 (2), 2000, 247-293, 243.

³⁹⁵ Bkz. Yılmaz, "Tasarı", 47.

³⁹⁶ Yılmaz, "Tasarı", 48.

³⁹⁷ Bkz. Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 251.

³⁹⁸ Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 251-252.

³⁹⁹ Bkz. Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 252; 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*, 24 (4), 1997, 949-984, 961.

⁴⁰⁰ Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 252; Richard Birke, "Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service", *Willamette Law Review*, 35 1999, 485-522, 498 vd.

ortaya çıkabilecek sonuç ile ilgili bilgi verebilecektir⁴⁰¹.

Öğretide, bir arabuluculuk uygulamasının ya kolaylaştırıcı yaklaşımı ya da değerlendirici yaklaşımı benimseyebileceğine yönelik yaygın bir kanaat mevcut olmakla birlikte, bu düşüncenin mutlak bir şekilde edildiğini söylemek de mümkün değildir⁴⁰². Benzer şekilde eleştirilen bir başka yaygın görüş, (özellikle klasik arabuluculuk yaklaşımı çerçevesinde yerleştiği *fikirinde olduğumuz*) iyi arabuluculuk uygulamalarını *kolaylaştırıcı* yaklaşıma hasreden görüştür⁴⁰³.

Peki, arabuluculukla ilgili gerek yerli gerek yabancı birçok çalışmada yer verilen *Riskin şemalarına* (aşağıda kılavuz sistemleri olarak da anılacaktır) burada neden yer verildi? Bu sorunun ilk cevabı, *Riskin*'in (biraz sonra görüleceği üzere) geliştirmiş olduğu şemalarda dönüştürücü yaklaşımı *kolaylaştırıcı* (aydınlatıcı) ve geniş şema bloğunda değerlendirmesidir. Elbette *Riskin*'in bu değerlendirmesine ve sorunun diğer cevaplarına geçmeden önce, *Riskin*'in arabuluculuk öğretilerinde oldukça meşhur olan şemalarına bir göz atmakta yarar vardır:

Riskin'in 1994 yılında yayınlamış olduğu eleştiri yazısında ileri sürmüştüğü arabulucu yönelimlerini sınıflandırmak üzere bir sistem geliştirme fikri doğrultusunda hazırlamış olduğu *arabulucu eğilimleri* kılavuzu (**old grid**) şu iki soruya verilecek cevaplar doğrultusunda iki eksene sahipti⁴⁰⁴: *Arabulucu, taraflar arasındaki sorunları dar açıdan mı yoksa geniş açıdan mı tanımlama eğiliminde olacaktır?* Ve ikinci soru, *arabulucu, anlaşma düşünceleri, öngörüler ve teklifleri noktasında bir değerlendirme yapacak mı? Yoksa sadece taraflar arasındaki müzakere sürecini kolaylaştırıcı bir fonksiyon mu üstlenecektir?* Bu sorulara verilecek cevaplar arabulucunun, arabuluculuğun niteliği ve kapsamına ilişkin kanaatlerini ve tarafların beklentilerine ilişkin tahminlerini yansıtacaktır⁴⁰⁵. Burada, taraflar arasındaki sorunların dar mı yoksa

⁴⁰¹ Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 252.

⁴⁰² Nitekim Stempel, taraftarlarını belirttiği (252 dn. 22) bu düşüncenin açıkça yanlış olduğunu dile getirmektedir. Bkz. Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 252-253.

⁴⁰³ Bkz. Stempel, "Liberating ADR from Ideology", 252-253; Stempel, "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role", 951-952.

⁴⁰⁴ Bkz. Leonard L. Riskin, "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12 (9), 1994, 111-114, 111.

⁴⁰⁵ Riskin, "Mediator Orientations", 111.

geniş açıdan mı ele alınacağına ilişkin soru⁴⁰⁶, aynı zamanda taraflar arasında *dağıtıcı* müzakere yaklaşımının mı yoksa *bütünleyici* müzakere yaklaşımının mı benimseneceğini gösterecektir⁴⁰⁷. İkinci sorunun cevabı, yani arabulucunun *kolaylaştırıcı (facilitative)* mı yoksa *değerlendirici (evaluative)* mi bir rol üstleneceği de, tarafların arabulucudan (onun bilgi ve tecrübesinden) anlaşma için uygun zeminin oluşturulması noktasında bir takım yönlendirmede bulunması ihtiyacını hissetmeleri –ki bu halde değerlendirici⁴⁰⁸ arabuluculuktan bahsedilecektir- ile arabulucunun, tarafların içinde buldukları durumu ve pozisyonu daha iyi bilecekleri ve anlayacakları varsayımından hareketle, çözümün geliştirilmesinin taraflara bırakılması anlayışı ekseninde şekillenecektir⁴⁰⁹. Bu perspektifler ışığında yazarın oluşturduğu ilk kılavuz değerlendirici ve kolaylaştırıcı blokları ile dar problem tanımlama – geniş problem tanımlama eksenleri içinde arabuluculuk uygulamasını *değerlendirici dar, değerlendirici geniş; kolaylaştırıcı dar, kolaylaştırıcı geniş* şeklinde dört kümeye ayırmaktaydı⁴¹⁰:

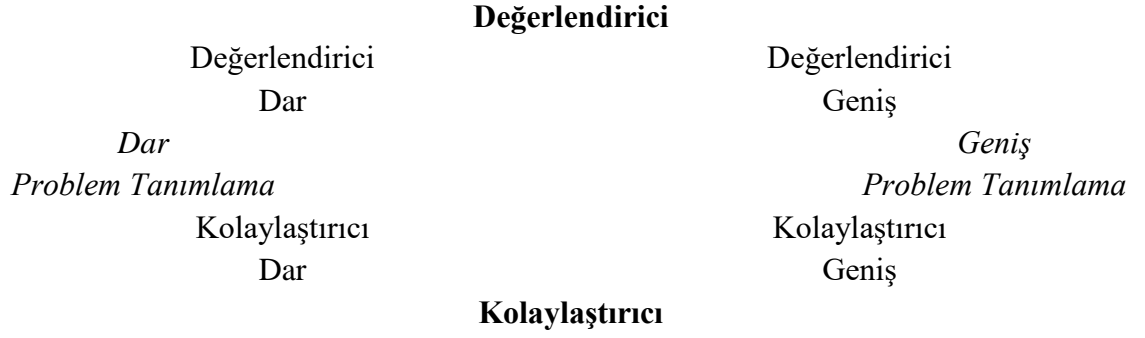
⁴⁰⁶ Taraflar arasındaki sorunların dar açıdan ve geniş açıdan ele alınmasında, genişleyen sorun aralığını anlamak noktasında bkz. Riskin, “A Grid for the Perplexed”, 22 (**figure 2**). Karş. Riskin, “Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System”, *Notre Dame Law Review*, 79 (1), 2003, 1-54, 23 vd.

⁴⁰⁷ Zira arabulucunun, eğer tarafların sorunlarını dar bakış açısıyla tanımlama eğiliminde olması halinde, sorunun çözümü *dağıtıcı* bir müzakere temelinde ve bir anlamda kazan – kaybet ekseninde şekillenecektir. Buna mukabil, arabulucunun, sorunlara geniş bir perspektiften yaklaşma imkânı bulduğu hallerde, sorunun çözümünün daha geniş bir çözüme yönelik daha geniş bir yelpazenin oluşturulmasını mümkün hale getirecektir. Bkz. Riskin, “Mediator Orientations”, 111.

⁴⁰⁸ Bu nedenle değerlendirici arabulucular, uyuşmazlığa ilişkin değerlendirme ve tahminlerini açıklamak, yönlendirmede bulunmak suretiyle tarafların, uyuşmazlıklarına güçlü ve zayıf yanlarını anlamalarına yardımcı olmaya odaklanır. Bu doğrultuda değerlendirici arabulucular genellikle, taraflara, uyuşmazlığı izah eden bir açılış konuşması isteyip istemediklerini sorar. Yine bu yaklaşımda arabulucular, kimin daha haklı ve kazanabilecek konumda olduğunu tespit etmek üzere vakıaların toplanmasına, uyuşmazlık konularının belirlenmesine ve yasal argümanların geliştirilmesine odaklanır. Bu yolla arabulucular, tarafları anlaşmaya doğru hareket ettirir ve bir çözüm dahi önerebilir. Kısaca değerlendirici arabulucular, tarafla müzakere konuları ile ilgili gerçekçi bir değerlendirmede bulunma girişimi içinde olurlar. Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 260.

⁴⁰⁹ Riskin, “Mediator Orientations”, 111. Bu nedenle kolaylaştırıcı arabulucu, taraflara arasındaki iletişimi netleştirip geliştirir ve ne yapılacağına karar vermeleri noktasında taraflara yardımcı olur. Değerlendirici arabulucu gibi kolaylaştırıcı arabulucu da genellikle açılış konuşmalarını dinler. Bununla birlikte kolaylaştırıcı arabulucu, uyuşmazlığın haklı ve haksız yanları ileri ilgili bir değerlendirmede bulunmaz. Bundan ziyade, tarafların gerçek ihtiyaçlarına ve bu ihtiyaçları karşılayan, menfaat temelli bir anlaşmanın geliştirilmesine odaklanır. Buna ilave olarak, kolaylaştırıcı arabulucular, tarafların, *müzakere edilmiş bir anlaşmaya en iyi alternatiflerini (BATNA)* daha iyi anlayabilmeleri için *gerçekçilik testine (reality testing)* girişebilirler. Bkz. Nabatchi/Blomgren- Bingham/Moon, 261.

⁴¹⁰ Bkz. Riskin, “Mediator Orientations”, 111. Bu şema ekseninde geliştirilen arabulucu teknikleri şeması için ayrıca bkz. Riskin, “A Grid for the Perplexed”, 35 (**figure 3**). Bir uyarılma örneği için ise bkz. Richard W. Shields, “On Becoming a Collaborative Professional: From Paradigm Shifting to Transformative Learning Through Critical Reflection and Dialogue”, *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2008, 427-463, 448.



Yazar 1996 yılında yayınlamış olduğu makalesinde, arabuluculukta *problem tanımlama sürecine* (**problem-definition continuum**) yer vermiştir⁴¹¹. Buna göre yazar, arabuluculuk sürecinde söz konusu olabilecek sorunları en dar açıdan en geniş açığa kadar çeşitli kategorilere (seviyelere) ayırmıştır. Yazarın bu ayrımında en dar açıdan problem tanımlama, yani ilk seviye, *hukuki ihtilaf (dava) konularını* (**litigation issues**) içerecektir. İkinci seviye *ticari menfaatlerini* (**business interest**), üçüncü seviye *kişisel/profesyonel/ilişkisel konuları* (**personel/professional/relational issues**) ve son olarak dördüncü seviye *(tarafklar dışında kalan) topluluk menfaatlerini* (**community interest**) içerecektir.

Tam bu noktada yazarın, *problem tanımlama sürecine* (**problem-definition continuum**) yönelik görüşlerini dönüştürücü arabuluculuk açısından kısa bir değerlendirmeye tabi tutmakta yarar vardır. Yazar, ilk kılavuz sistemini geliştirdiğinde, dar-geniş/problem tanımlama sürecinin herhangi bir fiili arabuluculuğun, hedefleri veya odak noktasını açıklamada faydalı olabileceğine inandığını, buna mukabil bir takım yazar ve uygulayıcının, problem tanımlama sürecinin veya kılavuz sisteminin arabuluculuğun hedefleri ile ilgili fikirleri aksettirmediğini belirterek, bu görüşe katılmadığını ifade etmiş ve dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını buna yönelik misallerden biri olarak vermiştir⁴¹²: Dönüştürücü arabuluculukta hedef, *güçlendirme* ve *tanıma* yoluyla tarafların kendilerini geliştirmek olup bu yaklaşımı benimseyen uygulayıcılar için hem süreç hem de sürecin içeriği *aydınlatıcı* (**elicitive**) bir tarza sahiptir. Bu nedenle *Riskin*, dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımını *kolaylaştırıcı* (biraz sonra ele alınacak Yeni Eski Kılavuz

⁴¹¹ Riskin, "A Grid for the Perplexed", 18 vd.

⁴¹² Bkz. Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 23.

açısından ise *aydınlatici*) ve *geniş* olarak nitelendirdiğini ifade etmiştir⁴¹³. Yazara göre, bu yaklaşımda *hedef* veya *problem* tarafların kendilerinin *geliştirilmesi* haline gelmektedir⁴¹⁴.

Riskin, ilk kılavuz sistemini 2003 yılında güncellemiştir⁴¹⁵. *Yeni Eski Kılavuz (New Old Grid)* olarak bilinen⁴¹⁶ bu şema (ve biraz sonra ele alınacak Yeni Yeni Kılavuz), eski şemaya yönelik öğretilere dile getirilen eleştiriler ve yazarın tespit ettiği eksiklikler doğrultusunda oluşturulmuştur⁴¹⁷. Yazar, bu ikinci nesil (Yeni Eski) arabulucu eğilimleri Kılavuzunun, özellikle taraf özerkliğini etkileyen bin bir çeşit arabulucu davranışının temel doğası ile amaç ve etkilerine daha yakından bakılmasına imkân tanıdığını dile getirmiştir; bu doğrultuda yeni oluşturduğu kılavuzda arabulucunun rolü eksenini, artık kolaylaştırıcı – değerlendirici uçlarıyla değil, *aydınlatici (elicitive)* ve *yönlendirici (directive)* terimleriyle ifade etmiştir⁴¹⁸. Yazara göre bu terimlerin kullanılması, arabulucuların açık bir şekilde belirli bir çözümü değerlendirmeksizin, *dikkatli bir kolaylaştırma (selective facilitation)* yoluyla tarafları belirli bir çözüme yönlendirebileceğini (veya güdüleyeceğini) anlayabilmeye yardımcı olacaktır⁴¹⁹. Tam bu noktada Jarrett'in, Riskin'in yeni eski kılavuz sistemini *arabuluculuk modelleriyle birleştirilmiş* haliyle gösteren şemasında⁴²⁰ dönüştürücü yaklaşıma *aydınlatici geniş (elicitive broad)* ve *yönlendirici olmayan (non-directive)* blokta yer verdiğini vurgulamakta yarar vardır.

Riskin, ikinci kılavuz sistemini (Eski Yeni Kılavuz) geliştirmiş olmakla birlikte, bu sistemin de ilk kılavuz sisteminin kısıtlamalarının birçoğunu devam ettirdiğini belirterek

⁴¹³ Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 23; Etcheson, 394-395; Riskin, "A Grid for the Perplexed", 20, 33. Yazar bu noktada *Stempel*'in dönüştürücü yaklaşımı, kolaylaştırıcı yaklaşımın bir alt kümesi olarak ele aldığına (bkz. Jeffrey W. Stempel, "Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2000, 371-394, 384) dikkat çekmektedir.

⁴¹⁴ Bkz. Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 23-24.

⁴¹⁵ *Riskin* bu güncelleme ile kılavuz sistemini içinde dönüştürücü arabuluculuğun da yer aldığı yeni arabuluculuk modellerini kapsayacak hale getirmiştir. Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261.

⁴¹⁶ Alexander, 99.

⁴¹⁷ Bkz. Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 9 vd.

⁴¹⁸ Bkz. Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 30-31 (**figure 3**).

⁴¹⁹ Riskin, "Decisionmaking in Mediation", 31-32.

⁴²⁰ Bkz. Brian Jarrett, "The Future of Mediation: A Sociological Perspective", *Journal of Dispute Resolution*, 2009, 49-75, 56.

bunun kullanılması noktasında önemli çekinceleri olduğunu dile getirmiştir⁴²¹. Bu nedenle yazar, her iki *arabuluculuk davranışları* şemasının *Yeni Yeni Kılavuz Sistemi* (**New New Grid System**) ile değiştirilmesi fikrini ortaya koymuştur⁴²². Bu yeni yaklaşım, sadece arabulucu üzerine odaklanan eski sistemlerin aksine sürecin tüm katılımcılarına, yani *arabulucu, taraflar ve (hukukçu) temsilcilerine* eşit dikkat veren bir kılavuzlar dizisi yoluyla çalışmaktadır. Bu doğrultuda yazar, karar verme mekanizmasını *maddi (hususlarda) karar verme (substantive decisionmaking), usule ilişkin karar verme (procedural decisionmaking) ve süreç içinde ileri aşamalarda usule ilişkin karar verme (meta-procedural decisionmaking)* olmak üzere üç boyutta ele almakta ve bunlara ilişkin çeşitli kılavuzlar oluşturmaktadır⁴²³. Belirtmek gerekir ki, yazar, oluşturmuş olduğu bu yeni kılavuz sisteminin de, bir takım kısıtlarının olduğunu ifade etmektedir⁴²⁴. İlk olarak, yeni sistemdeki kılavuzlar, öncüler gibi, herhangi bir anlamda matematiksel olarak kesinlik taşımamaktadır. İkinci olarak, herhangi bir katılımcının eğilimini veya etkisini hiçbir kesinlik derecesiyle bilmek veya kestirmek mümkün olmayacaktır.

2.2.3. İlişkisel Bakış Açısına Belirginlik Kazandırmak

Riskin kılavuzları (ve öğretilerdeki benzer görüşler) her ne kadar dönüştürücü yaklaşımı değerlendirici arabuluculuk – kolaylaştırıcı arabuluculuk uçlarında arasında bir kalıba sığdırmaya girişmeler de, taraflar arasındaki ilişkinin boyutunu birinci derecede önemde tutan yaklaşımlar kendilerinin daha özgün olduğu görüşündedir. Nitekim öğretilerde yerleşmeye başlayan⁴²⁵ *iyileştirici hukuk (therapeutic jurisprudence)*

⁴²¹ Söz konusu çekinceler için bkz. Riskin, “Decisionmaking in Mediation”, 32 vd.

⁴²² Bkz. Riskin, “Decisionmaking in Mediation”, 34 vd.

⁴²³ Söz konusu kılavuzlar şu şekilde sıralanmaktadır: *Katılımcı Etkisi (Figure 4)*, *Maddi (Hususlarda) Karar Verme: Problem Tanımına İlişkin Eğilim (Figure 5)*, *Maddi (Hususlarda) Karar Verme: Çeşitli Zamanlarda Problem Tanımı Üzerine Etkilenim (Figure 6)*, *Maddi (Hususlarda) Karar Verme: Belirli Problemleri Anlama Üzerine Etkilenim (Figure 7)*, *Maddi (Hususlarda) Karar Verme: Belirli Problemleri Çözme Üzerine Etkilenim (Figure 8)*, *Usule İlişkin Karar Verme: Arabulucu tarafından Değerlendirme Üzerine Etkilenim (Figure 9)*, *Usule İlişkin Karar Verme: Müşterek Toplantılardan Faydalanma Üzerine Etkilenim (Figure 10)*, *Süreç İçinde İleri Aşamalarda Usule İlişkin Karar Verme: Usule İlişkin Kararlar Kimin Etki Edeceğine Karar Verme (Figure 11)*. Sırasıyla bkz. Riskin, “Decisionmaking in Mediation”, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46.

⁴²⁴ Bkz. Riskin, “Decisionmaking in Mediation”, 50.

⁴²⁵ Aslında yerleşen, zira 1993 yılında iyileştirici hukuk üzerine hazırlanan bir bibliyografya (New York Law School Journal of Human Rights, "Bibliography of Therapeutic Jurisprudence", *New York Law School Journal of Human Rights*, 10 (3), 1993, 915-926, 195 vd), konuyla ilgili çalışmaların henüz o tarihte azımsanamayacak ölçüde olduğunu göstermektedir. Bibliyografya noktasında ayrıca bkz. Samuel Jan Brakel, "Searching for the Therapy in Therapeutic Jurisprudence", *New England Journal on Criminal and*

kavramının⁴²⁶ dönüştürücü arabuluculuk, öyküleyici arabuluculuk gibi taraflar arasındaki ilişki boyutunun önemini birinci sıraya koyan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle sıklıkla anılabildiğini görmek mümkündür⁴²⁷. Fakat anılma noktasındaki bu birlikteliğin dönüştürücü yaklaşımın *iyileştirici arabuluculuk* yaklaşımı ile birebir örtüşen bir kavram olduğu anlamına gelmediğini şimdiden vurgulamakta yarar vardır⁴²⁸. Gerçekten dönüştürücü yaklaşımda arabulucu, taraflara bir *terapi* sunmaktan ziyade kendi karar oluşturma süreçlerini kontrol altına almak üzere taraflar için fırsatların oluşturulmasına yardım etmektedir⁴²⁹. Tekrar *iyileştirici hukuk* kavramına dönülecek olursa; bu kavramın ne ifade ettiğini uzun bir şekilde açıklamaktan ziyade, konuyla ilgili öğretide dile getirilen şu ifadelere yer vermek daha yerinde olacaktır⁴³⁰: “...*hukuk kuralları, hukuk prosedürleri ile (avukatlar ve hâkimler gibi) hukuk aktörlerinin rolleri...bazen iyileştirici (therapeutic) veya kötüleştirici (antitherapeutic) sonuçlara neden olurlar. İyileştirici hukuk, söz konusu sonuçları tespit etmek; due process ile diğer adalet değerline bağlamaksızın hukukun kötüleştirici etkilerinin azaltılabilmesinin ve iyileştirici etkilerinin artırabilmesinin mümkün olup olmadığını ortaya çıkarmak üzere*

Civil Confinement, 33 (2), 2013, 455-500, 464 vd.

⁴²⁶ İyileştirici hukuk kavramını genel perspektiften ele alan birçok çalışma mevcuttur. Bunlardan birkaçını belirtmek gerekirse: David Wexler, "Therapeutic Jurisprudence: An Overview", *Thomas M. Cooley Law Review*, 17 (1), 2000, 125-134, 125 vd; son olarak ayrıca bkz. James W. Zion, "Navajo Therapeutic Jurisprudence", *Touro Law Review*, 18 2002, 563-640, 563 vd.

⁴²⁷ Mesela bkz. Gary Paquin/Linda Harvey, "Therapeutic Jurisprudence, Transformative Mediation and Narrative Mediation: A Natural Connection", *Florida Coastal Law Journal*, 3 167-188, 2002, 184 vd; ayrıca: Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 76 dn. 15. İyileştirici hukuk kavramı içinde yer alan araçlar olmayı sahiplenen sadece bu yeni yaklaşımlar mı? Belirtmek gerekir ki, kolaylaştırıcı arabuluculuk ile değerlendirici arabuluculuk yöntemlerinden hangisinin daha iyileştirici etkiler sunmaya elverişli olduğu, öğretide tartışma konusu yapılan hususlardan biridir. Bkz. Ellen A. Waldman, "The Evaluative - Facilitative Debate in Mediation: Applying The Lens of Therapeutic Jurisprudence", *Marquette Law Review*, 82 (1), 1998, 155- 170, 163 vd.

⁴²⁸ Bkz. Tina Nabatchi/Lisa Blomgren-Bingham, "Transformative Mediation in the USPS REDRESS™ Program: Observations of ADR Specialists", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 18 2001, 399-427, 402. Ayrıca bkz. Paquin/Harvey, 179-180. Belirtmek gerekir ki, iyileştirici arabuluculuk yaklaşımını dönüştürücü yaklaşım kategorisinde değerlendiren yazarlar da yok değildir. Mesela bkz. Alexander, 116. Yazar iletişim (dialogue) ve süreç temelli olması sebebiyle iyileştirici arabuluculuk yaklaşımının (therapeutic mediation) dönüştürücü arabuluculuk kategorisinde yer aldığını dile getirmektedir. Yine öyküleyici arabuluculuk yaklaşımının da en iyi bilinen iyileştirici yaklaşımlardan biri olduğunu ifade etmektedir.

⁴²⁹ Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham, 402; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 66, 225 vd.

⁴³⁰ Bruce J. Winick, "The Jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence", *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*, Carolina Academic Press, 1996 (edt. David B. Wexler & Bruce J. Winick), 645, 646'den atfen Waldman, 158. Ayrıca bkz. David Finkelman/Thomas Grisso, "Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application", *Criminal and Civil Confinement*, 20 (2), 1994, 243-257, 244.

bu sonuçlara ilişkin çalışmaları gerekli kılar ...". Bu cümlelerin paralelinde öğretilerde yer alan *iyileştirici hukuk yaklaşımının* en iyi şekilde, hukukun, zihin sağlığı için sonuçlar doğuran sosyal bir kuvvet olduğu temel anlayışı üzerine kurulu disiplinler arası bir yaklaşım olarak tanımlanacağı yönündeki ifadeler⁴³¹ de bu yaklaşımın klasik bir hukuk yaklaşımı olmadığını gözler önüne sermektedir. *İyileştirici hukuk yaklaşımı ruh sağlığı hukuku (mental health law)* alanından doğmakla birlikte, hukukun tüm alanlarını kapsayacak ölçüde genişlemiştir⁴³². Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, bu bağlamda arabuluculuk da iyileştirici etkiler sunma kabiliyeti olan araçlar olarak ortaya çıkmaktadır⁴³³.

2.2.3.1. Öyküleyici Arabuluculuk Yaklaşımı

Öğretilerde öyküleyici arabuluculuk yaklaşımının 1980lerin ortalarında geliştirilen *öyküleyici aile terapisinden (narrative family therapy)* çıkan, hikâye anlatımı metaforu üzerine kurulu bir *iyileştirici arabuluculuk (therapeutic mediation)* yaklaşımı olduğu dile getirilmekle⁴³⁴ birlikte, bu yaklaşımın tek bir türü olduğunu söylemek pek mümkün değildir⁴³⁵. Nitekim *Douglas* öyküleyici yaklaşımın birden fazla türü olduğunu altını çizdikten sonra, öyküleyici terapi temelli *Windslade/Monk* yaklaşımı ile iletişim teorisi temelli *Cobb* yaklaşımının baskın türler olduğunu dile getirmektedir⁴³⁶. Bununla birlikte, burada öyküleyici yaklaşım ele alınırken böyle bir ayrıma girilmesine ihtiyaç olmayacaktır⁴³⁷.

İnsanların hayatlarının, kurguladıkları hikâyelere göre şekillendiği; hikâyelerinde kendileri, hayatları, kariyerleri, ilişkileri ve toplum için bir uyum oluşturmaya çalıştıkları varsayımından hareket ederek uyuşmazlıkları çözmek için nesnel gerçekliklerden ziyade,

⁴³¹ Bkz. Paquin/Harvey, 169.

⁴³² Paquin/Harvey, 169.

⁴³³ Bkz. Paquin/Harvey, 170.

⁴³⁴ Bkz. Toran Hansen, "The Narrative Approach to Mediation", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4 (2), 2004, 297-308, 297. Uyuşmazlık çözümünde öyküleyici bakış açısının teorik temelleri için bkz. Paquin/Harvey, 173 vd.

⁴³⁵ Bundan da öte arabuluculuk sürecini başlı başına bir öykü anlatımı süreci olarak algılamak da mümkündür. Bkz. Neal Milner, "Mediation and Political Theory: A Critique of Bush and Folger", *Law and Social Inquiry*, 21 (3), 1996, 737-759, 746.

⁴³⁶ Bkz. Douglas, "Self-Determination", 33.

⁴³⁷ Yazar ise, *Windslade/Monk* yaklaşımını "narrative model", *Cobb* yaklaşımını ise "story telling model" başlıkları altında incelemektedir. Sırasıyla bkz. Douglas, "Self-Determination", 33 vd; 35 vd.

tarafların hikâyelerine odaklanan⁴³⁸ bir yaklaşım olan öyküleyici arabuluculukta temel amaç, tarafları çözüme götürecek alternatif bir hikâye oluşturmaktır⁴³⁹. Çatışma hakkındaki öyküler, sıklıkla bir yandan (hikayeyi anlatan) *kahraman-kurbanı* (**protagonist-victim**) diğer yandan *muhalif – kurban eden* (**antagonist-victimizer**) figürlerini içermekte olup olay örgüsü de genellikle geçmişe yaşananlarla ilgili suçlama ve sorumlulukları içerir; kısaca farklı hikayeler farklı gerçeklikler meydana getirir⁴⁴⁰. Öyküleyici arabuluculuk, tarafların çatışan mevcut hikâyelerini çözümlenmelerine (**dekonstrüksiyon**) ve kendi ifade düşüncelerini bulmalarına yardımcı olur⁴⁴¹.

Tarafları alternatif bir hikâye oluşturmaya götürmek üzere öyküleyici yaklaşımda kullanılan temel tekniklerden biri, esasında bir psikoterapi tekniği olan *dışsallaştırma* (externalization) olup bu teknikle taraflar arasındaki sorunlar, önyargıları ortadan kaldırmak amacıyla dışsallaştırılır⁴⁴². Tarafların hikâyelerini genişleten sorular sormak suretiyle, öyküleyici arabulucular, tarafları, kendi hikâyelerini geliştirmeleri yönünde destekler. Buna ilave olarak, arabulucular, tarafların mesajlarındaki anlam ve bu anlamı oluşturan temeldeki düşünceyi gözden geçirmelerine yardımcı olur⁴⁴³. Bu yaklaşımda çatışma sadece kaynaklarla ilgili bir mesele veya hakların çatışması olarak algılanmaz; aynı zamanda birbiri ardına aynı şekilde dizilen vakıaların farklı anlamlandırılmasının incelenmesi için bir platform olarak görülür⁴⁴⁴.

Öyküleyici yaklaşımdaki temel kabullerden biri, arabulucuların, arabuluculuk sürecini taraflarca sunulan mesajların içeriğinden ayırmalarının mümkün olduğudur; arabulucular, sürecin nasıl yürütüleceğinden sorumlu olmakla birlikte, arabuluculuk sürecinin içeriğinden sorumluluk taraflara aittir; bu nedenle arabulucunun, süreç içinde tarafların anlatılarını sadece anlaşma ile ilgili olanlara indirgemesi bu temel öncülün ihlali anlamına gelecektir⁴⁴⁵. Bu yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk süreçlerinde,

⁴³⁸ Bkz. Kekeç, 245; Paquin/Harvey, 177; Alexander, 116; Douglas, "Neutrality, Self-Determination, Fairness and Differing Models of Mediation", 34.

⁴³⁹ Kekeç, 245; Alexander, 116. Ayrıca bkz. Douglas, "Self-Determination", 35.

⁴⁴⁰ Alexander, 116. Ayrıca bkz. Douglas, "Self-Determination", 36-37.

⁴⁴¹ Alexander, 116.

⁴⁴² Paquin/Harvey, 176. Ayrıca bkz. Kekeç, 245.

⁴⁴³ Paquin/Harvey, 175.

⁴⁴⁴ Paquin/Harvey, 177.

⁴⁴⁵ Paquin/Harvey, 175-177.

uygulamanın amacı taraflar arasındaki bir güç dengesini sağlamaktan ziyade, güç ilişkilerinin yeniden yapılandırılması için taraflara bir açıklık bırakmak doğrultusunda şekillenmektedir⁴⁴⁶.

Öyküleyici arabuluculuk sürecinin işleyişi genel hatlarıyla şu şekildedir⁴⁴⁷:

Arabulucu, sürecin *ilk aşamasında* baskın hikâyenin çözümlenmesi amacıyla her bir tarafın hikâyesini ayrı ayrı dinler. Sakin bir şekilde gerçekleştirilen bu dinlemelerde amaç, tarafların kendi hikâyelerini daha önce yapmadıkları kadar etraflıca duymalarını sağlamaktır. Öyküleyici arabulucular, her bir anlatımın devam eden süreçte hikâyenin anlamlandırılmasını şekillendireceğine inanır. Taraflar, zorluğu *dışsallaştırma* sürecine başlamanın bir yolu olarak, çatışmayı kendi cümleleriyle adlandırarak, aralarındaki bütün ilişki bağlamında sorunu ortaya koymak üzere sorulara muhatap kılımlar. Böylelikle *sorun kişi değil; sorun, sorundur* algısı ekseninde bir diyalog başlatılır. Arabulucu taraflara, sorunlarını dışsallaştırılmış bir kurguda dile getirmelerine yardımcı olur. Bu bağlamda sorunlar dile getirilirken, *sürece dâhil olan kişilerden* bağımsızlaştırılmış ifadeler kurgulanır. Böylelikle, tarafların birbirini suçlamasının önüne geçilir. Uyuşmazlık bir kez dışsallaştırıldıktan sonra arabulucu, bu çatışmanın tarafların yaşantısı üzerindeki etkilerinin ne olduğunu ortaya çıkarmaya yönelik sorular sorar. Sonrasında arabulucu, taraflarla ortak bir oturum gerçekleştirir. Böyle bir oturum yapılmasının amaçlarından biri, tarafların kendi hikâyelerini, diğer taraf dinlerken sunmalarına imkân tanımaktır. Arabulucunun bu aşamadaki fonksiyonu, her bir tarafın bakış açısından çatışmanın nasıl ortaya çıktığını adım adım gözden geçirmek üzere süreci yavaşlatmaktır. Sonrasında arabulucu, diğer tarafın huzurunda, çatışmanın her bir taraf üzerinde sahip olduğu etkiyi araştırabilir. Bir sonraki aşamada, taraflar *alternatif bir hikâye* inşa etmeye çalışacaktır. Bu alternatif hikâye, tarafların ne türde bir ilişkiye sahip olmayı tercih edeceklerine yönelik hipotezleri üzerine inşa edilecek ve taraflar aralarındaki sorunu bu ilişkiye müdahale etmekten nasıl alıkoyacaklarını araştıracaktır. Alternatif hikâye yeni bir ilişkinin araştırılması için imkânları ortaya koyduktan sonra, mevcut çatışmayı çözmek için imkânları genişletip genişletmediğini görmek üzere kendi anlayışlarını sürdürmeye devam etmeye davet edilir. Burada amaç, tarafların çatışmaya farklı bir bakış açısıyla yaklaşmasına ve çözüm için farklı opsiyonları ele almalarına

⁴⁴⁶ Bkz. Douglas, "Self-Determination", 35.

⁴⁴⁷ Bkz. Paquin/Harvey, 177 vd.

imkân sunacak duygusal bir açıklık geliştirmektir.

2.2.3.2. Dönüştürücü Arabuluculuk Yaklaşımı

Dönüştürücü yaklaşımın eleştirmenlerinden biri olan *Condlin*⁴⁴⁸, dönüştürücü yaklaşımın 1980lerde şekillenmeye başlamakla birlikte 1990larda sistematikleştirilip yaklaşımın adının konulduğunu dile getirmektedir⁴⁴⁹. Dönüştürücü yaklaşımın *kuramsal bağlamda olmamakla birlikte* izlerini çok eski topluluklara götürmek mümkün olmakla birlikte, modern anlamda arabuluculuk açısından yazarın ifadelerini kullanmak çok da yanlış olmayacaktır⁴⁵⁰. Yine yazarın, uyuşmazlık çözümü öğretisinde dönüştürücü uyuşmazlık çözümü yaklaşımını geliştiren isimlerin *Robert Baruch Bush* ve *Joseph Folger* olarak kabul edildiği yönündeki tespitinin⁴⁵¹ de, yaklaşımın bir modern arabuluculuk yaklaşımı olarak ele alınması sınırları dâhilinde makul karşılanabileceği *fikirindeyiz*. Gerçekten yukarıda adı geçen yazarlar, *dönüştürücü arabuluculuk* ismini vermiş oldukları çatışma çözümü yaklaşımın hedeflerini, prensiplerini, kullanılan teknik ve etkilerini (temel kaynak bağlamında) 1994 yılında yayınlamış oldukları **The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition** ile 2005 yılında yayınladıkları **The promise of mediation: The transformative approach to conflict** isimli eserlerinde kaleme almışlardır⁴⁵². *Baruch Bush* ve *Folger*, bu yaklaşımı oldukça özgün bir konuma sahip kılmaya çalışmakla birlikte Riskin şemalarında görüldüğü gibi, yaklaşımı farklı şekillerde nitelendirmeye giden yazarları görmek mümkündür. Mesela *Martin* dönüştürücü arabuluculuğu *problem çözücü olmayan (non-problem solving)* ve *sonuç odaklı olmayan (non-outcome oriented)* arabuluculuk olarak nitelendirmektedir⁴⁵³. *Etcheson* ise bu yaklaşımı kolaylaştırıcı yaklaşım bloğunda

⁴⁴⁸ Bkz. dn. 665 civarı.

⁴⁴⁹ Condlin, 623. Ayrıca bkz. Robert A. Baruch Bush/Sally Ganong-Pope, "Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction", *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications*, Edt. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford, New York 2004, 53-71, 55.

⁴⁵⁰ Bu noktada *Della-Noce*'nin dönüştürücü yaklaşım üzerine geçmişe yönelik kısa bir değerlendirmesi için bkz. Dorothy Della-Noce, "From Practice to Theory to Practice: A Brief Retrospective on the Transformative Mediation Model", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19 (3), 2004, 925- 936, 925 vd.

⁴⁵¹ Bkz. Condlin, 623.

⁴⁵² Condlin, 623.

⁴⁵³ Bkz. Marc Martin, "How Transformative Is Volunteer Mediation? A Qualitative Study of the Claims of Volunteer Mediators in a Community Justice Program", *Mediation Quarterly*, 18 (1), 2000, 33- 53, 33.

değerlendirmektedir⁴⁵⁴. *Fikrimizce* ise, dönüştürücü yaklaşımın problem çözücü bir arabuluculuk yaklaşımı olmadığı net bir şekilde belli olmakla birlikte, arabuluculuk hedefi algısının taraflar arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesini genişletecek bir boyuta ulaştığı perspektifte, kolaylaştırıcı yaklaşım bloğundan çok uzaklaşmayacak bir arabuluculuk yaklaşımıdır. Fakat gerek değerlendirici gerek kolaylaştırıcı yaklaşımların problem çözücü yaklaşımlar olarak görülmesi⁴⁵⁵ böyle bir bakış açısını sürdürmeyi zorlaştıracaktır.

Aslında problem çözücü arabuluculuğa benzer şekilde dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımı da, karşıt durumdaki tarafların, çatışmalarını çözmeye yönelik olarak sorunlarını –ki bu sorunların hukuki bir çözümü olmayabilir- anlayıp incelemelerine izin vermenin yanı sıra, taraflara mahkeme yargılamasının *kazan – kaybet* modelinden farklı olarak *şekilden bağımsız* ve karşılıklı mutabakata dayalı bir süreç sunmaktadır⁴⁵⁶. Bununla birlikte dönüştürücü model, *problem çözücü modelden* farklı bir hedefin başarımını amaçlamaktadır⁴⁵⁷. Bu bağlamda *Baruch Bush ve Folger*, arabuluculuğun hedefleri, *anlaşma ve problem çözümdür* ile *arabulucu, süreci kontrol eder* şeklindeki arabuluculuğun iki temel varsayımını sorgulamıştır⁴⁵⁸. Gerçekten problem çözücü modelden farklı olarak, dönüştürücü modelin amacı salt bir anlaşma sağlanmasından ibaret değildir. Belirtmek gerekir ki, dönüştürücü modelin böyle bir amaca odaklanmadığını kesin bir dille ifade edenler, sadece yaklaşımın geliştiricileri (*Baruch Bush ve Folger*)⁴⁵⁹ değildir⁴⁶⁰. Üçüncü ağızdan yapılan değerlendirmelerden

⁴⁵⁴ Etcheson, 394.

⁴⁵⁵ Belirtmek gerekir ki, *Bush ve Folger* gerek değerlendirici gerek kolaylaştırıcı yaklaşımları problem çözücü yaklaşımlar olarak görmektedir. Kısa bir şekilde bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261.

⁴⁵⁶ Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 8, 13; Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261.

⁴⁵⁷ Carol Pauli, "Transforming News: How Mediation Principles Can Depolarize Public Talk", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 15 (1), 2015, 85-132, 102. Ayrıca bkz. Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 68 vd. Karş. Lisa P. Gaynier, "Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, 22 (3), 2005, 397-408, 398.

⁴⁵⁸ Gaynier, 398.

⁴⁵⁹ Robert A. Baruch Bush, "Mediation Skills and Client-Centered Lawyering: A New View of the Partnership", *Clinical Law Review*, 19 2013, 429-488, 439.

⁴⁶⁰ Mesela bkz. Pauli, 102; Douglas, "Self-Determination", 31; Alexander, 115; Lisa Blomgren-Bingham/Cynthia J. Hallberlin/Denise A. Walker/Won- Tae Chung, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace", *Harvard Negotiation Law Review*, 14 (1), 2009, 1-50, 22; Stephen K. Huber, "Transformative Mediation in The Workplace", *Alternative Dispute Resolution in Employment*, 1 1999, 37-42, 39.

bahsetmişken, hazır bu başlık altında dönüştürücü yaklaşımla ilgili genel bir değerlendirme yapıldığına göre, *Milner*'ın, 1994 yılında yayınlanan *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* isimli çalışmaya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmelerin⁴⁶¹ bir özetini vermek faydalı olacaktır: Yazar söz konusu kitabın, dönüştürücü uygulamanın merkezî hedefleri olan *güçlendirme (empowerment)* ve *tanıma (recognition)*'nın teşvikine yönelik arabuluculuk potansiyelini açıklayıp ortaya koymak ile *daha geniş anlamda*, arabuluculuk hareketinin akıbetinin insan doğası ve sosyal etkileşime ilişkin gelişmekte olan ilişki bakış açısı ile nasıl bağlantılı olduğunu göstermek şeklinde iki hedefinin olduğunu; *güçlendirme, tanıma, dönüşüm ve ilişki bakış açısının* bu çalışmada daha net anlamlar kazandığını; dönüştürücü uygulamalarda tarafların, kendi ihtiyaç ve yeteneklerinde *öz güven ve öz farkındalıklarını* artırdıklarını ve rakipleri için gerçek bir empati geliştirdiklerini; *Baruch Bush/Folger*'in, *problem çözücü* yaklaşımın toplumu bireysel ihtiyaçların bir yığını olarak görmesi ve diğerleriyle iletişim kurmaya yönelik insanların manevi kapasitelerini geliştirmek için çok küçük bir aralık bırakması sebebiyle bu yaklaşımı eleştirdiğini; yine problem çözücü yaklaşımda arabuluculuk sürecinin başarısını *anlaşmaya varılmış olunması* ile ölçülürken, *Baruch Bush/Folger*'ın geliştirmiş olduğu dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında, başarılı bir sonucun ağırlıklı olarak uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir anlaşmaya varılmış olunmasına bağlı olmadığı, bilakis bu yaklaşımda tarafların *güçlendirilmesi* ve yekdiğerinin zor durumunun gerçek bir takdirine sahip olunmasının sağlanması (*tanıma*) bu yöntemin en önemli hedefi olduğunu; yazarların problem çözücü yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşım arasındaki bağdaşmazlığa vurgu yaptığını ve dönüştürücü yaklaşımlarının *özellikle somut uygulama seviyesinde* problem çözücü yaklaşımdan, temelden farklı ve bu yaklaşımla bağdaşmaz olduğunu; yine yazarların, bu iki yaklaşımın birbirine entegre edilmesinin teorik ve uygulama açısından oldukça zor olduğunu dile getirdiğini; en nihayetinde *Baruch Bush/Folger* yaklaşımının *iyi bir toplumun ne olduğu ve bunun nasıl elde edileceğinin temeli olan bir teori sunmak* anlamına geldiğini belirtmektedir.

Gerçekten dönüştürücü yaklaşımda, çatışma içindeki tarafların kişisel etkinlik ve netlik kaybı yaşadıkları⁴⁶² ve bu sebeple *bencil ve suçlayıcı* bir kimliğe büründüğü

⁴⁶¹ Bkz. *Milner*, 737 vd.

⁴⁶² *Pauli*, 102; *Joseph Folger*, "Harmony and Transformative Mediation Practice: Sustaining Ideological

kabul edilerek⁴⁶³ gittikçe düşmanca davranışlar içinde hareket etmenin, aşağıya doğru devam eden bir sarmalda tarafları, birbirine yönelik ters cevaplar vermeye sevk edeceği ifade edilmiştir⁴⁶⁴. Bu noktada yaklaşımın hedefi, bireyleri *korkak, savunmacı, bencil* pozisyonlarından *kendinden emin, uyumlu ve karşı tarafı önemseyici* bir konuma dönüştürmektir⁴⁶⁵. Bu hedefin başarımı için dönüştürücü arabulucular taraflarda, kısaca *güçlendirme* ve *tanıma* şeklinde ifade edilen şu iki değişimin gerçekleşmesine yardımcı olmaya çalışır⁴⁶⁶: Kendi eksiklikleri ile güçlü yanlarını aydınlığa kavuşturmaları ve birbirlerine empatiyle yaklaşmaları. Bu değişimin gerçekleştirilmesi, klasik (problem çözücü) yaklaşımda kullanılan arabuluculuk tekniklerinden farklı tekniklerin kullanılmasını gerekli kılmaktadır.

Öğretide *Baruch Bush ve Folger*'in dönüştürücü arabuluculuk kavramı üzerine eğilmekle birlikte düşünsel açıdan üç ayrı arabuluculuk uygulama modeli tanımladıklarına işaret edilmektedir⁴⁶⁷: *Problem-Çözücü Model (Problem-solving model)*, *İlişkisel Model (Relational Model)* ve *Uyum Modeli (Harmony Model)*. Problem çözücü arabuluculuk, bireyci dünya görüşü⁴⁶⁸ ve çatışmanın psikolojik-ekonomik bir görünümü üzerine kurulu olup dağıtıcı, bütünüleyici ve menfaat temelli müzakere teorilerinden yoğun şekilde yararlanmakta; *sıfır toplamlı düşünce (zero-sum thinking)*, *tutuklu ikilemi (prisoner's dilemma)*, *konu dağılımı, müzakere edilmiş sözleşmeye en iyi alternatif (best alternative to negotiated agreement: BATNA)* ile *risk analizi* gibi iyi bilinen müzakere kavramlarına dayanmaktadır. Dönüştürücü arabuluculuk, insan çatışmalarının sosyal-iletişimsel bir görünümünü benimsemekte ve güçlendirme – tanıma yoluyla tarafların ilişkilerini dönüştürme kabiliyetlerine

Differences in Purpose and Practice", *North Dakota Law Review*, 84 2008, 823-860, 840-841.

⁴⁶³ Pauli, 102; Gaynier, 398; Folger, 840-841.

⁴⁶⁴ Bkz. Pauli, 102.

⁴⁶⁵ Bkz. Pauli, 102.

⁴⁶⁶ Bkz. Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 66, 225 vd.

⁴⁶⁷ Bkz. Alexander, 100; "Bush ve Folger problem-çözücü sistemin bireyselci ideolojiye dayandığını, uyum sisteminin organik ideolojiye dayandığını ve dönüştürücü sistemin ilişkisel ideoloji üzerine kurulu olduğunu ileri sürmektedir" (Folger, 825). Farklı bir perspektiften (kolaylaştırıcı, değerlendirici, dönüştürücü arabuluculuk) ayrıca bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 258.

⁴⁶⁸ Harper, 599; Dorothy Della-Noce/Robert A. Baruch Bush/Joseph P. Folger, "Clarifying the Theoretical Underpinning of Mediation: Implications for Practice and Policy", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3 (39), 2002, 39-65, 49.

odaklanmaktadır⁴⁶⁹. Böylelikle taraflar, birbirleriyle daha yararlı ve yapıcı bir biçimde iletişim kurabilirler. Son olarak *organik ideolojiye* dayanan uyum modeli, bilhassa batılı olmayan toplumlarda görülmekte olup çatışmanın, sadece ilgili bireyler için değil aynı zamanda toplum için bir konu olarak algılandığı kollektivist bir bakış açısından yararlanmaktadır. *Folger*, problem çözücü yaklaşım, uyum yaklaşımı ve dönüştürücü yaklaşımın dayandığı her üç ideolojinin (sırasıyla bireyselci ideoloji, organik ideoloji ve ilişkiyel ideoloji), arabulucuların çatışma ve çatışma yönetimine profesyonel ve kişisel yönelimlerini şekillendirdiğini ifade etmekte ve bu ideolojilerin, sadece uygulama farklılıklarını ya da arabulucuların belirli durumlarda nasıl hareket ettiklerini açıklamaya yönelik olmadığını; bundan ziyade söz konusu ideolojilerin uygulayıcıların, arabuluculuk süreci ile ilgili belirlemiş oldukları değer yüklü seçimler ile başarımına odaklandıkları sonuçları netleştirmeye odaklandıklarına vurgu yapmaktadır⁴⁷⁰. Kısaca, bu ideolojik sistemler, alternatif uyuşmazlık çözümü alanındaki arabuluculuk uygulamasının temel türleri arasında var olan farklılıkların en derin düzeylerini meydana çıkarmaktadır⁴⁷¹.

Yukarıdaki şekilde dönüştürücü yaklaşımın, problem çözücü yaklaşım ile uyum yaklaşımı arasındaki farklara işaret ettiğine göre, bu farkların daha yakın bir perspektiften ele alınması konunun anlaşılması açısından önemli olacaktır. Bu doğrultuda, devam eden başlıklarda önce problem çözücü yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşım arasındaki farklara değinilecek, sonrasında ise uyum yaklaşımı ile dönüştürücü yaklaşım arasındaki farklara değinilecektir.

2.2.3.2.1. Problem Çözücü Yaklaşım Karşısında Dönüştürücü Yaklaşım

Dönüştürücü yaklaşım ile öğretilde sıklıkla karşılaştırılan ve arabuluculuk uygulamalarında klasik bir yaklaşım olarak kabul edilen problem çözücü yaklaşım, elbette problem çözücü müzakere yaklaşımı üzerine geliştirilmiş bir arabuluculuk yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda arabuluculuk süreci, çatışma içindeki tarafların yüzleştiği belirli sorunların çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı bir süreç olarak algılanır⁴⁷². Problem çözücü arabuluculuk yaklaşımı, tarafların birbiriyle bağdaşmayan ihtiyaçları ve

⁴⁶⁹ Harper, 599; Della-Noce/Baruch Bush/Folger, 51.

⁴⁷⁰ Bkz. Folger, 825.

⁴⁷¹ Folger, 825.

⁴⁷² Baruch Bush, "Mediation Skills", 434.

menfaatlerinden doğan çatışmalarda, çatışmanın psikolojik ve ekonomik bir görüntüsünü esas almakta; bu yaklaşımı benimseyen arabulucular da, *sulh anlaşması (settlement agreement)* şeklinde ortaya çıkan bir çözüme ulaşmayı, tarafların öncelikli hedefi olarak görmektedir ve bu doğrultuda problem çözücü arabulucular taraflara sorunlarını belirlemek ve bu sorunlara çözüm bulmaya yönelik seçenekler üretmek noktalarında yardımcı olup onları bir anlaşmaya varmaya teşvik eder⁴⁷³. Buna mukabil dönüştürücü yaklaşımda çatışma, öncelikle tarafların etkileşimindeki bozulma olarak kabul edilerek çatışmanın sosyal ve iletişimsel bir görüntüsünü esas alır; bu yaklaşımı benimseyen arabulucular için de birinci hedef, aralarındaki etkileşimi daha uzlaştırıcı bir niteliğe kavuşturmak üzere tarafları güçlendirmek suretiyle, aşağı doğru inen etkileşim sarmalını tersine çevirmek şeklinde tezahür eder⁴⁷⁴. Gerçekten dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında, çatışma içinde olan tarafların kişisel etkinlik ile netlik kaybı yaşadıkları; ve bunun üzerine *bencil* ve *suçlayıcı* bir kimliğe büründüğünü kabul edildiğinden⁴⁷⁵, gittikçe düşmanca davranışlar içinde hareket ettikleri ve birbirlerine yönelik ters cevaplar vermeye sevk eden⁴⁷⁶ bir sarmaldan tarafları kurtarmak, temel hedeftir. Dönüştürücü yaklaşımda, bu sarmalı tersine çevirmek diğer maddi konuların ele alınmasından önce gelir. Zira taraflar arasında çatışma dönüşümü sağlanmadan, bir anlaşmaya varılsa bile bu, taraflar üzerindeki kızgınlık ve stresi bertaraf etmeyecektir⁴⁷⁷. Bunu başarmak üzere, güçlendirme ve tanıma şeklinde ifade edilen dönüşümleri gerçekleştirmek üzere, dönüştürücü yaklaşım problem çözücü yaklaşımda kullanılmayan tekniklere yer vermektedir⁴⁷⁸: Problem çözücü arabulucular, genel bir anlamaya yönelik bir ivme geliştirilmesine yardımcı olmak üzere, taraflar arasındaki anlaşma alanlarına dikkat çekerken, dönüştürücü arabulucu anlaşmazlık alanlarına dikkat çeker. Problem çözücü arabulucu, tarafları müzakere için makul konulara çevirmek üzere, taraflardan birinden gelen *tahrik edici* ifadeleri başka şekilde ifade edebilirken, dönüştürücü arabulucu bunu yapmaz. Dönüştürücü arabulucu düşmanca, iğneleyici ve nutuk şeklindeki söylemleri tarafın kendisini zayıf hissettiğinin belirtileri

⁴⁷³ Harper, 599; Della-Noce/Baruch Bush/Folger, 49.

⁴⁷⁴ Harper, 599; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 75-76; Della-Noce/Baruch Bush/Folger, 51.

⁴⁷⁵ Bkz. Pauli, 102; Gaynier, 398; Folger, 840-841.

⁴⁷⁶ Bkz. Pauli, 102.

⁴⁷⁷ Harper, 599-600; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 52.

⁴⁷⁸ Bkz. Pauli, 103 vd.

olarak görür. Bunun üzerine dönüştürücü arabulucu, *yansıtma* tekniğini kullanarak tarafların duygularını dışa vurmalarına yardımcı olur⁴⁷⁹. Bunun dışında dönüştürücü arabulucular, iki tarafça gündeme getirilen konuları bir kez daha saydıkları çok amaçlı *özetler* sunarlar ve anlaşmazlık konularının altını çizerler. Dönüştürücü arabulucular, bu konuları farklı bir şekilde ifade etmez, farklı bir açıdan bakmaz ve bunları öncelik sırasına koymaz. Bunun yerine, bir sonraki aşamadaki konuşmalarından önce, durumu değerlendirmelerine imkân tanıyacak bir özet sunarlar.

Problem çözücü yaklaşımda sürecin kontrolü arabulucunun elinde iken, dönüştürücü yaklaşımda sürecin kontrolü tarafların elindedir⁴⁸⁰. Bu doğrultuda dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun görevi, ister sürecin nasıl yürütüleceği ister sonuçla ilgili olsun tarafların tartışma ve karar vermelerini desteklemek ve karşılıklı anlayışın iyileştirilme ihtimalinin olduğu her noktada taraflar arasındaki iletişimi desteklemektir⁴⁸¹. Kısaca, dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun temel görevi, tarafları herhangi bir şekilde yönlendirmek yerine onların *müzakerelerini*, *iletişimlerini* ve *karar vermelerini* desteklemektir⁴⁸². Dönüştürücü yaklaşımını daha net bir şekilde anlaşılmasını sağlamak üzere öğretilde *problem çözücü yaklaşımla* karşılaştırmasına yönelik şemalara rastlamak da mümkündür⁴⁸³.

2.2.3.2.2. Uyum Yaklaşımı Karşısında Dönüştürücü Yaklaşım

Dönüştürücü yaklaşım ile karşılaştırılması gereken bir diğer yaklaşım *uyum* (**harmony**) yaklaşımıdır. Hemen vurgulamak gerekir ki, ileride kurgulanacak olan *uyumlaştırılmış* yaklaşım ile şimdi genel hatlarıyla ele alınacak olan *uyum* yaklaşımı aynı kavramlar değildir. *Folger*, uyum yaklaşımının ideolojik temellerini şu başlıklar altında ele almaktadır⁴⁸⁴: *Çatışma konularının önlenmesi; durumun kurtarılması; özür ve bağışlamaların önerilmesi*. Uyum yaklaşımının standartlaştırılmış bir uygulaması olmamakla birlikte, şu beş arabuluculuk davranışının bu yaklaşımı destekleyici olduğunu

⁴⁷⁹ Bkz. Folger, 841 vd; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 143-144.

⁴⁸⁰ Bkz. Baruch Bush, "Mediation Skills", 434-435.

⁴⁸¹ Baruch Bush, "Mediation Skills", 435.

⁴⁸² Baruch Bush, "Mediation Skills", 435.

⁴⁸³ Bkz. *Transformative Mediation Summary by Heidi Burgess* <http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall.htm> (7.9.2016; Martin, 36; Baruch Bush, "Mediation Skills", 436 vd.

⁴⁸⁴ Bkz. Folger, 830 vd.

söylemek mümkündür⁴⁸⁵: *Ayrılmış taraf oturumlarına inanmak; etkin şekilde uzlaştırıcı bir ortam oluşturulması; uyuşmazlığın doğasının ve yönünün istişare edilmesi; tarafların çatışma etkileşiminin frenlenmesi; vaziyeti kurtarmanın, özür ve bağışlamanın teşvik edilmesi.* Uyum yaklaşımında, genellikle arabulucunun uyuşmazlık taraflarının kişisel durumlarını bilmesi gerektiği yönünde bir beklenti mevcut olduğundan, arabulucunun tarafların yakın çevresiyle olan ilişkisi önemlidir. Arabulucunun bu ilişki sayesinde uyuşmazlığın mevcut durumunu anlayacağı ve taraflar ile onların ilişkilerinin geçmişle aşinalığı olacağı varsayıldığından, söz konusu ilişki gerekli ve faydalı kabul edilmektedir. Böyle bir bilgiye sahip olması, arabulucunun uyuşmazlığı daha iyi yorumlamasına ve gidişatına rehberlik etmesine imkân sunacaktır. Bu doğrultuda denilebilir ki, uyum yaklaşımında arabulucunun profesyonel becerisi yerine kişisel görüntüsü ön plana gelmektedir. Uyum yaklaşımını benimseyen bir arabulucu, topluluk içinde *saygın bir kimliğe sahip, önemsenen* üçüncü kişi rolünü yansıtan bir iletişimi benimseyerek tarafların ilişkilerini geliştirmelerini arzulayan bir görüntü çizer. Bu doğrultuda arabulucunun sözel ve sözel olmayan iletişimi şu eğilimleri içerecek tarzda şekillenecektir⁴⁸⁶: Tehditkâr veya saldırgan olmayan sözel ifadelerle dayanma; düşünceli ve serinkanlı bir ses tonu kullanma; koruyucu tavsiyeler sunma; taraflara karşı derin saygı taşıma.

Uyum yaklaşımı ile dönüştürücü yaklaşım, çatışmanın ne olduğu sorusuna yönelik bakış açıları, üretken bir çatışmanın neler başarabileceği ve tarafların çatışmaya yönelik nasıl hareket etmeleri gerektiği noktalarında birbirinden ayrılmaktadır⁴⁸⁷. Uyum yaklaşımında çatışma, meydana geldiği grup veya topluluktan daha büyük bir topluluk veya grupta devam eden sosyal düzenin bozulması olarak görülür⁴⁸⁸. Belirli bir topluluğun, çatışma doğduğunda üyeleri arasındaki ilişkiyi sürdürme ve değerlerini korumaya yönelik olarak bir arabuluculuk programı ürettiğinde, uyum modelinin benimsendiği bir arabuluculuk süreci böyle bir hedefe ulaşılmasını kolaylaştıracak iken, böyle bir ihtimalde dönüştürücü yaklaşımın benimsenmiş olması halinde, ortak değerlerin korunması veya ilişkilerin onarılması noktasında bir garantinin verilmesinden

⁴⁸⁵ Bkz. Folger, 835 vd.

⁴⁸⁶ Folger, 834-835.

⁴⁸⁷ Bkz. Folger, 827.

⁴⁸⁸ Folger, 827.

bahsedilemeyecektir⁴⁸⁹. Zira dönüştürücü yaklaşımda tarafların güçlendirilmesine yönelik arabuluculuk hedefi, arabulucunun tarafları *uyumlaştırmaya* veya onları açık ya da örtülü bir ortak değerler kümesi ile uygun şekilde hareket etmek noktasında destekleyici davranışlara yönelmesini kabul etmez. Aşağıda (2.3.4.2.1.1.) ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, dönüştürücü arabulucular, dönüştürücü yaklaşımın üzerine kurulduğu *taraf güçlendirilmesi temel ilkesini* korumak üzere, taraflar için risk taşısa dahi onların farklı fikirlerini dile getirmelerini destekler. Nitekim *Folger*, uyum yaklaşımına yönelik müdahale beklentilerinin olduğu ihtimallerde, dönüştürücü yaklaşımının uygulamaya konulmasının arabulucu için oldukça zor olabileceğini dile getirmektedir. Dönüştürücü yaklaşımın üzerine kurulu olduğu *taraf güçlendirilmesi* temel prensibini korumak adına bu yaklaşımda tarafların *ayrık* düşüncelerini dışa vurmalarının desteklenmesi, uyum yaklaşımının hedefleriyle çatışacaktır⁴⁹⁰. Tam tersine, arabulucunun, taraf uyumlaştırılmasına ve ilişkilerin restorasyonuna odaklanması da dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği bir uygulamaya uygun düşmeyecektir; zira dönüştürücü yaklaşım, taraf seçimi ve taraf özerkliğini *tamamen* desteklerken, uyum yaklaşımının benimsendiği arabulucu müdahaleleri, uyum yaklaşımının hedeflerini gerçekleştirmek üzere *taraf güdümlü* sonuçların olası tüm limitlerini sınırlayacaktır⁴⁹¹. Şu halde denilebilir ki uyum yaklaşımı ile dönüştürücü yaklaşım arasındaki temel fark, bir çatışma müdahale süreci olarak arabuluculuğun taraf özerkliğini koruma ve destekleme kapsamlarında yatmaktadır⁴⁹²: Dönüştürücü yaklaşım, *taraf güçlendirilmesini* arabuluculuk sürecindeki en önemli değer olarak görürken, uyum yaklaşımı fertler arası uzlaşma ve sosyal stabiliteyi taraf özerkliğinin üzerinde değerlendirir. *Uyum yaklaşımında* arabulucu, tarafları dinlerken genellikle ortak noktaları bulmaya, ortak değerler için gizli veya aşikâr bir destek mevcut olduğunda veya ilişkileri tehdit eden seçenekler ele alındığında, bunların farkında olmaya yönelik bir dinleme gerçekleştirirken; dönüştürücü yaklaşımda arabulucular, tarafların etkileşiminde güçlendirme ve tanınmanın desteklenebileceği yerlere veya altının çizilmesine ihtiyaç

⁴⁸⁹ Folger, 854-855. Öğretide uyum ideolojisi, taraflar üzerinde önemli bir uyum baskısı uygulanmasına yol açabileceği noktasında sakıncalı bulunmaktadır. Bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 66.

⁴⁹⁰ Bkz. Folger, 855.

⁴⁹¹ Folger, 855. Yazar bu noktada, ilişkileri tehdit eden konuların engellenmesinin ve tarafların, muhalefeti azaltmak noktasında desteklenmesinin *taraf sesini* ve *özerkliğini* sınırlayıcı uygulamalar olduğunu belirtmektedir.

⁴⁹² Bkz. Folger, 860.

duyulan önemli farklılıkların bulunduğu durumlara odaklanan bir dinleme gerçekleştirir⁴⁹³. Benzer şekilde arabulucu tarafından sunulan *özetlemeler* de her iki yaklaşımda farklılaşmaktadır⁴⁹⁴: *Uyum yaklaşımında* özetler, *uyumlaştırma* veya ortak değerlerin korunması hedeflerinin başarımı doğrultusunda şekillenecekken, *dönüştürücü yaklaşımda* özetlemeler, tarafların gerçek duygu ve düşüncelerini yansıtacak ölçüde şekillenecektir.

2.2.4. Dönüştürücü Yaklaşımda Çatışma Dönüşümü

Dönüştürücü yaklaşımda arabuluculuk süreci, arabulucunun, çatışma içindeki taraflara negatif ve *yıkıcı çatışma*⁴⁹⁵ etkileşimlerini pozitif ve *yapıcı bir çatışma*⁴⁹⁶ etkileşim sürecine çevirmelerine yardımcı olduğu bir süreç olarak tanımlandığına⁴⁹⁷ göre, çatışma dönüşümü kavramının daha yakından incelenmesi gerekeceği açıktır.

İlk olarak belirtmek gerekir ki *çatışma dönüşümü (conflict transformation)* ile ilgili tanımlama ve ifadeler sürekli bir değişim içindedir⁴⁹⁸. Temel terminoloji üzerine bir mutabakatın söz konusu olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, terimin teorik ve pratik uygulanma kabiliyeti üzerine hâlâ böyle bir mutabakatının mevcut olmadığını da

⁴⁹³ Folger, 854.

⁴⁹⁴ Bkz. Folger, 854.

⁴⁹⁵ "...Yıkıcı çatışmayı tetikleyen etkenlerden ilki, yarışmacı süreçte verilen tepkilerdir. Bu süreçte, taraflar arasındaki iletişim sağlıklı veya kopuk, tavırlar düşmancadır. Birbirlerinin farklılıklarına karşı aşırı bir hassasiyet geliştiren taraflar, bunları hoş görmeyi engelleyen **şüpheli bir tutum sergilemektedirler. İlgi ve dikkatleri çatışmayı kazanmaya odaklanmıştır.** Bununla bağlantılı ikinci etken, birbirlerine karşı besledikleri olumsuz duygular nedeniyle, **karşılıklı niyet ve davranışlarını yanlış anlama ve yanlış değerlendirme eğilimlerinin kuvvetli oluşudur.** Ayrıca tarafların eylemlerinin, inanç ve tutumlarına göre şekillenmesi de yıkıcı çatışmayı etkileyebilmektedir. **Öz doğrularına aşırı bağlılıkları nedeniyle, bunu kendilerine ve çevrelerine kanıtlamak için, istemeden bile olsa çatışmayı şiddetlendirebilmektedirler.** Başlangıçta kötü niyet olmaksızın üretildiği varsayılan düşünceler, bir zaman sonra tehlikeli bir hal almakta, çatışmanın çözüm yolu da aynı sabit fikirlilik dolayısıyla tıkanmaktadır..." (Şahin-Ceylan, 61-62).

⁴⁹⁶ "...Yapıcı çatışma, ilkinin (yıkıcı çatışmanın) aksine, çatışmanın olumlu işlevlerinin öne çıkarılması esasına dayanır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, işbirlikçi süreçle doğrudan bağlantılıdır. İşbirliği anlayışına göre çatışma, karşılıklı tatmin sağlayacak bir çözümün tarafların yararına olduğu genel bir sorundur. İşbirliği konusuyla ilgili bilgilerin açık ve dürüst biçimde aktarımını sağladığı için, kişiler akıllarına takılan sorunların aydınlatılmasını isteyebilir, kendileri için önem taşıyan noktaları vurgulayabilirler. Yine işbirliği nedeniyle, karşı tarafın ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak, herkesi memnun edecek bir çözüm arayışına girebilirler. Çatışma güven ve dostluk duygularını geliştirdiği için, farklılıkları büyütme yerine, ortak fayda ve benzerlikleri pekiştirebilirler..." (Şahin-Ceylan, 62).

⁴⁹⁷ Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 83.

⁴⁹⁸ Johannes Botes, "Conflict Transformation: A Debate Over Semantics or A Crucial Shift in The Theory and Practice of Peace and Conflict Studies?", *International Journal of Peace Studies*, 8 (2), 2003, 1-27, 7.

ifade etmek faydalı olacaktır⁴⁹⁹. Gerçekten öğretide çatışma dönüşümünün ne olduğu sorusuna verilen cevaplar çok çeşitli yaklaşımlar altında gelişmiştir. Bu noktada *Baruch Bush/Folger* yaklaşımını da içeren şu üç terim kullanımının belirtilmesi isabetli olacaktır⁵⁰⁰: Bunlardan ilki, çatışma dönüşümünü, taraflar arasındaki ilişkide temel bir değişim ve tarafların birbirlerinin amaçlarını tanımadaki bir değişim olarak açıklayan yaklaşımdır. İkincisi, dönüşümü çok güçlü gruplardan daha az güçlü gruplara kadar yeniden bir güç dağılımının yanı sıra sosyal kurumların yeniden yapılandırılması olarak tanımlayan yaklaşımdır. Son olarak üçüncü yaklaşım, insanların bilinç ve karakterlerinde değişim getirmeye odaklanan *Baruch Bush ve Folger*'ın dönüştürücü yaklaşımıdır.

Aşağıda ilk olarak, çatışma içine giren bireylerin yüz yüze kaldıkları olumsuz çatışma düzeyine değinilecek, sonrasında ise dönüştürücü yaklaşımda bu olumsuz çatışma düzeyinin nasıl olumlu ve yapıcı bir etkileşim ilişkisine dönüştürüldüğü inceleme konusu yapılacaktır.

2.3.4.1. Olumsuz Çatışma Düzeyi

Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımının, *bir çatışma dönüşümü yaklaşımı olduğu* vurgulanan bir ifade⁵⁰¹ olduğuna göre, bu yaklaşımın öncelikli olarak odaklandığı *olumsuz çatışma düzeyine* değinmekte yarar vardır. Fertler, birbirleriyle bir çatışma içinde değilken içinde buldukları etkileşim sürecinde birbirlerine karşı tutumlarında bir anormallik yoktur. Yani bu dönemde insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde nezaket ve insancılık etkindir. Bunu, kişinin çevresiyle uyum içinde olduğu ilişkilerde gözlemlemek mümkündür. Fakat çatışma içinde olan insanların içinde buldukları etkileşim süreci (çatışma süreci) bu nezaket ve insancılık faktörlerinin kaybolmasına ve yerine başka faktörlerin etkinlik kazanmaya başlamasına sahne olur. İşte dönüştürücü yaklaşımın üzerinde durduğu ve dönüşümünü gerçekleştirmeyi hedeflediği olumsuz çatışma düzeyi bu faktörlere odaklanılarak anlaşılabilir. Dönüştürücü yaklaşım, bir çatışmanın taraflarda oluşturduğu ilk etkinin *güçsüzlük (weakness)* ve *yetersizlik (incapacity)* hisleri olduğunu varsayar; gerçekten başlangıçtaki güç pozisyonu ne olursa olsun çatışmanın birey

⁴⁹⁹ Botes, 7.

⁵⁰⁰ Bkz. Botes, 3.

⁵⁰¹ “Dönüştürücü arabuluculuk en iyi şekilde, ‘çatışma etkileşimi kalitesinin değiştirilmesine’ yönelik bir süreç olarak anlaşılabilir” (Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 77).

üzerinde oluşturduğu güçsüzlük hissinden bağışık kalmak oldukça zordur⁵⁰². Çatışmanın taraflar üzerinde meydana getirdiği bir diğer hissiyat *kendini onaylama (self absorption)* hissidir; zira çatışma öncesi döneme kıyaslandığında taraflar, kendilerine daha fazla odaklanmakta ve kendilerini daha fazla koruyan, daha şüpheli, muhalif ve kapalı, diğer tarafın bakış açısına karşı daha vurdumduymaz bir hale gelmektedir⁵⁰³. *Baruch Bush ve Folger* bu çatışma düzeyini ifade etmek üzere *olumsuz sarmal diyagramını* kullanmaktadır⁵⁰⁴. Yazarların kullanmış olduğu bu sarmalın dönüştürücü yaklaşım açısından şu şekilde yorumlandığını söylemek mümkündür⁵⁰⁵: İlk olarak, aşağı inen sarmal ok yapısından anlaşılacağı üzere zayıflık ve kendini onaylama tecrübeleri müstakil olarak ortaya çıkmamaktadır. Tersine, bu duygular şu şekilde örneklendirilebilecek bir geri besleme döngüsü içinde kendini takviye etmektedir: *Kendimi daha zayıf hissettiğimde, sana karşı daha muhalif ve kapalı oluyorum; ve sana karşı daha hasmane olduğumda, sen bana daha fazla bu şekilde reaksiyon gösteriyorsun ve ben daha fazla zayıf ve sana karşı daha da kapalı ve muhalif olmaya başlıyorum.* Dönüştürücü teori, böyle bir sarmalı *etkileşimsel yozlaşma (interactional degeneration)* olarak görmektedir: Çatışmalar ortaya çıkmadan önce, hangi bağlamda olursa olsun, tarafların birbirleriyle etkileşimlerinde nezaket ve iyilik etkindir. Çatışma ortaya çıktıktan sonra ise, düzgün bir şekilde başlayan etkileşim her iki tarafta negatif, yıkıcı, yabancılaştırıcı ve korkutucu bir sarmala dönmektedir.

2.3.4.2. Çatışma Dönüşümü

Çatışmanın tarafları içine sürüklediği yukarıdaki sarmal karşısında, tarafları bir arabulucuya başvurmaya sevk eden saik de, belirli konuların çözümünde yardımcı olmasından ziyade, bu aşağı doğru seyreden sarmalı tersine çevirmek ve etkileşimlerini

⁵⁰² Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 73.

⁵⁰³ Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 73. Yazarlar aynı sayfada yer alan dn. 10’da bu düşüncelerine bilişsel ve sosyal psikoloji ile nöropsikoloji alanındaki çalışmalardan güçlü bir desteğin bulunduğunu dile getirmektedir. Fikrimizce bu çatışma düzeyi “...Tarafların asıl çatışmayı ve nedenlerini dışı vurmadan, görünürdeki başka bir çatışmayı sürdürmeleridir...” şeklinde ifade edilen (Şahin-Ceylan, 55) *değiştirilmiş çatışma* kavramını anımsatmaktadır. Fakat “...Herhangi objektif bir sebep yokken, yanlış anlama veya algılama nedeniyle çatışma yaşanmasıdır. Yanlış başlayan bir çatışma, yeni duygu ve davranışlar dolayısıyla doğru bir çatışmaya da dönüşebilir ...” şeklinde ifade edilen (Şahin-Ceylan, 56) *yanlış çatışma* kavramından tamamen farklı bir kavram olduğu da açıktır. Bununla birlikte olumsuz çatışma düzeyinde yükselen gerginlik süreç içinde farklı yanlış çatışmaların oluşmasına da yol açabilir.

⁵⁰⁴ Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 74 (**figure 1**).

⁵⁰⁵ Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 74 vd; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 50 vd.

daha insancıl bir niteliğe kavuşturmaya yardımcı olmasıdır⁵⁰⁶. Bu bağlamda dönüştürücü teori perspektifinden aşağı doğru inen sarmalı tersine çevirmek, arabuluculuğun çatışma içindeki taraflara sunduğu birincil değer olup bu, tarafların uyuşmazlık konuları üzerinde bir anlaşmaya varmasına yardımcı olmanın çok ötesindedir⁵⁰⁷. Bu döngüyü sonlandırmadan veya değiştirmeden, taraflar kendilerini yakalayan ve felç edici etkilerinden kurtulamadıkları negatif etkileşimden sıyrılamazlar⁵⁰⁸.

Çatışma dönüşümü,⁵⁰⁹ bunu nasıl başarmaktadır? Bu sorunun cevabı ileride daha ayrıntılı olarak ele alınacak *güçlendirme (empowerment)* ve *tanıma (recognition)* kavramlarında yatmaktadır. Dönüştürücü yaklaşım perspektifinde güçlendirme ve tanıma ile taraflar arasında kötüye doğru giden etkileşim sarmalı, tersine hareket etmeye başlayacak ve –çatışma ve anlaşmazlık hala devam ediyor olsa bile- taraflar kendilerini negatif, yıkıcı, yabancılaştıran bir etkileşim sürecinden pozitif, yapıcı, birleştirici ve insancılaştırıcı bir sürece taşıyacaktır⁵¹⁰. Yazarlar, çatışma etkileşiminin değişimini, tarafları zayıf ve kapalı konumlarından güçlendirme ve tanıma yoluyla güçlü ve cevap verebilir bir konuma taşıyan yine sarmal yapıdaki bir süreç olarak izah etmektedir⁵¹¹.

Yazarların kullanmış oldukları şekil bağlamında çatışma dönüşümünün şu şekilde gerçekleştiğini söylemek mümkündür⁵¹²: Çatışma içindeki insanlar her ne kadar kendilerini negatif, yıkıcı, yabancılaştırıcı bir sarmal içinde bulsalar da, böyle bir sarmal içinde kalmak zorunda değildirler. Çatışma, statik bir süreç olmayıp –arabulucu gibi üçüncü bir kişinin katılımı söz konusu olmasa dahi⁵¹³- tarafların dikkat çekici yollarda hareket edip çözüm üretebileceği gelişim gösteren, dinamik bir olgudur. Taraflar zayıflık

⁵⁰⁶ Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 77; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 51-52. Ayrıntılı olarak bkz. Robert A. Baruch Bush, "What Do We Need a Mediator For?: Mediation's 'Value-Added' for Negotiators", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 12 (1), 1996, 1-36, 6 vd.

⁵⁰⁷ Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 76. Ayrıca bkz. Jessica Katz-Jameson/Andrea M. Bodtker/Dennis M. Porch/William J. Jordan, "Exploring the Role of Emotion in Conflict Transformation", *Conflict Resolution Quarterly*, 27 (2), 2009, 167-192, 170; Botes, 3.

⁵⁰⁸ Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 77.

⁵⁰⁹ Farklı yaklaşımlar açısından çatışma dönüşümü kavramının nasıl ele alındığına yönelik bkz. Katz-Jameson/Bodtker/Porch/Jordan, 169 vd.

⁵¹⁰ Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 82.

⁵¹¹ Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 81 (**figure 2**).

⁵¹² Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 80; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 55 vd.

⁵¹³ Karş. Katz-Jameson/Bodtker/Porch/Jordan, 170-171.

hislerinden güç kazanmaya doğru hareket ederek, daha serinkanlı, daha net, kendine daha fazla güvenen, daha kolay anlaşılır ve daha kararlı hale gelirler. Kendini onaylayan konumlarından sıyrılıp karşılık veren, uyumlu bir yöne doğru ilerleyerek, nazik, açık, güvenilir ve diğer tarafa karşı daha duyarlı bir hale gelirler. Dönüştürücü çatışma teorisinde söz konusu dinamik yön değiştirme hareketleri *güçlendirme* ve *tanıma* olarak adlandırılmaktadır⁵¹⁴. Yazarlar, kullanmış oldukları şekilde güçlendirme ve tanıma fonksiyonları ile gerçekleşen dönüşümün, tıpkı aşağı uzanan sarmal gibi birbirini besleyen bir etkileşim süreci olduğuna işaret etmektedir: *Kendimi daha güçlü hissettikçe sana daha açık oluyorum, sana daha açık oldukça, sen kendini daha güçlü hissediyor ve bana karşı daha açık hale geliyorsun.*

2.3.4.2.1. Güçlendirme ve Tanıma

Güçlendirme ve tanıma, dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımının iki temel kavramını teşkil etmektedir⁵¹⁵. Dönüştürücü yaklaşımda arabuluculuk süreci, farklı anlamlara bürünebilecek bu iki kavramın çatışma dönüşümünde sahip olduğu önem doğrultusunda şekillenmektedir⁵¹⁶. Bu doğrultuda ilk olarak her iki terimin dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında nasıl algılandığını kısaca izah etmekte yarar vardır⁵¹⁷: *Güçlendirme* terimi için belirtilmesi gereken ilk husus, bu terimin dönüştürücü yaklaşımda (özellikle karşı taraf üstünde) bir otorite kazanmak anlamına gelmediğidir. Gerçekten güçlendirme terimi, kişinin kendi iç dünyasında gerçekleşen bir dönüşümü

⁵¹⁴ Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 82; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 22. Ayrıca bkz. Robert A. Baruch Bush, "Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation", *Florida Law Review*, 41 1989, 253-286, 266; Robert A. Baruch Bush, "Mediation and Adjudication: Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation", *Journal of Contemporary Legal Issues*, 3 (1), 1989-1990, 1-35, 9 dn. 41.

⁵¹⁵ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 328; James R. Antes/Judith A. Saul, "Evaluating Mediation Practice from a Transformative Perspective", *Mediation Quarterly*, 18 (3), 2001, 313-323, 315; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 22. Bu iki temel kavram, aynı zamanda arabuluculuk sürecinin kendine özgü becerisini yansıtan bir argümana dayanak olmaktadır: *Diğer yöntemlerin yapamayıp arabuluculuğun yapabileceği şey, başka bir deyişle arabuluculuğun kendine özgü ve değerli yeteneği, tarafların güçlendirilmesini teşvik etmek ve aralarında tanıma uyandırmaktır* (Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 272).

⁵¹⁶ "Bir bütün olarak bakıldığında, güçlendirme ve tanıma kavramları altında yer alan ifadeler, uyumsuzluk çözümü ve kişisel anlamda kendini keşfetmek için güçlü bir temele hizmet eden ve *verimli döngü (virtuous cycle)* olarak tanımlanan bir sarmal meydana getirmektedir" (Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 327).

⁵¹⁷ Bkz. Pauli, 103; Joseph P. Folger/Robert A. Baruch Bush, "Transformative Mediation and Third- Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 263-278, 266 vd; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 76-77; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 326.

ifade etmektedir –ki bu dönüşüm, kişisel açıklık ve metanet kazanımı şeklinde ifade edilebilir. *Tanıma* ise, zihinde uyandıracağı ilk anlam olan, daha önce görülen bir takım şeyleri (veya kişileri) tekrar hatırlamak anlamına gelmemektedir. Bu terimin, dönüştürücü yaklaşımda güçlendirme – tanıma ikilisi içinde büründüğü anlam, diğer tarafın bakış açısını, değerlerini, menfaatlerini anlayıp kabul etme ve empati kurma şeklindedir. Farklı bir deyişle taraflar arasında *karşılıklı anlayış ve şefkatin* etkin kılınmasıdır⁵¹⁸. Belirtilen terimlerin dönüştürücü yaklaşım çerçevesinde kazandıkları bu anlamlar doğrultusunda, arabuluculuk faaliyetinde *güçlendirme ve tanıma süreçleri* taraflara diğer bakış açılarından düşünmek ve kendi kararlarını alabilme fırsatı sunacaktır⁵¹⁹. Bu iki kavram süreç açısından o kadar önemlidir ki, dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk süreçleri de genellikle bir anlaşma ile sonuçlanmakla birlikte, anlaşmaya ulaşılmış olmanın etkisi, güçlendirme ve tanıma tecrübeleriyle tarafların ilişkisinde meydana gelen dönüşüm yanında ikinci planda kalmaktadır⁵²⁰. Doğaldır ki, dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun görevi de bu doğrultuda şekillenmektedir⁵²¹. Nitekim güçlendirme ve tanıma, problem çözücü yaklaşımın aksine dönüştürücü yaklaşımda, arabulucunun tarafları yönlendirici bir pozisyondan ziyade onlara destek olan bir pozisyona kaymasının sebebinin teşkil etmektedir⁵²².

Bu başlık altında dönüştürücü yaklaşımda güçlendirme ve tanıma fırsatlarının nasıl yakalanacağı ve bu iki kavramın, (dönüştürücü) arabulucuların süreç içindeki rolünü nasıl etkilediği hususlarında bilgi verilecektir.

2.3.4.2.1.1. Güçlendirme

En kısa anlamıyla *taraf karar alma kontrolü* olan⁵²³ ve *özerklik (self-*

⁵¹⁸ Bkz. Pauli, 103; Folger/Baruch Bush, "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", 275.

⁵¹⁹ Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 328; Antes/Saul, 215; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 24. Ayrıca bkz. Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 82; Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 270-271.

⁵²⁰ Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261. Ayrıca bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 270.

⁵²¹ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 327; Samuel J. Imperati, "Mediator Practice Models: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation", *Willamette Law Review*, 3 (3), 1997, 703-746, 712; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 267.

⁵²² Bkz. Baruch Bush, "Mediation Skills", 435.

⁵²³ Bkz. Sally Ganong-Pope, "Inviting Fortuitous Events in Mediation: The Role of Empowerment and

determination) ile yakın bir kavram olan güçlendirme, taraflara kendi sorunlarını açıklama ve bu sorunlara kendi çözümlerini arama fırsatı vermek şeklinde tanımlanmakta; bu bağlamda, söz konusu sorun ve çözümlerin arabulucu tarafından tanımlandığı problem çözücü modellerden ayrılmaktadır⁵²⁴. Güçlendirme, *müzakere* (**negotiation**) sürecinde mümkün görünmekle birlikte, (tarafsız) üçüncü bir kişinin yardımı olmaksızın bir anlaşmaya varmanın zorluğu, genellikle bu imkândan yararlanmayı engelleyebilmektedir⁵²⁵. Bazı yazarlar, *güçlendirme* kavramının arabuluculuğun kendine özgü bir değeri olduğunu açık bir şekilde ifade ederken, bazı yazarlar bunu ima yoluyla dile getirmektedir⁵²⁶.

Taraflar, daha serinkanlı, daha açık, daha kendinden emin, daha düzenli ve daha kararlı –dolayısıyla güçlü bir hissiyat oluşturabileceği ya da geri kazanacağı ve bu şekilde durumunu kontrol altına alabileceği bir dönüşüm gerçekleştirdiğinde, *güçlendirme* hedefine ulaşılmış olunur⁵²⁷. Taraflar bir anlaşmaya varmadıklarında dahi, somut olasılıkları tecrübe etmiş ve sorunlarını çözmek üzere yasal veya diğer başka kuruluşlara tamamen bağlı kalmalarına ihtiyaçları olmadığını keşfetmiş olurlar –ki arabuluculuğun tarafları, bağımsızlıklarını, seçeneklerini ve özerkliklerini kullanmak noktasında destekleme kapasitesi *bu sürecin güçlendirme fonksiyonu* ortaya çıkmaktadır⁵²⁸. Arabuluculukta, sınırlı yollarda olsa bile, birbirlerini anlamak ve tanımak noktalarında tarafları desteklemek, hedeflerden biri olmak olmakla birlikte, tarafları güçlendirmeye aynı derecede odaklanmaması halinde önemli bir unsur kaçırılmış olacaktır⁵²⁹.

2.3.4.2.1.2. Tanıma

Tanıma^{530,531}, her bir tarafa, diğer tarafın sorunu nasıl tanımladığı ve ne neden

Recognition", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 287-294, 290.

⁵²⁴ Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261.

⁵²⁵ Bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 271-272.

⁵²⁶ Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 268. Mesela bkz. Stulberg, 113 vd.

⁵²⁷ Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 261; Ganong-Pope, 289.

⁵²⁸ Bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 267-268.

⁵²⁹ Ganong-Pope, 289.

⁵³⁰ Ayrıca bkz. Fuller, 325.

⁵³¹ Bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 269. Yazar, Fuller'in (Fuller, s. 325) yanı sıra Riskin'in benzer yöndeki ifadelerinin de tanıma fonksiyonuna işaret ettiği kanaatindedir. Riskin'in bu

belirli bir çözüm aradıklarını görüp anlama fırsatı sunmak şeklinde tanımlanmakta olup bir bakıma bu kavram, *uyumlu, cevap veren (responsiveness)* kavramıyla örtüşmektedir⁵³². Belirtmek gerekir ki, müzakere sürecinde tanıma fonksiyonunun da gerçekleşme olasılığı oldukça düşüktür⁵³³. *Fikrimizce* bunun sebebinin *tarafsız üçüncü kişinin desteğiyle gerçekleştirilmeyen* bir müzakere sürecinde tarafların mücadeleci müzakere yaklaşımını benimsemeye eğilimli olmalarına; bu yaklaşımın da karşı tarafı anlamaya odaklanmaması şeklinde açıklamak mümkündür. Bu nedenle, tanıma fonksiyonuna işlerlik kazandırabilmek üzere arabulucunun süreçte yer alması önem arz edecektir. Taraflar, gönüllü olarak birbirlerinin durumuna karşı daha açık, daha özenli, daha sempatik ve daha duyarlı olmayı seçmeyi başladıklarında ve böylelikle diğerinin durumu için bir değer artışını içerecek şekilde bakış açılarını genişlettiklerinde tanıma fonksiyonu gerçekleştirilmiş olacaktır⁵³⁴.

2.3.4.2.2. Dönüştürücü Yaklaşımında Arabulucunun Rolü

Bu başlık altında dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun rolünün genel bir çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak çatışma dönüşümü kavramı açısından dönüştürücü arabulucunun hedefleri genel hatlarıyla izah edilecek, sonrasında güçlendirme ve tanıma hedefleri ekseninde bu rolün somutlaştırılmasına odaklanılacaktır. Son olarak, dönüştürücü arabulucu becerileri başlığı altında, dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk sürecinde arabulucunun kullanacağı temel taktik ve stratejilerin genel bir betimlemesi yapılacaktır.

2.3.4.2.2.1. Çatışma Dönüşümü ve Arabulucunun Rolü

Klasik anlamda düşünüldüğünde arabulucunun süreç içindeki fonksiyonlarını pasiften aktife doğru şu şekilde sıralamak mümkündür⁵³⁵: *Tarafları konuşmayı kabul etmeye teşvik etmek; tarafların arabuluculuk sürecini anlamalarına yardım etmek; taraflar arasında iletişimi sağlamak; tarafların oturum gündemi üzerinde anlaşmalarına yardımcı olmak; oturum gündemi ayarlamak; müzakere için elverişli bir ortam sunmak;*

ifadeleri için bkz. Leonard L. Riskin, "Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation", *Arizona Law Review*, 26 (2), 1984, 329-362, 354. Ayrıca bkz. Ganong-Pope, 288.

⁵³² Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 262; Ganong-Pope, 289.

⁵³³ Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 271.

⁵³⁴ Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 262.

⁵³⁵ Bkz. Riskin, "The Special Place of Mediation", 26.

oturum düzenini korumak; tarafların, sorunları anlamasına yardımcı olmak; gerçekçi olmayan beklentilerin oluşmasını engellemek; taraflara, kendi önerilerini geliştirmeleri noktasında yardımcı olmak; tarafların görüşmesine yardımcı olmak; çözümler önermek; tarafları, belirli bir çözümü kabul etmeye ikna etmek. Peki, arabuluculuk sürecini çatışma dönüşümü olarak ele alan dönüştürücü yaklaşım bu klasik bakış açısının neresindedir? Açıkçası yukarıda belirtilen fonksiyonlara dikkat edildiğinde, bunların birçoğunun sürecin yönetimine ilişkin olduğu görülecektir. Yine bu fonksiyonların pasiften aktife doğru sıralanması, kolaylaştırıcı arabuluculuk ekseninden değerlendirici arabuluculuk eksenine bir geçiş olarak algılanmasına imkân tanımaktadır. Belirtmek gerekir ki, dönüştürücü yaklaşım tüm arabuluculuk fonksiyonlarını taraflar arasındaki çatışma dönüşümünün sağlanmasına odakladığından (yahut başka bir deyişle bu yaklaşımda *kendine özgü fonksiyonlar* böyle bir başarıma odaklandığından), arabulucunun rolüne ilişkin ifadeler de yukarıdaki klasik fonksiyonlardan farklı konuların ele alınmasına sebep olacaktır. Gerçekten dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun rolünü şekillendirecek *öncelikli hedefler* (arabulucunun hedefleri) şu şekilde ortaya çıkmaktadır⁵³⁶: (1) Oturum içinde (süreç veya sonuçla ilgili) seçeneklerin ortaya çıktığı her noktada, tarafların tartışma ve karar verme arzularını desteklemek suretiyle *güçlendirme dönüşümünü* (**empowerment shift**) teşvik etmek. (2) Tarafların, birbirlerinin bakış açılarını yeniden anlamlandırmaya yönelik çabalarını cesaretlendirmek ve desteklemek suretiyle *tanıma dönüşümünü* (**recognition shift**) teşvik etmek. Aslında bu hedef ikilisi dahi arabulucunun rolünün dönüştürücü yaklaşımda nasıl somutlaşacağını göstermeye yeterlidir. Gerçekten devam eden başlıklar altında yer alan açıklamalarda daha detaylı görüleceği üzere dönüştürücü yaklaşımda kullanılan -ve klasik, problem çözücü yaklaşımın oldukça yabancı olduğu teknikler (taktikler, stratejiler, beceriler ya da adına her ne denirse)- doğrudan çatışma dönüşümünün sağlanmasına odaklanan taktiklerdir. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, elbette dönüştürücü yaklaşım da arabuluculuk sürecine dâhil edilen konuların çözüme kavuşturulmasının önemini reddetmemekte; lakin arabulucunun yukarıda belirtilen

⁵³⁶ Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 84; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 66. Güçlendirme ve tanıma, arabuluculuk sürecinde taraflara nezdinde gerçekleştirilmesi beklenen dönüşümler olmakla birlikte, böyle bir dönüşümün sağlanmasında arabulucunun rolünün önemi yadsınmaz. Nitekim *Baruch Bush*, bu kavramları arabulucunun rolü ile ilişkilendirerek ele almaktadır. Bkz. Baruch Bush, “Role and Ethical Standards”, 266 vd. Karş. Verimlilik anlayışı ise arabulucunun öncelikli rolünün ve arabuluculuk sürecinin temel öneminin, mümkün olan davalarda tarafların anlaşmaya varmasını kolaylaştırmak suretiyle mahkemelerin davalardan arındırılması olarak kabul eder. Baruch Bush, “Role and Ethical Standards”, 259-260.

hedeflere odaklanarak bunların başarımını sağlaması halinde tarafların büyük bir olasılıkla etkileşimlerinde pozitif değişimler meydana getireceğini ve kendileri için kabul edilebilir şartlar içeren bir çözüm bulacaklarını varsaymaktadır⁵³⁷. Aslında dönüştürücü yaklaşım için çok daha önemli olan husus, dönüşümle birlikte tarafların olumsuz çatışma sarmalından kurtulması ve belirli uyuşmazlık konuları çözüme kavuşturulmuş olsun ya da olmasın, kendilerini farklı adımlar üstünde ileriye taşımalarına izin veren pozitif bir etkileşim biçimini tekrar tesis etmesidir⁵³⁸. Bu, aynı zamanda arabuluculuk yöntemi diğer yöntemlerden farklı kılan, kendine özgü kapasitesini ifade etmektedir⁵³⁹.

2.3.4.2.2.2. Güçlendirme ve Tanıma Ekseninde Arabulucunun Rolü

Arabulucunun rolünü *güçlendirme* ve *tanıma* ekseninde şekillendirmeden önce, *Baruch Bush ve Folger*'ın, dönüştürücü yaklaşımla ilgili açıklamalarda bulunurken kullandıkları *ahlaki gelişim (moral growth)* ile *ahlaki ilerleme (moral development)* terimlerinin *dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun rolünün tarafların ahlaki karakterlerini geliştirmek* olduğu yönünde bir algıyı oluşturmayı amaçlamadığının altını çizdiklerini belirtmek gerekir⁵⁴⁰. Gerçekten yazarların, dönüştürücü arabulucunun rolünün *dönüşüm konusunda ısrarcı olmak değil*, bilakis tarafların güçlendirme ve tanıma fırsatlarını saptayarak bu fırsatlara *istedikleri şekilde* yanıt vermelerine yardımcı olmak şeklinde tezahür edeceğini vurgulamaları⁵⁴¹, yukarıdaki şekilde bir algının oluşmasını hedeflemediklerini göstermektedir.

Dönüştürücü arabulucunun, güçsüzlükten güçlüye ve sadece kendisini dinlemekten vazgeçip cevap vermeye geçen *güçlendirme* ve *tanıma* değişimlerini destekleyen bir çalışma yapması gerçekten önemlidir⁵⁴². Arabulucunun rolünün güçlendirme ve tanıma başarımına odaklanması, diğer deyişle bu role ilişkin güçlendirme ve tanıma konsepti, sürecin başarımını ne bir anlaşmaya ulaşmaya ne de hakların korunmasına endekslediğinden, arabulucu, süreç sonunda ulaşılan anlaşmanın adil olmasını garanti

⁵³⁷ Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 84.

⁵³⁸ Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 84.

⁵³⁹ Bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 266.

⁵⁴⁰ Bkz. Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 73.

⁵⁴¹ Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 74; Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 277.

⁵⁴² Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 338; Baruch Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 86.

etmek gibi bir sorumluluk taşımayacaktır⁵⁴³. Fakat bu anlayış kesinlikle arabulucuları profesyonel sorumluluk düşüncesinden tamamen bağımsız hale getirmemekte, sadece ilgilerini başka bir yöne çevirmektedir⁵⁴⁴: Artık, arabulucular, taraflar nezdinde güçlendirme ve tanıma hislerini etkin kılmak üzere mümkün olan her şeyi yapma gayreti içine girecektir⁵⁴⁵. Tekrar hatırlatmak gerekir ki bu doğrultuda dönüştürücü arabulucular, değerlendirici ve kolaylaştırıcı arabuluculukta bulunmayan taktik, strateji ve davranış modellerini kullanmak zorunda olacaktır⁵⁴⁶: Dönüştürücü arabulucular, *tarafların gerekli niteliklere sahip olduğuna* inanma eğiliminde olacak; bu nedenle problem çözücü modellerde olduğu gibi tarafları yönlendirmeyecek⁵⁴⁷, bundan ziyade arabuluculuk sürecinin başından sonuna kadar tarafları destekleyen bir pozisyonda olacaktır.

Güçlendirme etkisi için dönüştürücü arabulucu, tarafların hedefleri, kaynakları, seçenekleri ve tercihleri ile ilgili daha fazla netlik elde etme imkânının sahip olduğu noktalarda taraflara destek olacaktır⁵⁴⁸. Tanımayı ortaya çıkarabilmek amacıyla dönüştürücü arabulucu, her bir tarafın, diğer tarafın perspektifine, bakış açısına veya

⁵⁴³ Arabulucu süreç içindeki bu fonksiyonunu, taraflar bir anlaşma ulaşıp olmasa veya tarafların ulaştığı anlaşma tarafların isteklerini tam olarak yerine getirmeye elverişli olmasa da yerine getirmelidir. Diğer deyişle adil bir anlaşmaya hatta bir anlaşmaya dahi ulaşılmasını garanti etmek arabulucunun rolü değildir. Arabulucunun rolü, *tarafların özerkliğini ve karşılıklı olarak birbirlerini tanıma fırsatlarını* sonuna kadar değerlendirmelerini garanti etmektir. Bu fonksiyonları yerine getirmeyen bir arabulucu, taraflar bir anlaşmaya ulaşmış olsa dahi arabuluculuk görevini eksiksiz bir şekilde yerine getirmiş sayılamaz. Diğer taraftan, bu fonksiyonları yerine getiren bir arabulucu, taraflar bir anlaşmaya ulaşmamış olsa dahi, kendi görevini ifa etmiş olacaktır (Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 277). İster herhangi bir anlaşmaya ulaşılması noktasında ister tarafların birbirlerine olan bakış açılarını değiştirmek veya taraflar ya da durumlarında herhangi bir değişiklik meydana getirmek noktasında olsun arabulucuların belirli bir sonucu garanti etmek sorumluluğunu üzerinde hissetmesi, büyük ihtimalle arabulucuları sürecin dönüştürücü boyutunu etkisiz hale getiren yönlendirici ve güçsüzleştirici adımlar atmalarına yol açacaktır (Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 267-268).

⁵⁴⁴ Bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 277. "*Dönüştürücü arabulucu, arabuluculuğun geleneksel problem çözücü modellerinde olduğu gibi süreci kontrol etmese de, bu durum süreç içinde onun pasif bir gözlemci olduğunu anlamına gelmemektedir*" (Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 262).

⁵⁴⁵ Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 277. Bu doğrultu dönüştürücü yaklaşımda arabulucuların rolünü şu şekilde somutlaştırmak mümkündür: "(1) Her bir tarafın düşünme ve karar alma mekanizmalarını, onlar için (süreç veya sonuç hususunda) seçeneklerin ortaya çıktığı oturumların her bir noktasında (asla zorlama olmadan) cesaret verme ve destekleme yoluyla teşvik etmek (2) Her bir tarafın, diğer tarafın bakış açısından yeni anlayışlar kazanması için, özgür iradelerine (asla zorlama olmadan) cesaret verme ve destekleme yoluyla teşvik etmek" (Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 337; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 84; Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 66). Ayrıca bkz. Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 272-273.

⁵⁴⁶ Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 262; Baruch Bush, "Mediation Skills", 440.

⁵⁴⁷ Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 262.

⁵⁴⁸ Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 263; Folger/Baruch Bush, "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", 264.

tecrübelerine ne kadar göz önünde tutma seçeneği ile karşılaştığı durumlara dikkat çekecektir⁵⁴⁹. Taraflar nezdinde güçlendirmenin gerçekleştirilebilmesi için, arabulucu, tarafların tam bir bilgiyle hareket etmelerini ve kararlarını anlayarak almalarını sağlamalıdır; zira böyle bir bilgi ve kavrayışın eksikliğinde bağımsız seçenekler ve özerklik hayali olacaktır⁵⁵⁰: Bu doğrultuda arabulucu, uyuşmazlığın çözümüyle ilgili tüm bilgilerin açığa vurulması ve bir araya getirilmesi noktasında ısrarcı olacaktır. Alternatif olarak eğer önemli bilgi parçaları bilinmiyorsa, arabulucu, tarafların bu bilgilerin yokluğunda sürecin nasıl yürütüleceğine karar verme noktasında dikkatli bir değerlendirme yapmalarını isteyecektir. Bu şekilde bilgilerin bir araya toplanmasından ayrı olarak, arabulucu, tarafların tüm iddiaları tam olarak anlayabilmeleri için çaba harcamalı; bu nedenle, karar verme aşamasına geçilmeden önce tarafların tam bir kavrayışa sahip olabilmeleri için özetleme yapmalı, konuları netleştirmeli, sorular sormalıdır; bunun dışında arabulucu, tarafların, belirli bir seçeneğe odaklanmadan önce sıralanan bilgiler ışığında uyuşmazlığın çözümü için muhtemel olan tüm seçenekleri tespit edip üzerinde düşünmeleri için çaba harcamalıdır.

2.3.4.2.2.3. Dönüştürücü Arabulucu Becerileri

Problem çözücü yaklaşımlar olan kolaylaştırıcı ve değerlendirici yaklaşımlarda büyük ölçüde benimsenen *bütünleştirme (integration)*, *anlaşmama alternatifleri grubunu azaltma*, yani *baskılama (pressing)*, *anlaşma alternatifleri grubunu artırma*, yani *dengeleme (compensation)*, *tarafların uyuşmazlığı kendilerinin ele almasına izin vermek*, yani *hareketsizlik (inaction)* gibi taktikleri içine alan *stratejik seçim modeli* sıklıkla kullanılan sınıflandırmalardan biri olmakla birlikte, böyle bir sınıflandırma dönüştürücü yaklaşımın değerlendirmesinde kullanılmaya çok da elverişli değildir⁵⁵¹. Gerçekten problem çözümü, anlaşma geliştirme, taraflar için anlaşma şartları hazırlamak dönüştürücü arabulucular için kabul edilebilecek davranışlar olmadığı gibi, tarafları, pozisyonlarını değiştirmeye zorlayan veya baskılayan taktikler de bu yaklaşımda kabul edilemez. Bunun dışında süreç veya içeriğe ilişkin arabulucu kontrolü üzerine kurulu sınıflandırmalar da dönüştürücü yaklaşım için kabul edilebilir taktikleri

⁵⁴⁹ Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 263; Folger/Baruch Bush, "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", 264.

⁵⁵⁰ Baruch Bush, "Role and Ethical Standards", 278.

⁵⁵¹ Zira dönüştürücü arabulucu taraflar için ortak bir çözüm bulma arayışı içinde olmayacaktır. Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 264-265.

içermemektedir⁵⁵².

Yukarıda genel bir betimleme yaptıktan sonra, devam eden başlıklar altındaki dönüştürücü arabulucunun kullandığı taktikleri daha somut bir şekilde ele alan açıklamalarda bulunulacağını şimdiden belirtmekte yarar vardır. Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka husus dönüştürücü yaklaşımda –aşağıda ele alınacak olan- *dinleme*, *yansıtma* ve *özetlemenin* oldukça büyük bir öneme sahip olduğudur⁵⁵³. Son olarak, aşağıda ele alınacak taktiklerin, dönüştürücü yaklaşımda uygulanan tek taktikler olmadığını da vurgulamakta yarar vardır. Nitekim bu yaklaşımda güçlendirme ve tanıma değişimlerini desteklemek üzere kullanılan başka müdahaleler de mevcuttur⁵⁵⁴: Mesela *suskunluk*, gergin bir görüşmeye tarafların doğal bir cevabı olmasının yansırı arabulucu tarafından kullanılan önemli bir taktiktir. Toplantılar sırasında tarafların karşılıklı etkileşimi ile ilgili etkili bir şey söylendiğinde veya olduğunda, suskunluk uzun sürse dahi, bu süre tarafların nasıl cevap vermek istediklerine dair karar vermelerine yardımcı olacaktır. Bunun dışında *göz teması*, *yüz ifadesi* ve mimikler de elbette bu yaklaşımda da arabulucunun taraflarla iletişiminin bir parçası olarak ortaya çıkacaktır.

2.3.4.2.2.3.1. Tarafların Önderliğini İzlemek

Arabuluculukta etkileşimsel değişimi desteklemek, tartışmaların kontrolçüsü olmadan tarafların çatışma diyaloglarında bir katılımcı olmak anlamına geldiğinden, dönüştürücü arabuluculuk eğitimleri, *destekleyici (supportive)* fakat *direktif olmayan (non-directive)* katılımcı becerilerini öğretmeye odaklanmaktadır⁵⁵⁵. Bu bağlamda arabulucuların öğrendikleri temel becerilerin içine şu hususlar girmektedir⁵⁵⁶:

Sonuç için olduğu kadar süreç için de kontrolün bırakılması (**letting go of control – for process as well as outcome**): Dönüştürücü arabuluculuk eğitimlerinde arabulucuların edinmesi istenilen bu becerinin odak noktası, tarafların tartışmalarının organize edilmesi alışkanlığından sıyrılmaktır. Gerçekten, dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği oturumlarda, taraflar birbirlerinin (ve arabulucunun) sözünü kesebilir,

⁵⁵² Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 265.

⁵⁵³ Bkz. Bush/Ganong-Pope, “Family Conflict”, 65.

⁵⁵⁴ Özmumcu, “Dönüştürücü Arabuluculuk”, 341; Bush/Ganong-Pope, “Changing the Quality”, 90.

⁵⁵⁵ Baruch Bush, “Mediation Skills”, 440.

⁵⁵⁶ Bkz. Baruch Bush, “Mediation Skills”, 440-441.

konuyu değiştirebilir, daha önce tartişılan konulara dönebilir hatta arabulucunun açılış konuşması dahi böyle bir taraf serbestisine konu olabilir. Belirtmek gerekir ki bu becerinin birçok boyutu vardır: Mesela bu beceri çerçevesinde, arabulucu seçim yapmak noktasında taraflarla aynı statüde olduğunu ima eden *biz* üslubu yerine, tarafların konuşma üzerindeki otoritelerine saygı gösterdiğini ima eden *siz* şeklinde hitap tarzını benimser⁵⁵⁷. *Fikrimizce* arabulucunun böyle bir üslup kullanması tarafların güçlendirilmesini destekleyeceği gibi süreç içinde tarafların yönlendirici pozisyonlarını korumalarına da katkı sağlayacaktır.

Dikkati elden bırakmamak ve tarafları izlemek (staying attentive and following the parties): Bu beceri, sürecin yürütülmesinin kontrolünün taraflar lehine bırakılmasına rağmen, arabulucuların, neyi nasıl söylerlerse söylesinler, tarafların konuşmalarına odaklanmalarını ve tam dikkat vermelerini ifade etmektedir. Zira sadece böylesine bir pür dikkat, arabulucuların, taraflarca talep edildiğinde müdahale etmelerine imkân sunacaktır. *Kapalı dinleme*⁵⁵⁸ (**close listening**) ile desteklenen bu beceri, arabulucunun, herhangi bir hususun netleştirilmesine yönelik soru sormak da dâhil olmak üzere, arabulucunun tarafların konuşmasını kesmekten alıkoyulmasını kapsamaktadır. Arabulucular, sadece taraflar konuşmalarını bitirdiklerinde veya açıkça bitirmeye hazırlandıklarında devreye girebilir. Bu becerinin bir başka boyutu, tarafları dikkatlice, fakat *bir ajanda olmadan* dinlemektir⁵⁵⁹. Zira dinlerken, söylenen sözlerin nasıl kullanılabileceğine yönelik eşzamanlı düşünceye girişilmesi bu taktik kapsamında istenilmeyen bir husustur.

2.3.4.2.2.3.2. Tarafların Konuşmalarını Kuvvetlendirmek

Etkileşimsel değişimin hedef olmasıyla, arabulucunun taraflara sağlayacağı en önemli destek, neyi nasıl söyledikleri hakkında daha temkinli olmalarını sağlamak üzere konuşmalarını daha iyi dinleyebilecekleri bir ortam sunmaktır. Çatışma etkileşiminin genellikle her iki taraf nezdinde *duyarlılığa* yol açması sebebiyle, tarafların konuşmalarını kuvvetlendirici beceriler kullanılmaksızın, güçlendirme ve tanıma

⁵⁵⁷ Bkz. Baruch Bush, "Mediation Skills", 440-441 dn. 34; Dorothy Della-Noce/James R. Antes/Robert A. Baruch Bush/Judith A. Saul, "Signposts and Crossroads: A Model for Live Action Mediator Assessment", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 23 (2), 2008, 197-230, 212, 225.

⁵⁵⁸ Ayrıca bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 88.

⁵⁵⁹ Ayrıca bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 62.

hedeflerinin gerçekleştirilmesi oldukça zordur. Bu doğrultuda dönüştürücü arabulucuların, tarafların kendi çatışma diyaloglarını dinleyip kontrol altına almalarına ve böylelikle söz konusu diyalogların daha anlayışlı, incelikli ve açık bir hale gelmesine yardımcı olmalarını sağlayan bazı teknikler şunlardır:

Tarafların kişisel yorumlarını (farklı bir çerçeveye sokmadan) yansıtma [**reflecting (not reframing) parties' individual comments**]: Dönüştürücü arabuluculuk eğitiminde arabulucular, tarafların anlatılarına yansıyan düşünceleri *herhangi bir değişiklik yapmadan veya içeriğini ya da tonunu filtrelemeden* yansıtmayı öğrenirler. Elbette bu tekniğin kullanılması ile biraz önce ele alınan *kapalı dinleme* arasında yakın bir bağlantı mevcuttur. Bu beceri kapsamında arabulucular, tarafların duygularını herhangi bir yorum katmadan ve süzgeçten geçirmeden nasıl yansıtacaklarını öğrenirler. Arabulucunun bu şekilde hareket etmesi, tarafa kendileriyle konuşma imkânı verir ve ne söylemek istediğine netlik kazandırmasını sağlar. Aynı zamanda bu teknik, diğer tarafa, konuşan tarafa herhangi bir cevap verme gereksinimi olmadan ne söylendiğini daha iyi duyabileceği *güvenli bir ortamdan* dinleme fırsatı sunar. Tarafların görüşlerini yansıtmak ayrıca, onların netlik, kontrol ve konuşmada sorumluluk hislerinde bir artışı destekler. *Fikrimizce* de yansıtmanın, tarafların konuşmalarını herhangi bir değişikliğe uğratmadan gerçekleştirmeleri, tarafları, *nasıl olsa söylediklerim arabulucu tarafından toparlanarak (yumuşak bir üslupla) yansıtılacak* şeklinde düşünmekten alıkoyarak hem söylemlerinden sorumluluk hislerini artıracak hem cümlelerinin aynı tonla kendilerine yansıtılmasıyla hissiyatlarının dış dünyadan nasıl algılandığını görmelerine yardımcı olacaktır⁵⁶⁰.

Dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımında yansıtma, tarafların ifadelerinde kullandıkları kelimelere sıkı bir bağlılığı gerekli kıldığından öğrenilmesi oldukça zor bir beceri teşkil etmektedir. Bu tekniği kullanmakta bir başka zorluk, elbette sert ve hatta saldırgan olan ifadeleri tekrar etmek noktasındadır. Yansıtma becerisi, ifadelerin düzenlenmesi ve kişisel alınganlığın reddedilmesi ile her iki taraf için *sadık bir kâtip* olmayı gerekli kılmaktadır. Dönüştürücü yaklaşımda bu beceri, aynı zamanda ilk söylendiğinde anlaşılmayan ya da duyulmayan hususların diğer tarafça duyulmasına imkân tanımaktadır. Kısaca, yansıtmanın genel etkisi, tarafların hem kendilerini hem

⁵⁶⁰ Bkz. Baruch Bush, "Mediation Skills", 441 vd.

karşı tarafı daha iyi anlayabilmeleri ve söylediklerinin daha fazla işitilebilir olması açısından, her iki taraf için de *karşılıklı konuşmayı güçlendirmektir*⁵⁶¹.

Konuları ve anlaşmazlığın ana hatlarını özetlemek (Summarizing topics and lines of disagreement): Dönüştürücü arabuluculuk modelinde, taraflar genellikle birbirleri ile doğrudan doğruya konuşmaktadır. Arabulucunun müzakereye katılımı bu aşamada oldukça minimal düzeyde olup, yoğunluk, arabulucunun devam etmesi suretiyle dinlemeye odaklanmaktadır. Bu durumda yansıtma daha az kullanılacak ve arabulucu konuşmaya dâhil olduğunda *özetleme (summarizing)* yoluyla cevap verilecektir⁵⁶². Aralıksız devam eden tartışma zihin karıştırıcı veya karışık bir hale gelse de, arabulucunun yapacağı özetlemeler taraflara, nelere değindikleri ve *hangi noktalarda nasıl farklılaştıkları* hususunda net bir genel değerlendirme sunacak ve ileri aşamalarda nereye hareket edecekleri hususunda seçim yapmak noktasında bir platform sunacaktır⁵⁶³. Gerçekten dönüştürücü yaklaşımda özetleme, taraflar arasındaki farklılıklara ve yüzleştikleri seçeneklere işaret ettiği ölçüde güçlendirme ve tanıma değişimlerini desteklemek üzere kullanılan kuvvetli bir araç olma niteliğine kavuşacaktır⁵⁶⁴. Güçlendirme ve tanıma değişimlerini destekleme fonksiyonu dışında özetleme, dönüştürücü modelde de konuşmaların uzun sürdüğü durumlarda, taraflara mola verme imkânı sunan bir iletişim becerisi olup böylelikle taraflara, sürecin nereye gittiğini bilmedikleri hallerde yardımcı olunmaktadır⁵⁶⁵. Son olarak dönüştürücü yaklaşımda özetleme becerisinin, arabulucu vasıtasıyla yerine getirilen eğitici bir monolog olmayıp bunun içine ilave edilmiş yönerge veya gündem bulunmadığını vurgulamak gerekir⁵⁶⁶.

Uzaklaşmak yerine 'kızışmaya' yönelme (going toward rather than away from the 'heat'): Hem yansıtma hem özetleme becerilerinin etkili olması için üçüncü bir

⁵⁶¹ Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 89.

⁵⁶² Baruch Bush, "Mediation Skills", 443; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 89; Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 64.

⁵⁶³ Baruch Bush, "Mediation Skills", 443; Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 65; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340-341. Dönüştürücü yaklaşımda yansıtma gibi özetleme de söylenen şeyleri yumuşatmaz ve belirli konuları kapsam dışı bırakmaz. Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 65.

⁵⁶⁴ Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 65, 89; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 341.

⁵⁶⁵ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340-341; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 89.

⁵⁶⁶ Bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 340-341; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 89; Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 65.

kuvvetlendirme (amplification) becerisi ile birleştirilmesi gerekmektedir. Arabulucular, tarafların negatif, hasmî ve muhalif görüşlerini ifade ettiği ve bu nedenle ziyadesiyle duygusal bir dil ve ses tonu kullandıkları *hiddetli* konuşma kısımlarını bastırmak yerine, bu konuşma kısımlarını kucaklamayı öğrenirler⁵⁶⁷. Arabulucular, bu türden negatif ve duygusal açıklamaları bastırmak, ayırıp kenara koymak üzere filtrelemek veya bunu göz ardı eden taraflı bir özet sunmak yerine, yansıtma ve özetlemelerinde bu şekildeki ifadelere, önemini azaltmaksızın yer vermeyi öğrenirler. Zira böyle hareket edilmesi yukarıdaki beceriler gibi tarafların söylenilen şeyi daha net bir şekilde değerlendirmelerine imkân tanıyacaktı. Dönüştürücü arabuluculuk eğitimlerinde arabulucular, kızgınlık üzerinden hareket etmenin, bu olguyu bastırmaktan nasıl çok daha yapıcı olduğunu görür ve diyaloglarında tarafları desteklemek üzere tarafların kızgınlıklarına izin verirken sakinliklerini korumayı öğrenirler⁵⁶⁸.

2.3.4.2.2.3.3. Karar Noktalarının Altını Çizmek ve Kararı Taraflara Bırakmak

Çatışmaya ilişkin diyaloglarda farklı seçeneklerin mümkün olduğunu gösteren anlar söz konusu olmakla birlikte, etkileşimin akışı bu seçeneklerden yararlanma imkânının farkına varılmasını engelleyebilmektedir. Dönüştürücü arabuluculuk eğitimlerinde arabulucular, bu şekildeki seçeneklerin ortaya çıktığı anların farkına varmayı ve böyle anlarda *tartışmayı yavaşlatmayı*; taraflara, kendileri için seçeneklerin bulunduğu altını çizmeyi öğrenirler. Böyle bir farkındalığın sağlanması sonucunda tarafların düşünerek karar vermesi, taraflarda kuvvetli bir güç ve tesirlilik algısı oluşturacak olup bu güçlendirme başlangıçtaki etkileşimin niteliğini değiştiren karşılıklı tanımanın pozitif bir devinim hareketini başlatacaktır. Bu kapsamda kullanılan birkaç temel taktiği şu şekilde sıralamak mümkündür⁵⁶⁹:

Yansıtma veya özetlemeden sonra kontrol etme (checking in after reflecting or summarizing): Arabulucular, dönüştürücü yaklaşım eğitiminde tarafların bir yorumunu yansıtmayı bitirdikten veya bir diyalogu özetledikten sonra, taraflara, yansıtmanın (veya

⁵⁶⁷ Dönüştürücü arabulucular, tarafların, birbirleriyle doğrudan iletişime geçmesini desteklenmesi gereken bir güçlendirme hareketi olarak algırlar. Yine tarafların birbirleriyle bu şekilde doğrudan konuşması, taraflar arası tanımanın gerçekleşmesi için önemli bir fırsattır. Bu nedenle dönüştürücü arabulucular, genellikle *pro-aktif* dinleme yoluyla böyle bir etkileşimi destekler. Bkz. Della- Noce/Antes/Bush/Saul, 213-214.

⁵⁶⁸ Baruch Bush, "Mediation Skills", 444.

⁵⁶⁹ Bkz. Baruch Bush, "Mediation Skills", 444-445.

duruma göre özetin) söylenilenlerin tamamını kapsayıp kapsamadığına veya bir şey eklemelerine ya da değiştirmelerine karar verme imkânı sunabileceklerini öğrenirler. Bu türden bir *kontrol etme* (**check in**) taraflara gerçekte ne söylemek istedikleri veya ne söylemek istemedikleri hakkındaki kararlarını düşünerek vermelerine yardımcı olur. Bu bağlamda *kontrol etme*, genellikle yansıtma ve özetleme ile birlikte kullanılan bir beceri olma özelliğindedir⁵⁷⁰.

Tereddüt veya şüpheleri yakalayıp altını çizmek (**catching and highlighting hesitation or doubt**): Arabulucular, tarafların tereddüt veya şüphelerini dile getirdikleri tüm noktalara kulak kesilmeyi öğrenirler. Bu, bir tarafın süreç hakkında belirsiz veya rahatsız görüldüğü noktaları da kapsayabilir. Daha da önemlisi söz konusu şüpheler, henüz alınmakta olan kararların veya benimsenmekte olan çözümlerin yönünü ilgilendirebilir ve bir taraf bu karar veya çözüm ile birlikte devam etmek noktasında belirsiz görünebilir. Arabulucu, böyle noktalarda *kontrol etme sorularını* (**checking in question**) kullanmak suretiyle taraflara, şüphe veya sakıncalarını dile getirme, bunu enine boyuna düşünme ve nasıl devam edileceği hakkında düşünülmüş kararlar alma şansı vermeyi öğrenir. Böylelikle tarafların gerek süreç gerek sonuç hakkında daha kuvvetli bir kontrol oluşturmalarına destek olunur⁵⁷¹.

2.2.6. Dönüştürücü Arabuluculuğun Karakteristik Özellikleri

Dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun rolü yukarıda somutlaştırılmış olmakla birlikte, daha sağlam bir algı oluşturmak üzere, *Baruch Bush ve Folger*'in dönüştürücü yaklaşımın *on karakteristik özelliğini* dile getirdikleri çalışma⁵⁷² esas alınarak, bu yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk süreçlerinin karakteristik özelliklerine değinmek faydalı olacaktır. Nitekim yazarlar, bu on karakteristik özelliğin arabulucu müdahalesine yönelik dönüştürücü yaklaşımın daha net bir görüntüsünü çizmenin yansıra, yaklaşımla ilgili yanlış anlaşılmalara da açıklık getirmeye yardımcı olduğunu dile getirmektedir⁵⁷³. Şimdi ele alınacak olan on karakteristik özellikten her biri,

⁵⁷⁰ Ayrıca bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 65-66; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 341; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 90.

⁵⁷¹ Ayrıca bkz. Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 341; Bush/Ganong-Pope, "Changing the Quality", 90.

⁵⁷² Çalışmanın tam künyesi: Folger, Joseph P./Baruch Bush, Robert A., "Ten Hallmarks", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 263-278.

⁵⁷³ Bkz. Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 263. Ayrıca bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 263.

dönüştürücü yaklaşımı benimseyen bir arabulucunun çalışmasının ve uygulamaya taşıdığı davranış ile zihniyetin ne olduğunu bir ölçüye kadar açıklamaktadır⁵⁷⁴.

2.2.6.1. Açılış Konuşmasında Arabulucunun Rolünün ve Hedeflerinin Güçlendirme ile Tanıma Temelinde Açıklanması

Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk uygulamalarında, arabulucu (ve taraf vekilleri gibi süreçte yer alan üçüncü kişiler) tarafından gerçekleştirilen açılış konuşmaları, *tarafların kendi hedeflerini, kaynaklarını, seçeneklerini ve tercihlerini açıklamalarını ile içinde bulunmuş oldukları durumla ilgili net karar vermelerini* ve diğer tarafın bakış açısını daha iyi anlayıp ele almalarını net bir şekilde ifade eden cümleleri ihtiva edecektir. Arabulucu, açılış konuşmasında tek sonucun anlaşmaya ulaşmak olmadığını, diğer sonuçların da süreç sonunda bir anlaşmaya varmak kadar önemli olabileceğinin altını çizecektir; yine arabulucu, süreç sonunda bir başarımın gerçekleşmiş olduğunu varsaymak noktasında, yeni bakış açılarının kazanılmasının, durumun iç yüzünün anlaşılmasının, seçeneklerin netlik kazanmasının ve diğer tarafın bakış açısının farklı bir boyuttan anlaşılmasının ne derece önemli olduğunu vurgulayacaktır. Taraflar, bu pozitif sonuçları ve sürecin önemli başarımları, süreç sonunda ulaşılması muhtemel bir anlaşmanın belirli şartları kadar önemli görmeleri noktasında teşvik edilir⁵⁷⁵.

2.2.6.2. Sonuçlardan Sorumluluğun Taraflar Üzerinde Bırakılması

Arabulucuların, müdahili oldukları süreçlerde belirli bir sonucun (anlaşmanın) ortaya çıkması noktasında bir sorumluluk duygusu taşıması, dönüştürücü yaklaşımda kabul edilebilir bir durum değildir. Bu doğrultuda dönüştürücü yaklaşımda, arabulucuların taraflar için anlaşma geliştirme, tarafların sorunlarını çözme, tarafları iyileştirme veya taraflar arasında uzlaşma sağlamak noktalarında bir sorumluluk taşıması reddedilmiş; bunun yerine tarafların, birbirlerinin duygularına karşı duyarlı hale gelmeleri, birbirlerinin bakış açılarını anlamaları, iletişim kurmaları, karar almaları, kendi çabalarıyla müzakerede bulunmaları hususlarında desteklenmeleri noktasında bir sorumluluk taşımaları benimsenmiştir. Bu nedenle dönüştürücü arabulucular, taraflarca kaçırılabilir güçlendirme ve tanıma fırsatlarına dikkat çekmek ve bunları hatırlatmak;

⁵⁷⁴ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 266.

⁵⁷⁵ Arabulucu, dönüştürücü yaklaşımda bu yönde şekillenen rolünü izah etmek noktasında önemli bir gayret göstermesi gerekecektir. Bilhassa, tarafların bu noktada zaten yeterli bir farkındalığa sahip olduğunun varsayılması süreçten beklenen verimin düşmesine yol açabilecektir. Bkz. Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 266-267.

tarafklar uygun gördüğü ölçüde bu firsatlardan yararlanmaları hususunda onlara yardımcı olmak noktalarında kuvvetli bir sorumluluk duygusuna sahip olacaktır. Arabulucunun bu noktalarda ciddi bir sorumluluk duygusu taşıması, dönüştürücü arabuluculuk uygulamasına, arabulucunun, tarafları, yavaşlamaya ve konuşmaları takip eden çıkarım veya soruları değerlendirmeye davet etmesi şeklinde yansıyacaktır. Mesela güçlendirme için bir firsatı dile getirmek ve bu firsatın ele geçirilmesine yardım etmek üzere arabulucu, taraflardan birinin hedefler veya seçenekler hakkında belirsiz bir ifadesini “*ne söylediğinizi tam olarak anladığımdan emin değilim; bu konu hakkında biraz daha konuşabilir misiniz?*” sorularıyla takip edebilecektir; bunun üzerine tarafın takip eden yeni ifadesi ve elbette destekleyici sorular, daha gelişmiş bir güçlendirme ve tanıma düzeyi verebilecektir. Benzer şekilde tanıma için bir firsatı dile getirmek ve ele geçirmek üzere, arabulucu, taraflardan birini, diğer tarafın geçmişteki tutumlarını açıklamayı önerdiğinde, bu ifadeye dikkat etmeye davet edebilecek ve daha sonra dinleyen tarafa, bu açıklamanın ihtiva ettiği bilginin, genel anlamda diğer taraf veya çatışma hakkında kendi bakış açısını değiştirip değiştirmedini sorabilecektir. Tüm bunlarla birlikte, güçlendirme ve tanıma firsatlarının tanımlanması ve bu firsatlarla çalışılmasında, bu firsatlara nasıl cevap verileceğine ilişkin tüm kararları taraflar kendisi vereceğinden, arabulucu geri planda duracak ve bu kararlara yönelik herhangi bir sorumluluk taşımayı reddedecektir. Zira arabulucuların, belirli bir sonucun garanti edilmesi noktasına sorumluluk duygusu taşımaya başlaması, onları, sürecin dönüştürücü boyutunu olumsuz etkileyecek yönlendirici ve *güçsüzleştirici* adımlar atmaya itebilecektir.

Arabulucular, dönüştürücü yaklaşımı düzgün bir şekilde anladıklarında, mevcut durumlarıyla ilgili ne yapılacağı veya birbirlerini nasıl gördükleriyle ilgili olarak tarafların sadece zgr bir şekilde gerçekleştirdikleri karar veya değişimlerin gerçek ve kalıcı değere sahip olduğunu fazlasıyla hissedecek ve farkına varacaktır. Bu kuvvetli inanç, arabulucuları, çatışma etkileşimlerinin nasıl geliştiği ve sonucun ne olacağı ile ilgili alınacak kararlar noktasında sorumluluğun taraflar üzerinden alınmasını reddetmeye sevk edecektir⁵⁷⁶.

2.2.6.3. Tarafların Görüşleri ve Kararları Hakkında Yargılayıcı Olmanın Bilinçli Bir şekilde Reddedilmesi

⁵⁷⁶ Bkz. Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 267-268; Özmumcu, “Dönüştürücü Arabuluculuk”, 330-331.

İlk olarak bu özelliğin, arabulucuların kişisel değerlerini ve bakış açılarını ortadan kaldırmak anlamına gelmediğini; bunun yerine arabulucuların, kendi yargılayıcı düşünceleri ortaya çıktığında, bunları göstermek yerine geriye itip askıya almaları anlamına geldiğini belirtmekte yarar vardır. Bu nedenle dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, *tarafların problemini, onların yaptığından daha iyi anlıyorum veya taraflar için bu durumda yapılacak en iyi şeyin ne olabileceğini biliyorum* gibi bir hissiyata kapıldıklarında, bu durumun hemen farkına varacaktır. Ayrıca arabulucular, bu şekilde yargılayıcı düşüncelerinin farkına vardıklarında, bilinçli bir şekilde kendi yargılayıcı düşüncelerinden uzaklaşacak ve tarafların bakış açıları ile seçimlerini etkilemeyi reddedecektir⁵⁷⁷.

Arabulucunun, kendi yargılarının farkına varması, bunları kontrol etmesi ve askıya alması, dönüştürücü uygulamanın net karakterlerinden birini meydana getirmektedir⁵⁷⁸. Arabulucunun yardımına bu noktada, dönüştürücü yaklaşımdan doğan başka bir farkındalık türü yetişmektedir: *Ne kadar bilgi açıklığa kavuşturulmuş olursa olsun, arabulucular, gerçekte taraflar, onların durumları, bir bütün olarak yaşantıları hakkında (taraflara kıyasla) oldukça küçük bir bilgiye sahip olduklarının sürekli farkındalığı içindedir. Bu, göreceli bilgisizliğin farkında olan arabulucular, yargılarını, özellikle tarafların yargılarını çiğneyen yargılarını, açığa vurmaktan çekinmelerini sağlayan bir tevazu hissine sahip olmaktadır. Önemle vurgulamak gerekir ki, arabulucunun kendini bu şekilde sınırlandırması, taraflar arasında güç dengesi oluşturmaya yönelik stratejilerden de kendini alıkoymasını beraberinde getirmektedir⁵⁷⁹: Gerçekten dönüştürücü uygulama arabulucuların, görünürdeki güç dengesizliğine farklı türden cevap vermesini gerekli kılmaktadır. Dönüştürücü arabulucular, dönüştürücü yaklaşımla güçteki değişimin mutlaka ortaya çıkacağını anlamakla birlikte, bu değişimi hızlandırmaya girişmez. Güç dengesine yönelik bağımsız bir yargılama yapmak yerine, tarafların yargılarıyla yönlendirilir. Arabulucu, bu noktada, uyuşmazlık taraflarından birinden, güç dengesinde birtakım değişiklikler olmaksızın uygulanabilir bir pozisyonu devam ettiremeyeceği veya dengesizlik ile sorun yaşadığına yönelik sinyallerin gelmesini arar ve bu hususta bilgi edinmeye çalışır. Eğer böyle bir tatminsizlik dile getirilirse,*

⁵⁷⁷ Bkz. Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 268; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 331-332.

⁵⁷⁸ Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 268.

⁵⁷⁹ Bkz. Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 268-269; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 332.

arabulucu, tarafa, gerçekte ne istediğini netleştirmek, karşı tarafa ne söylemek istediğini aktarmak ve daha sonra gerekli kararları almak noktalarında yardımcı olur. Bununla birlikte, görünüşe göre daha zayıf olan taraf, kendisine göre güçlü olan bir uyuşmazlık tarafınca suiistimal ediliyor görüldüğünde, güç dengesizliği konusuna yönelik kendi yargısını gündeme getirerek ortaya süren ve ciddi anlamda yönlendirici bir müdahaleci rolüne bürünen arabulucular, dönüştürücü yaklaşımla uyumlu olmayan rol üstlenmiş olurlar. Dönüştürücü uygulamanın simgesi, üçüncü kişinin (arabulucunun) eylemlerinin, uyuşmazlığın hamlelerine cevap vermesidir. Bu yaklaşımda güçteki değişim, üçüncü tarafın (arabulucunun) yargısının harekete geçirdiği veya doğruladığı bir sonuç olmayıp *kendi yargılarına dayanarak* tarafların başlattığı hamleler serisinin muhtemel bir sonucudur.

2.2.6.4. Tarafların Yeterlilikleri ve Güdüleriyle İlgili İyimser Bir Bakış Açısının Benimsenmesi

Dönüştürücü yaklaşımın bir önceki karakteristik özelliği, kendi durumları ve birbirleriyle ilgili olarak tarafların görüş ve kararları hakkında arabulucunun yargılayıcı olmamasını gerektirirken, bu özellik arabulucunun, tarafların kendileri ve karakterleri ile ilgili yargılayıcı olmamasını gerektirmektedir. Arabulucunun taraflarla –bilhassa tarafların yetenekleri ve güdüleriyle- ilgili nasıl düşündüğü, yani iyimser mi yoksa kötümser mi bir bakış açısına sahip olduğu, dönüştürücü yaklaşımı benimseyip benimsemediğinin güçlü bir göstergesidir⁵⁸⁰. Dönüştürücü yaklaşımı başarılı bir şekilde uygulayan arabulucular, uyuşmazlık taraflarının temel yetenekleri, kendi durumlarıyla baş etme kabiliyetleri ile ilgili sürekli olarak pozitif bir bakış açısına sahiptir. Benzer şekilde, arabulucu, tarafların çatışma durumundaki davranışlarının görünüşü ne olursa olsun, bu davranışların altında yatan güduları ve dürüstlükleri ile ilgili pozitif bir bakış açısına sahiptir. Kısaca, tarafların yeterlilikleri ve güdüleriyle ilgili pozitif, iyimser bir bakış açısına sahip olmak, dönüştürücü yaklaşımın karakteristik bir özelliğidir. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, arabulucu, uyuşmazlık taraflarına ilişkin görüşünü anlık görüntüler üzeri üzerine temellendirmez; arabulucu, tarafların, *en kötü anlarında bile sadece geçici olarak* elverişsiz, zayıf, savunmacı veya bencil olduklarını varsayar; arabulucu, çatışma sürecinin tarafları bu şekilde kendilerinden ve birbirlerinden uzaklaştırmasının, *üçüncü kişinin yardımıyla* güçlendirme ve tanıma hedeflerine

⁵⁸⁰ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 269.

ulaşmaya yönelik temel kabiliyetlerini de kaybetmelerine yol açtığı anlamına gelmediğinin farkındadır. Bu nedenle arabulucular, tarafların çatışma içindeki durumlarını onların karakterlerine değil, çatışma deneyiminin kendisine izafe ederler⁵⁸¹.

Bu karakteristik özellik, arabulucunun süreç içindeki hareket tarzına doğrudan etki edecek niteliğe sahiptir⁵⁸²: Eğer arabulucu, tarafların, içinde buldukları durumla nasıl başa çıkacakları ile ilgili iyi kararlar vermek noktasında gerekli yeterliliğe sahip olmadığına inanırsa, tarafları, kendi kararlarını vermek noktasında desteklemek yerine sorumluluğu üzerine alacak ve yönlendirici bir şekilde hareket edecektir. Benzer şekilde, eğer arabulucu, tarafların *tamamen bencil dürtülerle* hareket ettiğine inanırsa, onları birbirlerinin bakış açılarını ele almaya davet etmek için çok az sebep olacaktır. Yeterlilik varsayımı, arabulucuları, taraflara kendi sonuçlarını belirlemeye izin vermek yerine, onların gerçekte kendilerine (arabuluculara) bağımlı olduğu duygusunu reddetmek noktasında motive edecektir.

Dönüştürücü yaklaşımda, tarafların yeterliliklerine ilişkin iyimser bakış açısının muhafaza edilmesi, arabulucuların, yıkıcı veya kötünietli olarak nitelendirilebilecek davranış tarzlarından haberdar olmadığı anlamına gelmemektedir. Fakat burada göze çarpan soru şudur⁵⁸³: Arabulucu, taraflardan birinin kötünietli ve yıkıcı bir davranışa giriştiğini hissettiğinde ne yapar? Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk süreçlerinde, taraflardan biri, diğer tarafın kötü niyetli şekilde hareket ettiğini veya süreci baltaladığını belirtir ya da ima ederse, arabulucu, ilgili tarafı bu kaygısını güvenli bir şekilde ileri sürmek noktasında destekler ve ona yardım eder. Taraf tatmin olursa, sürece devam edilir; buna mukabil, bu kaygı giderilmezse, taraf, arabuluculuk sürecinden ayrılması, yani süreci sonlandırmayı seçebilir. Fakat taraflardan birince dile getirilmiş bir kaygı olmadığı sürece, arabulucu, kendi kötüniet yargısıyla süreci ilerletmez ya da süreci sonlandırmaz. Bir tarafın hareketleri veya tepkilerinin kötü dürtüleri veya etkileri hakkında ihtiyari yargılarda bulunmak, dönüştürücü arabulucuların kendini adadığı *yönlendirici olmayan* ve güçlendirici rolden net bir ayrılıştır.

2.2.6.5. Tarafların Duygularını İfade Etmelerine İzin Verilmesi

⁵⁸¹ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 270.

⁵⁸² Bkz. Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 270.

⁵⁸³ Bkz. Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 270; Özmumcu, “Dönüştürücü Arabuluculuk”, 333.

Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği uygulamalarda, arabulucular, *kızgınlık*, *acı*, *yılgınlık* ve bunlara benzer duyguların açıklanmasını, çatışma sürecinin ayrılmaz bir parçası olarak gördüklerinden, tarafların bu tür duygularını açıklamalarını bekler ve buna izin verirler; zira dönüştürücü arabulucular, çatışmanın ortaya çıkardığı bu tür ifadelerle çalışmaya hazırlanmıştır. Bu uygulama, *iyileştirici (therapeutic) hedeflere hizmet etmekten kaynaklanmamakta*, bilakis bu türden duygu ifadeleri önemli güçlendirme ve tanıma fırsatlarına işaret ettiğinden *dönüştürücü yaklaşım hedeflerine hizmet etmekten kaynaklanmaktadır*. Mesela yılgınlık, genellikle bir husus hakkındaki belirsizlikten rahatsızlığın bir ifadesi olmasına rağmen, çoğunlukla güçlendirme için bir fırsata işaret etmektedir. Benzer şekilde kızgınlık genellikle, bir tarafın, diğer tarafın kişisel deneyimleri, kaynak sınırları veya kültürel eğilimleri hakkındaki anlayış eksikliğinden doğmaktadır. Fakat böyle bir örnekte, kızgınlık duygusunun dışa vurumu, diğer tarafın bakış açısının daha kuvvetli tanınması için bir işaret olabilir. Bu nedenle, tarafların duygularını dışa vurdukları ifadeleri göz ardı etmek, bastırmak veya bu ifadelerden kaçmak, bu ifadelerin sunacağı güçlendirme ve tanıma fırsatlarını israf etmek ve dönüştürücü yaklaşımın hedeflerini reddetmek anlamına gelecektir. Dönüştürücü arabulucular, tarafların duygularını dışa vurmasını destekler, bunları bertaraf etmez veya yeniden yönlendirmez. Taraflar duygularını açığa vurduklarında, dönüştürücü arabulucular, sadece bunun bitmesini bekleyip sonra uyuşmazlık konularıyla devam etmez. Bunun yerine, dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular taraflardan duygularını ve elbette daha önemlisi bu duygularının oluşmasına sebep olan durum ve olayları açıklamalarını ister. Hissiyatların ardındaki bu vakıa açıklamaları, hem kendi durumları üzerinde kontrol kazanmak hem de karşı tarafı anlamak ve karşı tarafça anlaşılacak üzere üstesinden gelmekle mücadele ettikleri belirli noktaları ortaya çıkarır. Bu noktalar açıklığa kavuşturulduğunda, arabulucu, bunları istedikleri şekilde ele almak noktasında taraflara doğrudan ve net bir şekilde yardımcı olabilecektir⁵⁸⁴.

2.2.6.6. Tarafların Tereddütlerini Açıklamalarına ve Açıklığa Kavuşturmalarına İmkân Tanınması

Yazarların, *berraklık karışıklıktan doğar* deyişiyle ifade ettiği bu karakteristik özellik çerçevesinde, dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, tarafların çatışmaları altında yatan sebeplerle ilgili, birbirlerinden ne istedikleri, kendileri için hangi

⁵⁸⁴ Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 270-272.

seçeneğin doğru olabileceği ile ilgili belirsiz ve kuşkulu olduklarını varsayar. Gerçekten arabulucular, bu şekildeki belirsizliklerin *güçlendirme* için önemli fırsatlar sunacağını farkındadır; bu nedenle, dönüştürücü yaklaşım, belirsizliklerinin ve kuşkularının kaynaklarını araştırmak noktasında tarafları destekler. Uygulamada bu durum, arabulucunun, tarafların, kendileri için neyin değişime açık olduğu, durumu nasıl gördükleri, her birinin, diğer taraf için uygun olduğuna inandığı şeyin ne olduğu, uygulanabilir seçenekler olarak neyi gördüklerini araştırmak için konuşmalarını takip etmeye hazır olduğu anlamına gelir. Arabulucu, çatışmayı çözmek üzere taraflarla kayda değer bir vakit geçirmekten memnun olup tarafların, geçmişte ne olduğu ve gelecekte ne olması gerektiğine yönelik net bir anlayışa ulaşamaması halinde müzakereyi sonlandırmamayı kabul edebilecektir⁵⁸⁵.

2.2.6.7. Çatışma Etkileşiminin Şu Andaki Haline Odaklanması

Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği uygulamalarda, arabulucular, tarafların oturum boyunca yaptıkları bireysel yorum ve hamleler dizisi zarfında, şu ana odaklanmaya devam eder. Yani arabulucular, tarafların yüzleştiği sorunun tanımlanması ve çözümü üzerine daha geniş bir bakış açısını desteklemek yerine, arabuluculuk sürecinde devam eden tartışmayla ilgilenmekte olup taraflar arasında gelişen çatışma ilişkisine *problem çözücü* bir perspektiften bakmaktan kaçınır. Zira böyle bir perspektifin benimsenmesi, güçlendirme ve tanıma fırsatlarının fark edilip yakalanmasını zorlaştıracaktır. Bunun yerine dönüştürücü arabulucular, *nasıl görülmek istedikleri, kendileri için önemli olanın ne olduğu, neyi seçmek istedikleri hakkında* tarafların oturum boyunca gerçekleşen (*sözel veya sözel olmayan*) ifadelerine odaklanır. Arabulucu, bu odak noktasını, tarafların belirsiz olduğu, sunulan seçimlere tarafların yanlış anlaşıldıklarını hissettikleri, her birinin diğerini yanlış anlayabileceği bir başka ifadeyle güçlendirme ve tanıma için olası durumların var olduğu noktaların farkına varmak için kullanmaktadır. Arabulucu bu noktaların farkına vardığında, tartışmayı yavaşlatmaya girişir ve netleştirme, karar verme, iletişim ile bakış açısı alma üzerine taraflarla birlikte veya ayrı ayrı çalışmak, yani güçlendirme ve tanıma işlemleri için, zaman ayırır. Dönüştürücü yaklaşımın bu karakteristik özelliği, arabulucunun, etkileşim sürecinde *yönlendirici (directive)* rolden ziyade, *duyarlı, uyumlu (responsive)* bir role

⁵⁸⁵ Bkz. Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 272; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 335.

sahip olmasını ifade eder⁵⁸⁶. Bu aynı zamanda, arabulucunun, güçlendirme ve tanıma hedeflerine odaklandığını, tarafların kendi algılamaları ve kararlarından doğan problem tanımı ve çözümlere izin verdiğini göstermektedir.

2.2.6.8. Tarafların Geçmişte Yaşanan Olaylarla İlgili İfadelerine İzin Verilmesi

Dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği uygulamalarda, arabulucular, *güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımı için sıklıkla güzel bir yol olması sebebiyle* tarafların çatışmanın geçmişi ile ilgili konuşmalarına sadece izin vermez, aynı zamanda bu tür konuşmaları teşvik eder. Gelişen çatışma ilişkisi içinde, tarafların geçmişle ilgili açıklamaları şimdiki durum ile ziyadesiyle bağlantılı olabilir; geçmişte ne yaşandığı ile ilgili konuşmalarda, taraflardan her biri, karşı tarafı nasıl gördüğü ve karşı tarafça nasıl görülmek istediği ile ilgili önemli noktaları açığa vurur. Yani geçmişte kimin kime ne yaptığı ile ilgili ifadeler, tarafların kendilerine ve yekdiğerine yönelik şu andaki nitelendirmesini yansıtır⁵⁸⁷. Bu türden ifadeler, taraflara tanıma fırsatı sunabilecektir. Geçmişe ilişkin tartışmalar üzerine serili bir temel olmaksızın, şimdiki zamanda gerçekleştirilecek bir *tanıma* değişimi, imkânsız değilse de oldukça zordur; Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, şimdiki zamanda gerçekleştirilecek bir tanıma değişimi temeli oluşturmak üzere tarafların geçmişle ilgili konuşmalarını takip eder; tarafları *herhangi bir baskı olmadan* geçmişle ilgili bakış açılarını yeniden ele almaya davet eder⁵⁸⁸. Benzer şekilde taraflar geçmişi gözden geçirdiklerinde, genellikle kendilerine (ve birbirlerine) yönelik çeşitli noktalardaki seçimlerini açığa vurur. Yararlanmaları mümkün olmakla birlikte farkına varmadıkları kaynak ve seçenekler kadar anahtar dönüm noktalarının farkına varacak hale gelirler. Bu farkındalık sağlandığında, taraflar, genellikle, güçlendirmeye yönelik bir adım olmak üzere, karşılarına çıkan kaynaklara, seçimlere ve yeteneklere yeniden göz atabilecektir.

2.2.6.9. Çatışma Etkileşimin Daha Geniş Bir Kesitinde Bir Nokta Olarak Müdahale Görünümü

Dönüştürücü yaklaşımı anlayan arabulucular, çalışmalarının, müdahalelerinden önce başlayan bir etkileşim akımının içine adım atmayı içerdiğinin ve birçok uyuşmazlıkta müdahale sona erdikten sonra farklı bir formda devam edeceğinin

⁵⁸⁶ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 273; Özmumcu, “Dönüştürücü Arabuluculuk”, 335.

⁵⁸⁷ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 274.

⁵⁸⁸ Bkz. Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 274; Özmumcu, “Dönüştürücü Arabuluculuk”, 335.

farkındadır. Uygulamada bu, arabulucuların, müdahaleyi, daha uzun bir zaman çerçevesi içinde bir nokta olarak görmeleri anlamına gelmektedir: Dönüştürücü arabulucular, müdahaleyi, tüm çatışmanın bir çözümü olarak görmezler. Çatışmanın bu şekilde, uzun vadeli ele alınması ve müdahalenin limitleri ile değişiklikleri hakkında soğukkanlılığın kabul edilmesine yönelik tutum, dönüştürücü yaklaşımın bir diğer karakteristik özelliğidir⁵⁸⁹. Bu nedenle dönüştürücü yaklaşımı takip eden arabulucular, hiçbir tekil müdahalenin, bir çatışmanın tüm boyutlarına hitap edemeyeceğine büyük bir ihtimalle daha çok inanacaktır. Yine bu yaklaşımı benimseyen arabulucular, birçok uygulamada tarafların ihtiyacı olan tüm uğraşın, müdahale sırasında başılamayacağına farkında olup bir anlaşmanın şartlarıyla mutabık olmanın bu şartların yerine getirilmesi ile aynı anlama gelmediğinin bilincindedir. Bunun yerine arabulucular, etkileşimleri sürecin ötesinde devam ettiği için, tarafların daha büyük güçlendirme ve tanıma üzerine kurulu bir *sağlamlaştırıcı karşılıklı ilişki* oluşturmasını, müdahalenin değerli (ve daha gerçekçi) bir başarıyı olduğunu kabul eden bir tutuma sahiptir. Bu durum, arabulucuların, bir anlaşmaya doğru giderken sürecin durması veya kötüleşmesi halinde başarısızlıktan korkmayacağı anlamına gelmektedir. Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, bir müdahale sürecinin sonuna doğru olsa dahi, bir anlaşmaya ile bağlanmaya yaklaşan tarafların, hızla veya beklenmedik bir şekilde geri adım atması halinde paniğe kapılmazlar. Bilakis arabulucular, tarafların bağlanma hissi ile şüphe ve kararsızlık hisleriyle savaştıkları bir anlaşmadan uzağa doğru hareket ettikleri dönüşümleri beklerler⁵⁹⁰. Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, bu dönüşümlerin olmasına izin vermekte ve hatta tarafı güçlendirme ve etraflıca düşünme anları olarak bu durumu memnuniyetle karşılamaktadır.

2.2.6.10. Küçük Seviyelerde Olsa Dahı Güçlendirme ve Tanıma Ortaya Çıktığında Başarı Duygusu Hissetmek

Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, oturumlar sırasında güçlendirme ve tanıma fırsatları ortaya çıktığında ve tarafların bu fırsatlara yanıt vermesine yardımcı olduklarında, eğer taraflar da kişisel güçleri ile kişilerarası anlayış ve sevgilerini geliştirecek şekilde bunu yapmayı seçerlerse, profesyonel bir tatmin hissiyatı elde ederler. Bu yaklaşımı benimseyen arabulucular, oturumlarda gerçekleştirilen büyük

⁵⁸⁹ Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 274.

⁵⁹⁰ Bkz. Folger/Baruch Bush, "Ten Hallmarks", 275; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 336-337.

başarılar kadar küçük başarıları da (taraflar kadar) kendileri için puanlamak noktasında dikkatli olup başarıyı, sadece süreç sonunda ulaşılan anlaşma bağlamında tanımlamazlar. Bunun yerine, tarafların küçük başarıları ile büyük başarıları arasındaki bağlantıyı görüp değerlendirirler. Dönüştürücü arabulucular, fark edilebilir güçlendirme ve tanıma adımları olmaksızın, herhangi bir anlaşmanın değerinin hayali olabileceğinin farkındadır⁵⁹¹.

Sonuç olarak, süreç sonunda bir anlaşmaya ulaşamadığında, arabulucu, eğer süreç sırasında gerçek anlamda güçlendirme ve tanımaya yönelik adımlar atılmış ise, süreçten sonra dahi taraflarca uygulanabilir yükümlülüklerin gösterilebileceğinin farkındadır. Kısaca, bir arabulucunun dönüştürücü uygulamayı gerçekten benimsediğini gösteren şey, uyuşmazlıktan sonra *nasıl gitti* sorusuna ne cevap verdiği ve ne hissettiği olup birinci karakteristik özellikle birlikte, bu, dönüştürücü yaklaşımın farklılaşmış başarı algısını göstermektedir⁵⁹².

2.2.7. Dönüştürücü Arabuluculuğa Yatkın Alanlar

Hemen belirtmek gerekir ki yukarıdaki başlıkta kullanılan “yatkın alan” tabiri ile kastedilen, dönüştürücü arabuluculuğun uygulanabileceği alanlar değildir⁵⁹³. Zira dönüştürücü yaklaşımda da uygulanan sonuçta bir arabuluculuk yöntemi olduğu için, klasik arabuluculuğun uygulanmasına imkân tanınan tüm uyuşmazlıklarda (ve çatışmalarda) dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesine ilk bakışta bir engel olmayacaktır⁵⁹⁴. Burada kastedilen aslında, *dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilen*

⁵⁹¹ Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 275-276.

⁵⁹² Folger/Baruch Bush, “Ten Hallmarks”, 276.

⁵⁹³ Arabuluculuk yönteminin uygulanabileceği alanlar, hukuk sisteminin bu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini benimseme sınırlarına bağlı olacaktır. Mesela HUAK, bu sınırları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları şeklinde belirlemiştir (HUAK m. 1/2). Bunun dışında, arabuluculuğa konu uyuşmazlığın uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili hukuk uyuşmazlığı olarak tespit edilmesi halinde arabuluculuk sürecinin sona ermiş sayılması (HUAK m. 17/1(d)) söz konusu sınırları daha da daraltmaktadır. Tüm bunların dışında kamu düzenine ilişkin uyuşmazlık kavramının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemde doğan uyuşmazlık kavramını etkileyen boyutu, kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların hangilerinin arabuluculuğa elverişli olabileceği noktasında önemli soru işaretlerine sebep olabilecektir –ki zaten kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıkların neler olduğu da son derece net değildir. Bu nedenle kamu düzenine ilişkin hususların, bu bağlamda bir davanın kamu düzenine ilişkin olduğu hallerde bunun kanunda belirtilmesinin gerektiği fikrinde olduğumuzu belirtmek faydalı olacaktır. Ayrıca bkz. Emre Kıyak, "Hukuk Yargılamasında Genel Mahkemeler Arasındaki Görev Ayrımının Sorgulanması ve Bir Kanun Taslağı", *MİHDER*, 10 (28), 2014, 59-85, 62 ve dn. 10'da yer alan açıklamalar.

⁵⁹⁴ Bu noktada alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine (özelde arabuluculuk yöntemine) ihtiyaç gösteren alanların başında iş hukuku, aile hukuku, tüketicinin korunması hukuku, düşük meblağlı

alanlardır. Bu nedenle bu başlık altında ilk olarak, dönüştürücü yaklaşımın verimli olamayacağı *fikrinde* olduğumuz alanlar ile –mahkeme bağlantılı arabuluculukta- neden bu yaklaşımın, olduğu gibi kabul edilerek, uygulanmasının pek mümkün olmadığına yönelik *kanaatlerimizin* gerekçeleri dile getirilecek, devam edilecek başlıklarda ise dönüştürücü yaklaşımdan verimlilik elde edilebilecek başlıca alanlar inceleme konusu yapılacaktır.

Hangi tür uyuşmazlık (veya çatışmalarda) dönüştürücü yaklaşımdan (istenilen) verim elde edilemez veya verim elde etme zorlaşır? Bu sorunun cevabı, *fikrimizce* dönüştürücü yaklaşımın amacında gizlidir. Dönüştürücü yaklaşımın temel amacı taraflar arasında çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek ve bu şekilde tarafları, çatışmadan önceki etkileşimlerinde olduğu gibi saygılı bir etkileşim ortamına yerleştirmek olduğuna göre, ilk olarak belirtmek gerekir ki, bir çatışma dönüşümünü gerçekleştirmenin gerekli olmadığı, yani taraflar arasındaki çatışma etkileşiminde *güçsüzlük* ve *empati eksikliği* hissedilmeyen alanlarda dönüştürücü yaklaşıma gerek olmayacaktır. Aslında bu ihtimal, yani çatışma içindeki tarafların güçsüzlük ve empati eksikliği hissetmemeleri çok gerçekçi bir ihtimal değildir. Kaldı ki, böyle bir ihtimalde söz konusu olan aslında dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilememesi değil, bilakis dönüştürücü yaklaşım benimsenerek çatışma dönüşümüne girişilmesine gerek olmamasıdır. İkinci olarak, çatışma içindeki taraflar arasındaki *başlangıç* etkileşiminin, bir çatışma dönüşümünü gerçekleştirmeyecek düzeyde *hasmi* olması ihtimalinde de *fikrimizce* sorunların çözümüne dönüştürücü yaklaşıma girişilmesi mantıklı olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, burada kastedilen düzey, tarafların birbirleriyle sakin düzeyde iletişim kuramayacak derecede *hasmi* bir tavır takınmış olmalarıdır –ki, aslında hukuk uyuşmazlıklarında böyle bir ihtimalin gündeme gelmesinin pek mümkün olmadığı kanısındayız. Yalnız –özellikle aile içi şiddet sebebiyle- eşler arasındaki iletişim kopukluğunun had safhaya varmış olması hallerinde⁵⁹⁵ böyle bir ihtimalden söz etmek mümkün olacaktır. Dönüştürücü arabuluculuğun verimsiz yahut gereksiz olduğu bu iki ihtimali geride bıraktıktan sonra,

uyuşmazlıklar ile yabancılık unsuru içeren veya içermeyen ticari uyuşmazlıklar geldiğini belirtmekte yarar vardır. Bkz. Deren-Yıldırım, “Arabuluculuk”, 81.

⁵⁹⁵ Elbette aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıkların, HUAK şablonunda arabuluculuğa elverişli kabul edilmediğinin farkındayız, fakat bu kısıtlama aile içi şiddet iddiasını içermeyen aile hukuku uyuşmazlıklarının, bu şiddete maruz kalan eş ile karşı taraf arasında arabuluculuğa götürülmesine engel olmayacaktır.

daha önemli ve uygulamada daha çok rastlanacak ihtimallere değinmek yerinde olacaktır:

Dönüştürücü arabuluculuğun, salt anlamda verimsiz olacağı düşünüleceği ilk alan, *taraflar arasında çatışmanın doğuşundan önce herhangi bir etkileşimin mevcut olmadığı* durumlarıdır. Burada kastedilene somutlaştırmak adına bir misal vermek gerekirse: arabuluculuğa konu uyuşmazlık, birbirini daha önce hiç tanımayan fertler arasında meydana gelen trafik kazası sebebiyle ortaya çıkan maddi zararların tazminine ilişkin ise, böyle bir uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözümünde dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesinin pek mantıklı olmayacağı açıktır. Zira böyle bir ihtimalde taraflar, arabuluculuk sürecinden sonra muhtemelen birbirleriyle *süreklilik arz edecek* bir etkileşim içine girmeyecektir. Bu nedenle onlar için, arabuluculuk sürecinden sonraki ilişkilerini ayakta tutmaktan ziyade spesifik uyuşmazlıklarına çözüm bulmak daha önemli olacaktır. Şu halde, bu tür uyuşmazlıklarda problem çözücü yaklaşımların benimsenmesi isabetli bir tercih olacaktır.

Yukarıdaki ihtimaller ele alınırken aslında dönüştürücü yaklaşımla ilgili birkaç argüman daha dikkate alınabilirdi. Bunlardan biri, aynı zamanda dönüştürücü yaklaşıma yönelik eleştiri noktalarından biri olan, bu yaklaşımın arabuluculuk sürecini uzatabilmesidir. Mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesinin verimli olmayacağı yönündeki görüşü desteklemek üzere bu argümanın kullanılması son derece isabetli olacaktır. Gerçekten, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarının temel amaçlarından biri, mahkemelerin iş yükünü azaltmak –ki bunun sağlanmasının bir boyutunun ortalama yargılama süresini azaltmak olduğu açıktır- olduğuna göre, arabuluculuk sürecini klasik yaklaşımlara nazaran oldukça uzatma ihtimali olan dönüştürücü yaklaşımın bu programlarda benimsenmesi çok mantıklı olmasa gerek. Ayrıca, *taraflar arasındaki uyuşmazlık hala çözülemedi, ama aralarında çatışma dönüşümü sağlandı ve şimdi birbirlerini daha empati kurarak anlayabiliyorlar* şeklinde tezahür edecek bir arabuluculuk sonucunun, davaya bakan hâkimi pek de memnun etmeyeceği *fikrindeyiz* . Şu halde, dönüştürücü yaklaşım, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programları için pek makul bir seçenek olmayacaktır. Hemen bu noktada vurgulamak gerekir ki, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında, klasik arabuluculuk anlayışının aksine *değerlendirici* yaklaşımın benimsenmesine yönelik bir eğilimden bahsetmek mümkündür. *Fikrimizce* bunun sebebi basittir: Arabulucunun –

uyuşmazlık konularına ilişkin- bir değerlendirme yapması, özellikle olası bir yargılama sonucunda davanın nasıl sonuçlanabileceğine yönelik görüşlerini taraflarla paylaşması, tarafları daha gerçekçi bir konuma getirebilecek ve mahkeme bağlantılı programların geliştirilmesine iten *belki de* temel dürtü olan *mahkemelerin iş yükünün azaltılması arzusu* arabuluculuk sürecinin (hukuki anlamda) *gerçekçi bir perspektiften adil bir çözümle* sonlandırılması suretiyle tatmin edilmiş olacaktır. Yine sürecin böyle bir yaklaşımla ilerletilmesi, süreç sonunda bir anlaşmaya ulaşılmamış olması halinde arabulucunun mahkemeye, uyuşmazlığa ilişkin kendi değerlendirmesini sunmasına imkân tanıyan sistemlerin oluşturulmasına dayanak teşkil edebilecektir.

Dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilemeyeceği *fikrinde olduğumuz* ihtimalleri yukarıda genel hatlarıyla ele aldıktan sonra, bu yaklaşımın hangi alanlarda verimli olacağını belirtmeye geçmek artık mümkündür. Dönüştürücü yaklaşımın verimli olacağı alanların tespitinde de yine yaklaşımın amacı önem arz edecektir. Bu doğrultuda, çatışma sürecinden sonra taraflar arasındaki ilişkilerin ayakta tutulma ihtiyacının yoğun şekilde hissedildiği alanlarda dönüştürücü yaklaşım verimli bir arabuluculuk uygulaması teşkil edebilecektir. Bu doğrultuda dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilecek alanların şu şekilde sıralanması mümkündür⁵⁹⁶: Uyuşmazlığın geri plandaki bir çatışmanın (tekrar eden) bir belirtisi olduğu ve tarafların, uyuşmazlığın kendisi ile ilgili kararlar vermeden önce bunun üzerine gitmeye hazır olduğu haller; tarafların kişisel, profesyonel veya ticari mahiyetteki ilişkileriyle ilgili çatışmalar; önemli duygusal ve davranışsal konular söz konusu olduğunda; taraflar, değerler ve prensiplerin temelleri üzerine tartıştığında; tarafların, kişisel gelişim fırsatlarından fayda elde edebileceği haller.

Dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesinden verim elde edilebilecek alanlar genellikle, taraf ilişkilerinin ayakta tutulmasının öncelikli önem arz ettiği alanlardır. Diğer bir deyişle, eğer taraflar için *uyuşmazlık nasıl çözülürse çözülsün* belirli düzeyde bir ilişkiyi devam ettirme gerekliliği mevcutsa, böyle bir ihtimalde –dönüştürücü yaklaşım varsayımları da dikkate alındığında- ilişkinin devamını sağlamak üzere çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek yadsınamaz bir öneme sahip olacaktır. Bu doğrultuda akla gelecek ilk misaller aile ilişkileri, komşuluk ilişkileri, kurum içindeki ilişkiler, işçi – işveren ilişkileri gibi sürekli bir etkileşim ortamının mevcut olduğu alanlar perspektifinde

⁵⁹⁶ Bkz. Alexander, 117.

olacaktır. Bunların dışında aslında süreklilik arz eden ticari ilişkilerde de uyuşmazlığın çözümünün yansira taraflar arasındaki ilişkilerin devamını sağlayacak bir çatışma dönüşümünün sağlanabilmesi oldukça önemli olacaktır. Bu perspektiften bakılarak misalleri çoğaltmak mümkündür. Buna mukabil devam eden başlıklar, dönüştürücü yaklaşımın benimsenebileceği *ve verimli olacağı* iki temel alana odaklanmaktadır: *İş uyuşmazlıkları ve aile uyuşmazlıkları*.

2.2.7.1. İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk

Aslında yukarıda yer alan “iş uyuşmazlıklarının...” tabiri kesinlikle bu başlık altındaki açıklamaları kapsayacak bir algı oluşturmaya elverişli değildir. Zira söz konusu arabuluculuk -bilhassa çatışma dönüşümüne odaklanan dönüştürücü arabuluculuk- olduğunda çözüme kavuşturulma arzusu güdülen sorunlar, yargılama mantığında düşünülebilecek *iş uyuşmazlığı* tabirinin oldukça ötesine geçecektir. Arabuluculuk yöntemi –çok önceden de ifade edildiği üzere- sorunları çatışma aşamasında ele alma kabiliyetine sahiptir. Bu nedenle *iş davası* şeklinde nitelendirilemeyecek *kurum içi çatışmalar* da bu sürece dâhil edilebilecektir. Tüm bunları söylemekle birlikte hukuk sisteminin *arabuluculuğa elverişlilik* perspektifinde öngördüğü sınırlar içinde bir iş davası olma eğilimine sahip uyuşmazlıklar da elbette arabuluculuk –özelde dönüştürücü arabuluculuk- sürecinin konusunu oluşturabilecektir. İş uyuşmazlıklarının çözümünde AUÇ yöntemlerine (ve tabi arabuluculuğa) yönelik bir eğilimin oluşmasına ön ayak olan sebepler, bu yöntemlerin benimsenmesine yönelten genel sebeplerle paralellik arz etmekte⁵⁹⁷ olup çalışma alanında AUÇ'nin bu şekilde yükselişe geçmesi, aynı zamanda işçiler ve işverenler arasında değişen sosyal bir mutabakatı yansıtmaktadır⁵⁹⁸.

Gerçekten işletmeler açısından arabuluculuk günümüzde kurum içi uyuşmazlık çözümü kavramının önemli bir parçası haline gelmiş olup ABD’de bu şekilde *kurum içi arabuluculuk (in-house mediation)* programları etkin bir şekilde uygulanır hale gelmiştir. Kurum içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi, çalışma ortamında verimliliğin sağlanmasına önemli katkılar sunduğundan, bu alanda önemli çalışmalara rastlamak da mümkündür. Bu bağlamda **Cornell University’s Scheinman Institute on**

⁵⁹⁷ Bkz. Donna Turner-Hudson/James R. Antes, "Transformative Mediation at Work: A Case Study From the REDRESS™ Program", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 3 (2), 2001, 41-47, 47.

⁵⁹⁸ Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 2.

Conflict Resolution, the Straus Institute for Dispute Resolution at Pepperdine University School of Law ve International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) tarafından desteklenen ve Fortune 1.000 şirketlerinde gerçekleştirilen projeye, büyük şirketlerin ticari, tüketici ve iş uyuşmazlıklarında ADR'ye yönelimlerinde önemli katkı sağlamıştır⁵⁹⁹.

İş uyuşmazlıkları –aile uyuşmazlıkları gibi- arabuluculuk sürecinde *verimlilik* beklenen alanların başında gelmektedir. Bu, pek tabidir ki, iş ilişkilerinin işçi ve işveren arasında *bağımlılık* unsurunu oluşturmasından⁶⁰⁰ doğan çatışma ötesinde var olan etkileşimin oluşturduğu bir algıdır. Ancak *fikrimizce* sadece bu da değildir: Gerçekten, özellikle kurumsal kimliğini oturtmuş oluşumlarda (şirketlerde), işyerinin, işin veya iş ilişkisinin ya da benzeri etmenlerin doğurduğu çatışmaların, mahkeme yargılamasına taşınmadan *taraf ilişkilerine zarar vermeyecek* şekilde halledilmesi büyük bir öneme sahip olacaktır. Yine *fikrimizce* çalışan *sirkülasyonunun* oldukça az olduğu kurumlarda, çalışan *memnuniyetinin* ön planda olması nedeniyle, kurum içi sorunların çözümünde *kazan – kazan* perspektifinin benimsenmesinin yansırı *dönüştürücü yaklaşım gibi* ilişkiyel boyuta önem veren arabuluculuk yaklaşımlarının benimsenmesinin ne denli önemli olacağı tartışılmaz. Bunu ifade etmekle birlikte, iş uyuşmazlıklarında benimsenen üç temel arabuluculuk yaklaşımın, *kolaylaştırıcı, değerlendirici*⁶⁰¹ ve *dönüştürücü* yaklaşım olduğunu⁶⁰² dile getirmekte yarar vardır.

⁵⁹⁹ Bkz. Thomas J. Stipanowich/J. Ryan Lamare, "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations", *Fortune 1,000 Survey TJS Revised Feb 19 2012*, 3.

(<http://www.courts.state.md.us/macro/pdfs/reports/cornellstudy2013.pdf>[18.8.2017]).

⁶⁰⁰ İş uyuşmazlıklarının tarafları, çalışma standartları gibi sorunlar üzerinde iletişim eksikliği sebebiyle zedelenebilen uzun vadeli ve devamlılık arz eden ilişkilere sahip olup bu türden uyuşmazlıklarını çözmek üzere insan kaynakları uygulayıcıları gibi taraflar arasındaki ilişkileri ve çalışma şartlarını bilen tarafsız üçüncü kişilere ihtiyaç duyarlar. Bkz. Esra Yıldız, "Should Mediators in Workplace Disputes Be Lawyers?", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/1, 171-184, 171-172.

⁶⁰¹ Kolaylaştırıcı yaklaşım taraflar arasındaki ilişkileri daha iyi bir boyuta taşımamakla birlikte bozulan ilişkileri onarmaya yeterli olabilmesine rağmen, aynı şeyi, değerlendirici yaklaşım için söylemek pek mümkün değildir. Gerçekten diğer arabuluculuk alanlarında olduğu gibi iş uyuşmazlıklarında da öğreti, değerlendirici yaklaşımın benimsenmesi noktasında çekimser kalmaktadır. Bkz. Ann C. Hodges, "Mediation and The Transformation of American Labor Unions", *Missouri Law Review*, 69 2004, 365-439, 412 (karş. 413); Yıldız, 174; Lela P. Love, "The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate", *Florida State University Law Review*, 24 (4), 1997, 937-948, 937 vd.

⁶⁰² Bkz. Yıldız, 172; Joe Epstein, "Effective Mediation For Employment Cases", *Preventive Law Reporter*, 29 2000-2001, 29-32, 29, 30; Lisa Blomgren-Bingham/Susan Summers-Raines/Timothy Hedeem/Lisa Marie Napoli, "Mediation in Employment and Creeping Legalism: Implications for Dispute Systems Design", *Journal of Dispute Resolution*, (1), 2010, 129-150, 136. Karş. Hodges, 405; Robert A.

Dönüştürücü yaklaşımın süreç kontrolünü taraflar üzerinde bırakmasının, çalışma alanındaki taraf özerkliği ilkesi ile uyumluluk göstereceğini⁶⁰³ vurgulamak yerine olacaktır. Nitekim iş uyuşmazlıklarında taraflar arasındaki ilişkinin gelecekteki boyutunun bu denli önemli olması dönüştürücü yaklaşımı birinci sıraya taşımaktadır. ABD'deki uygulamalardan elde edilen veriler de, kesin olmamakla birlikte, dönüştürücü yaklaşımın işçi morali hedefini daha iyi gerçekleştirdiğini göstermektedir⁶⁰⁴. Yine bu yaklaşımın, sendika üyelerinin güçlendirilmesi ve kaynaştırılması ile saha dışı sosyal adalet kuruluşlarıyla bağlantı kurulması amacını gerçekleştirmek noktasında benimsenebilecek en ideal yaklaşım şekilde nitelendirilebildiğini görmek mümkündür⁶⁰⁵. Birçok arabuluculuk uzmanı da, iş uyuşmazlıklarına en uygun olan arabuluculuk yaklaşımının dönüştürücü yaklaşım olduğu görüşündedir⁶⁰⁶. Yıldız bunun sebebini izah ederken⁶⁰⁷, iş uyuşmazlıklarının diğer uyuşmazlıklardan farklı şartlara sahip olduğuna, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin özel boyutuna, hiyerarşik yapının aralarında bir engel olduğuna işaret etmekte ve işçi ile işveren arasında bir uyuşmazlık olması halinde, bu uyuşmazlığa rağmen hâlâ işçinin (uyuşmazlık içinde olduğu) işverene bağımlı olarak çalıştığını ve mobbing gibi farklı baskılar sebebiyle, davada haklı olsa bile gerçekte zayıf konumda olduğunu hatırlatmaktadır. İşyeri uyuşmazlıklarında, işçi aynı çalışma alanında çalışmaya devam edebilmekle birlikte, çalışma standartları daha kaliteli hale getirilmeli

Baruch Bush, "Handling Workplace Conflict: Why Transformative Mediation?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 18 (2), 2001, 367-373, 368-369.

⁶⁰³ Bkz. Blomgren-Bingham/Summers-Raines/Hedeen/Napoli, 138.

⁶⁰⁴ Bkz. Hodges, 410.

⁶⁰⁵ Bkz Hodges, 411 (fakat karşı. 413).

⁶⁰⁶ Yıldız, 172-173, 174. Bkz. Nabatchi/Blomgren-Bingham, 402-403; Epstein, 29. İşçinin, tek taraflı olarak arabuluculuk programına dâhil edildiği çalışma alanları gibi endüstriyel ortamlarda dönüştürücü arabuluculuk modelinin uygulanmasına yönelik önemli argümanlar mevcuttur. Bu bağlamda, arabuluculuk uygulamasının yönetim doğrultusunda yönlendirilmiş olarak algılanması riski mevcut olup bundan da ötesi, işverenler ayrımcılığa ilişkin işyeri şikâyetlerinin büyük çoğunluğu ikna edecektir; Mahkeme bağlantılı uygulamada, arabulucular için, yasal bir davanın güçlü ve zayıf yönlerini değerlendirip bunu taraflarla paylaşmak yaygındır. Taraflar arasında devam eden bir ilişkinin olmaması ve tarafların böyle bir bilgi talebinde bulunması halinde söz konusu değerlendirmeler çekici bir hizmet olabilmekle birlikte işveren tarafından uygulanan bir istihdam programında, (işveren tarafından ücretlendirilen) arabulucular, dosyaların büyük bir çoğunluğunda (doğru ve objektif bir şekilde) işçilere, geçerli yasal hak taleplerinin olmadığını anlatabilir ve fakat işçiler bu açıklamaları, üçüncü kişi konumundaki arabulucu tarafından yapılan objektif bir değerlendirme olarak görmek yerine, arabulucunun önyargısı olarak algılayabilirler. Böyle bir sonucu engellemek adına bazı kuruluşlar, değerlendirme yapmanın uygun bir arabulucu davranışı olarak görülmediği dönüştürücü yaklaşımı benimsemektedir. Bkz. Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 23.

⁶⁰⁷ Bkz. Yıldız, 173.

ve işçi adil bir şekilde muamele görmelidir. Açıkçası işveren için bu, amaçları doğrultusunda değiştirilebilir bir durumdur: Eğer bir işveren, iş gücünü azaltmayı düşünüyorsa, gelecekteki çalışma ilişkisi hakkında bir kaygıya sahip olmayabilir ve şirkete daha az maliyetli olacağını düşünerek iş ilişkisini sona erdirmek noktasında daha istekli olabilir. Buna mukabil, işçinin beceri ve bilgisinden uzun bir süre yararlanılabileceğini dikkate alarak, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya eğilim göstermesi de mümkündür. Güçlendirme ve tanıma hedeflerini arzulama açısından da benzer şekilde, tekrar işe dönme imkânının bulunmaması veya böyle bir isteğin söz konusu olmaması ihtimalinde dahi, işçiler için güçlendirme hedefimin başarımı–sendika açısından- önemli bir hedef olarak görülmeye devam ederken, bu şartlarda işverenin dönüştürücü yaklaşıma özendirilmesi çok kolay olmayacaktır⁶⁰⁸. Bunları belirtirken, dönüştürücü yaklaşımın tarafların bir anlaşmaya varmasını birincil hedef olarak algılamamasının, bu yaklaşımın uygulandığı iş uyuşmazlıklarında tarafların anlaşmaya varma olasılığının azalacağı anlamına gelmediğini vurgulamakta yarar vardır⁶⁰⁹. Dönüştürücü yaklaşımın, güçlendirme ve tanıma yoluyla taraflara uyuşmazlıklarını yönetme fırsatı vermesi, böylelikle tarafların bakış açılarını değiştirerek farklılıklarına uyum sağlayabilmesi; diğer deyişle yıkıcı olmak yerine yapıcı olmayı deneyebilmeleri ve bu yaklaşımın, tarafların problem çözme kapasitelerini artırarak gelecekteki muhtemel sorunlarını çözmek için yol göstermesi⁶¹⁰ iş uyuşmazlıklarında taraflara, sorunun çözümünde oldukça geniş bir perspektif oluşturabilecekleri bir ortam sunmaktadır. Bunun yansıra iş uyuşmazlıklarında, duygusal içeriğin ele alınması, *tarafların karşıt yüzlerini göstermeleri* ve *amaçlarının barış yapmak olduğunu hatırlamaları* açısından özellikle önemlidir⁶¹¹. Bazı davalarda işveren, kendisi için öncelikli kazancı uyuşmazlığın dava yoluna gitmeden çözümlenmesinde gördüğünden, değerlendirici arabuluculuk programlarına daha eğilimli olabilecektir; bununla birlikte işverenler, dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesinin gelecekte ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlık sayısını azaltma potansiyelinin de farkında olmalıdır⁶¹². Son olarak dönüştürücü yaklaşımda tarafların birbirlerinin değer ve menfaatlerini tanımak için çaba

⁶⁰⁸ Hodges, 412.

⁶⁰⁹ Bkz. Turner-Hudson/Antes, 47; REDRESS örneğinde ayrıca: Hodges, 408.

⁶¹⁰ Bkz. Yıldız, 174; Epstein, 32.

⁶¹¹ Epstein, 32.

⁶¹² Hodges, 413.

harcamak durumunda olabildiğinden, dönüştürücü yaklaşımın uygulanması biraz zaman alabilmektedir⁶¹³.

Dönüştürücü yaklaşımın iş uyuşmazlıklarında uygulanmaya müsait bir arabuluculuk yaklaşımı olarak görülmesinin bir sebebi *Amerika Birleşik Devletleri Posta Hizmeti (United States Postal Service/USPS)* için uygulanan **Equal Employment Opportunity (EEO)** arabuluculuk programında bu yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır⁶¹⁴. 1994 yılında, *ayrımcılığa ilişkin grup davasının (class action discrimination lawsuit)* çözümünün bir parçası şeklinde pilot uygulama olarak başlatılan ve **Title VII of the Civil Rights Act of 1964**⁶¹⁵, **the Age Discrimination in Employment Act of 1967**⁶¹⁶ ve **Americans with Disabilities Act of 1990**⁶¹⁷ düzenlemeleri kapsamında *ayrımcılık iddialarını içeren* EEO uyuşmazlıkları için arabuluculuk sunan⁶¹⁸ **REDRESS (Resolve Employee Disputes, Reach Equitable Solutions Swiftly)**⁶¹⁹ programı ayrımcılık iddiaları⁶²⁰ için 800.000'in üzerindeki **Postal Service** çalışanının yararlandığı ülke çapında bir arabuluculuk programı haline gelmiştir⁶²¹. REDRESS programı, işgücü çatışma yönetimi becerilerini ve işyeri şartlarını iyileştirmeye odaklanan hedefleriyle, *işlem arabuluculuğu (transactional mediation)*⁶²²

⁶¹³ Yıldız, 175. Karş. Nabatchi/Blomgren-Bingham, 425-426.

⁶¹⁴ Bkz. Yıldız, 175; Blomgren-Bingham/Summers-Raines/Hedeem/Napoli, 141; Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 22; Nabatchi/Blomgren-Bingham, 404. Pilot uygulamalarda ise kolaylaştırıcı yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 22; Özümücu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 345; Nabatchi/Blomgren-Bingham, 403. Dönüştürücü yaklaşımın uygulandığı diğer federal kuruluşlar için ayrıca bkz. Etcheson, 396.

⁶¹⁵ 42 U.S.C. § 2000 (2006)

⁶¹⁶ 29 U.S.C. § 633 (2006)

⁶¹⁷ 42 U.S.C. § 12112 (2006)

⁶¹⁸ Blomgren-Bingham/Summers-Raines/Hedeem/Napoli, 141; Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 22.

⁶¹⁹ Huber, 40; Lisa Blomgren-Bingham/Gregory Chesmore/Yuseok Moon/Lisa Marie Napoli, "Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service: A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models", *Review of Public Personnel Administration*, 20 (1), 2000, 5-19, 6; Özümücu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 343.

⁶²⁰ Bir misal için bkz. Turner-Hudson/Antes, 45 vd.

⁶²¹ Baruch Bush, "Handling Workplace Conflict", 367. **US Posta Servisi** dönüştürücü arabuluculuk sürecinde, diğer dönüştürücü arabuluculuk programlarında da görev üstlenebilecek, ülke çapında üç bin arabulucuya eğitim vermiştir. Bkz. Hodges, 407; Nabatchi/Blomgren-Bingham/Moon, 268-269; Blomgren-Bingham/Chesmore/Moon/Napoli, 7.

⁶²² İşlem arabuluculuğu hakkında kısaca bkz. Baruch Bush, "Handling Workplace Conflict", 368-369.

yaklaşımından uzaklaşmaktadır⁶²³. 2005 yılı itibarıyla REDRESS programı kapsamında yürütülen arabuluculuk sayısı 60.000'i aşmıştır⁶²⁴. Dünyadaki en fazla çalışan sayısına sahip kuruluşlardan birine sahip olan USPS'te yürütülen bu program ile kurumun yargılama giderlerinden milyonlarca dolar tasarruf ettiği tahmin edilmektedir⁶²⁵.

Başlığı sonlandırmadan önce Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 25/5/2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın 3 üncü maddesinde düzenlenen zorunlu arabuluculuğun, herhangi bir modeli benimsememekle ve fakat HUAK'ta yer alan arabuluculuk tanımı değerlendirici arabuluculuğa yaklaştırmakla birlikte, belirtilen maddenin onuncu fıkrasına göre arabuluculuk sürecinin üç hafta (azami dört hafta) içinde sonuçlandırılması gerekeceğinden, dönüştürücü yaklaşımın Tasarı kapsamındaki uygulamalarda benimsenmesinin oldukça zor olduğunu hatırlatmakta yarar vardır⁶²⁶.

2.2.7.2. Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk

Aile uyuşmazlıkları kavramı, dar bir perspektiften bakıldığında eşler arasındaki uyuşmazlıkları ifade etse de arabuluculuk sürecine konu edilecek aile uyuşmazlıkları elbette sadece eşler arasındaki uyuşmazlıklardan ibaret olmayacaktır⁶²⁷. Gerçekten bu açıdan aileyi *en geniş kapsamıyla* düşünmek mümkündür. Nitekim günümüzde sadece eşler ve çocuklardan oluşan çekirdek aileyi ilgilendiren uyuşmazlıklar arabuluculuk sürecine konu edilmemekte, aile fertleri içinde değerlendirilen yaşlı kimseler de bu kavram içinde değerlendirilmektedir. Yakın zamanda yerleşmeye başlayan *yaşlı*

⁶²³ Blomgren-Bingham/Hallberlin/Walker/Chung, 4; Turner-Hudson/Antes, 41.

⁶²⁴ George J. Siedel, "The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace", *American Business Law Journal*, 44 (2), 2007, 379-389, 388; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 344.

⁶²⁵ Siedel, 387-388; Özmumcu, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 346.

⁶²⁶ Bkz. dn. 388 civarı.

⁶²⁷ Aynı geniş bakış açısını zaman dilimi açısından da sürdürmek mümkündür. Gerçekten, aile arabuluculuğu boşanmanın yanı sıra boşanma sonrası aşamaya ilişkin konuları kapsamına alabilir. Bkz. Amanda Boniface, "African-Style Mediation and Western-Style Divorce and Family Mediation: Reflections for The South African Context", *Potchefstroom Elec. Law Journal*, 15 (5), 2012, 378-401, 380. Elbette evlilik birliği devam ederken ortaya çıkan aile içi *çatışmaların* da bu sürece konu edilmesi yine mümkün olacaktır. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki, aile hukukuna ilişkin tüm uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olmayacaktır. Mesela taraflar arasında *arabulucunun gideremeyeceği* derece önemli bir güç dengesizliğinin bulunduğu durumlarda ya da çocuğun istismarının olduğu hallerde uyuşmazlık, arabuluculuk ile çözümlenmeye elverişli olmayacaktır. Bu ve diğer elverişsiz durumlar için bkz. Bkz. Madelene De Jong, "A Pragmatic Look at Mediation as An Alternative to Divorce Litigation", *TSAR*, (3), 2010, 515-531, 522. HUAK'ın (bkz. m. 1/2) bu noktadaki tutumu da aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişsiz kabul etmek suretiyle nettir.

arabuluculuğu (elder mediation) kavramı da bunun bir sonucudur⁶²⁸. Tam bu aşamada, arabuluculuk kavramı ile ilgili birçok çalışmada ve kanuni düzenlemelerde rastlanılan *arabuluculuk sürecine dâhil olan üçüncü kişiler* kavramının açıklanması da yerinde olacaktır: Yargılama hukuku mantığında, yargılama sürecine dâhil olan kimseler deyince akla gelenler tanık, bilirkişi, uzman gibi oldukça sınırlı bir gruptur. Buna mukabil, *şekilden bağımsız* bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk sürecine dâhil olan üçüncü kişiler, aile arabuluculuğu misallerinde sıklıkla görüleceği üzere çok daha geniş bir grubu kastetmektedir. Arabuluculukta, sürece dâhil olan üçüncü kişiler sadece sürecin ilerlemesine yardımcı olan kimseleri değil, süreçten (ve sonuçtan) etkilenen kimseleri de ifade etmektedir. Bu nedenle, eşler arasındaki bir aile içi çatışmaya ilişkin arabuluculuk oturumlarına çocukların, eşler ile birlikte yaşayan aile bireylerinin hatta süreçten etkilenecek (ya da etkilenmemekle birlikte sürecin, eşlerin yararına sonuçlanmasına yardımcı olacak) aile bireylerinin, anne babaların veya aile bireyi olmayan kimselerin de katılması mümkün olabilecektir⁶²⁹. Kısaca, arabuluculuk sürecine dâhil olacak üçüncü kimselerin kim olduğunun sınırlarını baştan çizecek bir kısıtlama mevcut değildir. Tarafların rızası bu noktada öncelikli öneme sahip olacaktır.

Aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk yöntemine başvurulmasının sebepleri, diğer deyişle arabuluculuğun bu alandaki avantajları, genel olarak ifade edilen avantajlarla paraleldir⁶³⁰. Boşanma aşamasındaki çiftleri arabuluculuğa götüren sebepler, diğer deyişle arabuluculuğun bu alanda benimsenmesinin sebepleri de genel sebeplerle örtüşmekle birlikte, bunlara ilave olarak aralarındaki düşmanlığı ve çatışmayı (kendileri

⁶²⁸ Yaşlı kimselerin aileleriyle yaşadıkları sorunların arabuluculuk yöntemi ile çözümü, yani *yaşlı arabuluculuğu (elder mediation)* kavramı ile ilgili olarak bkz. Joan Braun, "Elder Mediation: Promising Approaches and Potential Pitfalls", *Elder Law Review*, 7 2013, 1-17, 1 vd; Rikk Larsen/Crystal Thorpe, "Elder Mediation: Optimizing Major Family Transitions", *Marquette Elder's Advisor*, 7 2006, 293-312, 293 vd.

⁶²⁹ Bu bağlamda velayet hakkının kime verileceği gibi boşanmanın sonuçları ile ilgili bir arabuluculuk oturumunda eşlerin yanı sıra üzerinde velayet uyuşmazlığına konu çocuk da yer alabilecektir. Fakat elbette böyle durumlarda çocuğun menfaatlerinin korunması ve psikolojik sağlığının gerekli kılması sebebiyle oturumda yer almaması da uygun görülebilir. Benzer şekilde aile bireyleri arasında yer alan yaşlı kimseyle ilgili sorunların da arabuluculuk sürecine konu olması halinde, bu kişilerin taraf olarak değil de üçüncü kişi olarak oturumlarda yer alması mümkündür.

⁶³⁰ Bkz. Boniface, 380 dn 7; Jaime Abraham, "Divorce Mediation - Limiting the Profession to Family/Matrimonial Lawyers", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 10 2008, 241-268, 246; James A. Twaiite/Susan Keiser/Any K. Luckhow, "Divorce Mediation: Promises, Criticisms, Achievements, and Current Challenges", *The Journal of Psychiatry & Law*, 26 1998, 353-381, 354; Vivienne Goldberg, "Family Mediation is Alive and Well in The United States of America: A Survey of Recent Trends and Developments", *TSAR*, (2), 1996, 358-371, 358.

ve çocuklarının uğruna) azaltmak ve etkili bir ebeveynlik planlaması geliştirmek eklenebilir⁶³¹.

Aile uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan yaklaşımlar nelerdir? Açıkçası öğretide kullanılan ifadeler bu noktada rijit bir kısıtlama olmadığını göstermektedir. Gerçekten aile uyuşmazlıklarının çözümünde, üç temel yaklaşım olarak ifade edilen, kolaylaştırıcı yaklaşım, değerlendirici yaklaşım ve dönüştürücü yaklaşım⁶³² etkinlik kazanabilmektedir⁶³³. Dönüştürücü yaklaşımın aile arabuluculuğu alanında benimsenmeye başlamasının çok vakit almadığını söylemek mümkündür⁶³⁴. Diğer alanlarda olduğu gibi burada da dönüştürücü yaklaşımın önemi, değerlendirici ve kolaylaştırıcı yaklaşımlar tarafından işaret edilmeyen belirli sorunların çözümünde ortaya çıkmaktadır⁶³⁵. Fakat tam bu noktada Gréta'nın şu ifadelerine yer vermeden geçmek uygun olmayacaktır⁶³⁶: "...Dönüştürücü arabuluculuğun tek başına, bir anlaşma ile birlikte değilse, aile uyuşmazlıklarını gidermeye her zaman uygun olmadığını düşünüyorum. Mesela eğer taraflar velayet ve ziyaret kuralları üzerinde anlaşamıyorsa, taraflar oldukça daha iyi bireyler haline gelse bile, bu konuları düzenleyen bir mahkeme kararı olması gerekecek ve büyük bir ihtimalle bu karar her bir tarafın ihtiyaçlarına uygun olmayacaktır. Eğer taraflardan biri, (bir mahkeme kararı olması durumunda her zaman bir kazanan ve bir kaybeden olduğundan veya en azından taraflar bu yolda değerlendirdiğinden dolayı) yenildiğini veya bir şey kaybettiğini hissederse, bu muhtemelen gelecek çatışmalara yol açacaktır...". Kolaylaştırıcı yaklaşım, bu alanda da klasik yaklaşım konumundadır⁶³⁷. Kolaylaştırıcı yaklaşımın aile uyuşmazlıklarında kolaylaştırıcı yaklaşım olarak görülmesinin sebeplerinden biri olarak, söz konusu yaklaşımın 1990ların ortalarından önce –genel olarak benimsenen- klasik arabuluculuk

⁶³¹ Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 54.

⁶³² Farklı bir perspektiften başka bir üçlü ayırım bkz. Boniface, 381.

⁶³³ Mesela bkz. Baksa Gréta, "Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation", *Jogi Tanulmányok*, 2012, 249-260, 258; Abraham, 246 vd; ayrıca: Elizabeth F. Beyer, "A Pragmatic Look at Mediation and Collaborative Law as Alternatives to Family Law Litigation", *St. Mary's Law Journal*, 40 2008, 303-342, 312-313. Diğer yaklaşımlar ve hibrit yaklaşımların uygulanabileceğine ilişkin ayrıca bkz. Bracken, 221; Gréta, 258; Boniface, 380-381 dn.10; De Jong, 520.

⁶³⁴ Vakıa, *Goldberg*'in 1996 yılında yayımlanan çalışmasının sonuç kısmında yer vermiş olduğu ifadelerden de -net olmamakla birlikte- anlaşılabilir. Bkz. Goldberg, 370.

⁶³⁵ Bracken, 221.

⁶³⁶ Gréta, 258.

⁶³⁷ Bkz. Gréta, 258; Bracken, 220.

yaklaşımı olması gösterilmektedir⁶³⁸. Kolaylaştırıcı yaklaşım bu konumda olmakla birlikte, karşı kutupta yer alan değerlendirici yaklaşım dahi aile uyuşmazlıklarında benimsenebilecek bir yaklaşım olarak gösterilebilmektedir⁶³⁹. Bu noktada son olarak, aile uyuşmazlıklarının mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında da çözülmesinin yaygın olduğunu⁶⁴⁰, nitekim velayet uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk programlarının mevcut olduğunu⁶⁴¹ belirtmekte yarar vardır.

Bush/Ganong-Pope diğer uyuşmazlıklarda olduğu gibi boşanma uyuşmazlıklarında da tarafların çatışma ile ilgili buldukları en zor şeyin, haklarının veya menfaatlerinin tatmin edilmesi olmayıp onları birbirlerine karşı tatsız ve itici davranışlar sergileyen bir konuma sürüklemesi olduğuna değinmektedir⁶⁴². Bu noktada *Gréta*'nın da, aile arabuluculuğunun genel anlamda arabuluculuktan farklı olmamakla birlikte, aile arabuluculuğunun tarafları arasındaki ilişkinin özel bir boyuta sahip olması sebebiyle, gerçekte çok önemli bir farklılığın bulunduğuna işaret ettiğini⁶⁴³ belirtmekte yarar vardır. Uyuşmazlık çözüme kavuşturulduktan sonra tarafların uzun döneme yayılan bir ilişkiye sahip olmasının gerekmediği ticari veya tazminat uyuşmazlıklarının aksine, birçok aile uyuşmazlığında, evliliğin sona ermesinden sonra dahi *özellikle müşterek çocuk varsa* taraflar arasındaki ilişkinin devam ettirilmesi kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Bu nedenle aile uyuşmazlıklarında, taraflar arasındaki ilişkinin uzun ömürlü ve tatmin edici bir yola koyulabilmesi için, gerçek anlamda bir *kazan – kazan* çözüm anlayışının benimsenmesi kesinlikle gereklidir⁶⁴⁴.

Boşanma aşamasındaki çiftler, süreç sonunda sadece bir anlaşmaya ulaşmayı değil, bundan öte acı veren çatışma deneyimini bırakmaya ve kendi yaşamlarına devam etmeye izin veren bir *sona* ulaşmayı amaçlar; fakat eğer olumsuz çatışma döngüsü tersine çevrilmez ve boşanan taraflar kendi kuvvetlerini iyi bir şekilde yeniden oluşturamaz, diğer tarafı iyi bir ölçüde anlayamaz ise karşı tarafla değil, kendileriyle bile barışık bir

⁶³⁸ Bkz. Bracken, 220-221.

⁶³⁹ Bkz. Bracken, 221. Karş. Gréta, 258.

⁶⁴⁰ Zorunlu arabuluculuk bağlamında özellikle bkz. De Jong, 523 vd; Bkz. Goldberg, 369 vd.

⁶⁴¹ Bkz. Beyer, 310.

⁶⁴² Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 54.

⁶⁴³ Gréta, 257. Ayrıca bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 55; Boniface, 392.

⁶⁴⁴ Gréta, 257-258.

şekilde süreçten ayrılamazlar⁶⁴⁵. Dönüştürücü yaklaşımda, arabuluculuğun aile çatışması içindeki taraflara sunduğu birinci değer kötüye giden etkileşim sarmalını geriye çevirmek olup süreç sonunda bir anlaşmaya ulaşılsın ya da ulaşılmaz, aile uyuşmazlığı içindeki bireylerin bekledikleri yardım güçsüzlendirici, saygısızlaştırıcı ve yabancılaştırıcı etkileşim sarmalından kurtulmaktır⁶⁴⁶: Dönüştürücü arabulucunun ilk becerisi, dönüştürücü perspektiften boşanma arabuluculuğunun neden ve ne olduğunu zihninde muhafaza etmesidir. Hemen belirtmek gerekir ki, boşanma arabuluculuğunda uygulanacak dönüştürücü arabulucu teknikleri, bu yaklaşımın benimsendiği diğer alanlarda uygulanan tekniklerden farklı olmayacaktır. Bu nedenle, yansıtma, kapalı dinleme, derin dinleme, özetleme ve kontrol etme tekniklerine etkinlik kazandıracak dönüştürücü arabulucu, süreci başarıya ulaştırmaya yönelik rijit bir gündeme sahip olmayacak ve tarafların adımlarını izleyecektir. Dönüştürücü yaklaşımı kullanan bir arabulucunun yansıtma tekniğini kullanırken, tarafın, yoğun duygularını ifade etmek üzere kullandığı cümlelere paralel ifadeleri tercih etmesi burada da geçerli olacaktır. Dönüştürücü arabulucu, tartışmaların yöneticisi konumunda olmayacak, taraflara neyi, nasıl dile getirmeleri hususunda bir yönlendirmede bulunmayacak, aksine taraflar hangi konu üzerinde tartışmak isterlerse istesin, kendisini yansıtıcı ve yardımsever bir etkileşim rehberi olarak konumlandıracaktır.

Bazı boşanma arabulucuları, mutlak tartışma konuları için kontrol listeleri ve bilgi toplamak için bir takım formlar kullanmakla birlikte, bu tekniklerin dönüştürücü yaklaşımla *en azından bir manada* uyumlu olduğunu söyleyebilmek için, dikkatli bir şekilde yapılması ve taraf konuşmalarını yönlendirici veya taraf seçimlerini etkileyici nitelikte olmaması gerekmektedir. Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, tarafları birbirleriyle konuşmaya yönelik bir yönlendirme de bulunmadığı gibi mevcut tartışmalarını, çocuklar uğruna ya da uyuşmazlığın mahkemeye taşınmaması adına, durdurmalarına yönelik bir yönlendirmede de bulunmaz; bunun gibi, taraflar ve çocukları için en iyi anlaşmanın ne olduğuna yönelik kendi düşüncesi doğrultusunda tarafları yönlendirmez⁶⁴⁷.

Florida Bar Foundation Interest on Attorney's Trusts Accounts Program

⁶⁴⁵ Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 57.

⁶⁴⁶ Bkz. Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 57 vd.

⁶⁴⁷ Bush/Ganong-Pope, "Family Conflict", 68.

tarafından bir hibe ile fonlanan *Pro Se Aile Arabulucuğu Projesi (Pro Se Family Mediation Project)*, ilk seferinde orta gelirli uyuşmazlık taraflarını desteklemek üzere fonlanan bir proje olarak tanıtılmıştı; Bu proje, **Florida Supreme Court** tarafından sertifikalandırılmış aile arabulucularının bir avukat ile temsil edilmeye gücü yetmeyen boşanma davası taraflarına yardım etmesini sağlayarak, aile mahkemelerindeki **pro se** boşanma davası taraflarının hissedilen bir yükünü hafifletmek üzere tasarlanmıştır. Bu projeye dâhil olan taraflar, *karşılıksız (pro bono)* temsil imkânı sağlayan adli yardım hükümlerinin gerektirdiği fakirlik şartını sağlamamaktadır⁶⁴⁸.

Fleischer, birçok mahkeme bağlantılı (veya topluluk) arabuluculuk programının, taraflara süresiz arabuluculuk oturumları sağlayacak yeterli insan ve finansal kaynağının olmadığına; birçok uygulama örneğinde mahkeme veya arabuluculuk programı tarafından taraflar ve arabulucu üzerinde sıkı süre limitlerinin bulunduğu işaret ettikten sonra, (aile uyuşmazlıklarının kendine özgü niteliği de dikkate alınarak) bu projede, tarafların anlaşmasıyla arabuluculuk sürecinin uzatılmasının mümkün olduğunu dile getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu arabuluculuk (pilot) programında olduğu gibi, zaman limitinin aşılması noktasında bağımsız çalışan arabulucuların *indirimli* bir arabuluculuk tarifesi üzerinden istihdam edilmesi ve böylelikle arabulucu nezdinde uyuşmazlık taraflarında ilişki dönüşümünü sağlamak üzerinde zaman kısıtının kaldırılması şeklinde bir çözüm tarzının benimsenmesi⁶⁴⁹ *fikrimizce* ekonomik bir çözüm tarzı olmak noktasında yetersiz kalabilecektir.

Projede etkin bir şekilde rol üstlenebilmeleri amacıyla arabulucular, öncelikle projeye dönük bir eğitimden geçirilmiştir⁶⁵⁰. Arabulucular, bu ileri seviye eğitime katıldıktan sonra mahkeme kayıtları üzerinden tanımlandıkları dosyaları almak üzere bir *kör rotasyon listesine (blind rotation list)* yerleştirilir. Arabulucu bir dosyaya atandığında, taraflarla iletişim kurma, arabuluculuk için hazırlanma ve uyuşmazlığın gelişim gösterdiğini sağlama sorumluluğu altına girer⁶⁵¹. Söz konusu proje kapsamında

⁶⁴⁸ Janice M. Fleischer, "Directing and Administrating a Mediation Program: The Transformative Approach", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 295-304, 297.

⁶⁴⁹ Bkz. Fleischer, 298-299.

⁶⁵⁰ Eğitimin içeriği ile ilgili bkz. Fleischer, 299 vd.

⁶⁵¹ Fleischer, 301.

yürütülen arabuluculuk süreci ile ilgili şunları belirtmek mümkündür⁶⁵²: Arabulucular, taraflara, kendilerinin de tıpkı taraflar gibi mahkeme emri doğrultusunda burada olduklarını açıklar. Bunun dışında, mahkeme izni olmadan mahkeme emrinin dikkate alınmamasının (davanın mahkemece esastan incelenmemesi gibi) mahkeme tarafından sadece taraflara değil, aynı zamanda mahkeme tarafından verilmiş yasal bir izin olmadıkça arabuluculuğu başlatmakla yükümlü olan arabulucuya bazı yaptırımların uygulanmasına yol açabileceğine dikkat çeker. Arabuluculuktan muaf tutulmayı istemek için ileri sürülen sebep ne olursa olsun, mahkemeye iletişim kurma ve mahkemeden onay alma yükümlülüğü taraflar üzerindedir.

Süreçten kaçmanın doğurabileceği mahkeme yaptırımları ile diğer muhtemel sonuçlara ilişkin tüm bilgi taraflara verildikten sonra, arabulucular, tarafların yükümlülüklerine ilişkin sorumluluktan el çekmiş olur. Eğer taraflar, sürece ve mahkemeye karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmezse, arabulucu sadece mahkeme ve projeye yönelik kendi yükümlülüklerini yerine getirmekle sorumlu olur. Fakat tarafların katılımını garanti etmekle değil. Dönüştürücü yaklaşımın karakteristik özellikleri olan *sonuçlardan sorumluluğun taraflar üzerinde bırakılması* (2.2.6.1.) ve *tarafların görüşleri ve kararları hakkında yargılayıcı olmanın bilinçli bir şekilde reddedilmesi* (2.2.6.3.) doğrultusunda, arabulucular, sürecin nasıl sonuçlanacağına ilişkin bir sorumluluk hissine kapılmaz ve tarafların yeterlilik ve güdülerini hakkında iyimser bir bakış açısına sahip olur. Bu doğrultuda arabulucular, tarafları bilgilendirmek üzere şu ifadeye bulunabilir: *“Bu sizin arabuluculuğunuz. Siz mahkemenin talimatı üzerine sürece katılmış bulunuyorsunuz. Arabulucu olarak ben de, sizin için arabuluculuk yapmakla görevlendirildim. Bu süreci nasıl sonuçlandıracağımız size bağlıdır. Ben size yardımcı olarak buradayım. Sizde tanımlamak, araştırmak, açıklamak ve karar vermek için”*. Projeye dâhil olmaları üzerine, uyuşmazlık taraflarına arabuluculuk sürecini anlatan, boşanmanın çocuklar üzerindeki etkileri ile ilgili bilgi veren, daha fazla bilgi edinmek için başvurabilecekleri kaynakları belirten, bir boşanma davası ile ilgili tipik kontrol listelerini içeren bir materyal paketi gönderilir. Taraflardan, arabuluculuğa, kontrol listelerini de beraberlerinde getirmeleri istenir. Arabulucularla iletişime geçmeden önce taraflara gönderilen tüm bu bilgiler, arabulucunun, tartışılması gereken ve tarafların sormak üzere yeterli bilgiye sahip olmadığı bir konunun farkında olma ihtimalini

⁶⁵² Bkz. Fleischer, 301-302.

engellenen yansira tarafları birbirleriyle ve mahkemeye olan etkileşimlerinde karar vermek noktasında desteklemek içindir. Arabulucu ve taraflar, kontrol listesinde yer alan konuları birer birer inceleyebilirler. Dışardan, proje arabulucuları, davalara atandıklarında, bunlardan sorumlu olduklarının farkındadır. Dönüştürücü yaklaşım vurgulanmış ve teşvik edilmiş olsa da, arabulucular bu yaklaşımın felsefesini takip etmek noktasında herhangi bir zorlama altında değildir. Zira arabulucuların özerkliği, tarafların özelliği kadar önemlidir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMIN PROBLEM ÇÖZÜCÜ YAKLAŞIMLA UYUMLAŞTIRILMASI

3.1. DÖNÜŞTÜRÜCÜ ARABULUCULUĞA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Uyumlaştırılmış dönüştürücü yaklaşımının geliştirilmesinin tetikleyicilerinden biri (ve belki de en önemli görülebilecek olanı) dönüştürücü yaklaşıma yönelik getirilen eleştirilere, dönüştürücü arabuluculuğu savunarak değil, mantıklı eleştiriler doğrultusunda dönüştürücü arabulucunun negatif dışsallıklarını azaltmaya yönelik geliştirmelere ve düzeltmelere gidilmesi arzudur. Bu nedenle, üçüncü bölümün ilk başlığı dönüştürücü arabuluculuk yaklaşımına getirilen eleştirilere ayrılmıştır.

Dönüştürücü yaklaşımın kuramsal olarak 1990ların başlarında geliştirilmeye başlandığı kabul edilebilecek olsa da, yaklaşımın gerek teorik düzlemde gerek uygulama düzleminde benimsenmesine yönelik yoğun bir çaba olduğunu söylemek çok yanlış bir yorum olmayacaktır. Bu, *bilinçli bir propoganda* mı yoksa bu yaklaşımın gerçekten faydalı olduğunun anlaşılmasının doğal bir sonucu mu, bunun cevabını vermek *fikrimizce* gerçekten zordur. Eklemek gerekir ki, dönüştürücü yaklaşımın bu şekilde kendini ispatlamaya yönelik ısrarlı bir tutum içine girmesi, aynı yoğunlukta bir karşı tepkiyi, eleştirileri, beraberinde getirmiştir. Gerçekten bu başlık altında devam eden açıklamalarda da görüleceği üzere, dönüştürücü yaklaşıma yönelik eleştiriler bazen oldukça şiddetli bir boyuta varabilmektedir. Hemen bir misal olarak dönüştürücü yaklaşımın, Amerikan uyuşmazlık çözümü öğretisindeki en ayrı ve en abartılmış teori olarak itham edilebilmiş olmasını göstermek mümkündür⁶⁵³. Yaklaşımı geliştirenler *Baruch Bush ve Folger* olarak gösterildiği için, bu eleştirilerin muhatabı olarak doğrudan anılan isimlerin görülmesini de anlamlı bulmak gerekir. Bununla birlikte, yazarlar, geliştirmiş oldukları yaklaşıma (daha farklı bir tabir tercih edilmesi gerekirse, çatışma dönüşümüne yönelik kendi perspektiflerine) getirilen eleştirilere kısmen de olsa cevap vermeye girişmişlerdir. Bu nedenle dönüştürücü arabuluculuk öğretisi, eleştiri ve cevap yazılarının az olmadığı söylenebilecek bir akademik çalışma alanıdır.

Dönüştürücü yaklaşıma yönelik getirilen eleştirileri *Gaynier* de genel olarak dile

⁶⁵³ Bkz. Condlin, 621.

getirmiş olmakla⁶⁵⁴ birlikte, *Alexander*'ın yapmış olduğu şu sıralamayı⁶⁵⁵ vermek daha anlaşılır olacaktır: İlk olarak, dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk uygulamaları, diğer arabuluculuk modelleriyle kıyaslandığında, çok daha fazla zaman yatırımını gerektirmektedir. İkinci olarak, dönüştürücü modellerde, diğer tarafa kıyasla daha zayıf ve güçsüz olan taraflar için çok az koruyucu mekanizma mevcuttur. Bunun dışında, dönüştürücü yaklaşımın iyi bir şekilde yürütülemediği arabuluculuk uygulamaları, çok fazla zaman kaybına sebep olabileceği gibi taraflarla arabulucuyu üstesinden gelemeyecekleri alanlara sürükleyebilir ve çeşitli kaygıların ortaya çıkmasına yol açabilir. Son olarak, dönüştürücü yaklaşımda uyuşmazlık ile ilgili olmayan konular da arabuluculuk sürecine dâhil edilebildiğinden, uyuşmazlığın sonlandırılması zorlaşabilir. Bu sayılanlar, dönüştürücü yaklaşımın temel eleştiri noktaları olarak gösterilmekle birlikte, şimdi incelenecek olan öğretilerde göze çarpan eleştirilerde de görülebileceği üzere, yaklaşıma yöneltilen eleştiriler daha spesifik bir boyut kazanabilmektedir.

Dönüştürücü yaklaşıma getirilecek eleştiriler, bu çalışmanın kapsamını aşabilecek derecede fazla olmakla birlikte, burada öne çıkan eleştiriler incelenmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda *Gaynier*'in eleştirisinden⁶⁵⁶ başlanacak olursa, ilk belirtilmesi gereken, yazarın *Baruch Bush/Folger*'in eleştirisinin şu dört alanda isabet kaydedemediğine işaret etmiş olmasıdır: *Hedefler karşısında metodoloji; ahlaki gelişim hedefi ve bunun olası sonuçları; arabulucunun mevcudiyeti ve bunun neden önemli olduğu; bir uygulama teorisi eksikliği*. Bu noktaları açmak gerekirse, yazar ilk olarak, *Baruch Bush/Folger*'in ifade ettiğinin aksine, arabuluculuk hedeflerinin arabuluculuk sürecinde izlenen metodolojiyi belirlemediğini, hedefler ile izlenen yöntemin birbirinden ayrı tutulması gerektiğini dile getirmektedir. Buna ilave olarak yazar, *Baruch Bush/Folger*'in, ahlaki gelişimi arabuluculuğun amacı (niyeti), bunun da ötesinde bu amacın süreçte izlenecek yöntemi belirleyici olarak göstermesinin hatalı bir bakış açısı olduğunu vurgulamaktadır. Yazar, arabulucunun, tarafların ahlaki gelişimi için sorumlu tutulmaksızın da arabuluculukta yeterince önemli bir role sahip olduğunu belirtmekte ve arabuluculuk geleneğinin, insanların doğruluğuna saygı

⁶⁵⁴ Bkz. *Gaynier*, 399 vd.

⁶⁵⁵ Bkz. *Alexander*, 117.

⁶⁵⁶ *Gaynier*, 402 vd. Ayrıca bkz. Özümücü, "Dönüştürücü Arabuluculuk", 350 vd.

duymak ile tarafların kendi uyuşmazlıklarını bireysel ve birlikte çözme yeterliliklerinin olduğu inancı üzerine kurulu olduğunu hatırlatmaktadır. Yazara göre, *Baruch Bush/Folger* ikilisinin savunduğu metodoloji, bu bakış açısını desteklemekle birlikte, ikilinin ahlaki gelişim ideolojisi bunu baltalamaktadır. *Gaynier*'e göre, dönüştürücü arabuluculuğun görünürdeki başarısını sürdürmekte olan şey, ilişkisel alan bağlamında self determinasyon prensibidir. Metodoloji kendi doğruluğuna sahip olup ahlaki gelişim, özellikle, yargılarını saklayan tarafsız bir arabulucu tarafından uygulandığında ortaya çıkma eğilimindedir. Son olarak, yazar, *Baruch Bush/Folger* ikilisinin arabulucunun çatışma dönüşümünü kolaylaştırıcı fonksiyonunu açıklamakla birlikte, zaman zaman şahit oldukları dönüşümü açıklayan teorik bir yapı dile getirmediklerini vurgulamaktadır⁶⁵⁷. Diğer deyişle, ikili, uygulamayı açıklayan bir teoriden yoksundur. Yazara göre, *Baruch Bush/Folger* sadece bir açıklama ileri sürmekte ve fakat bu açıklamaları doğru olmayıp ikilinin hedefleri araçları açıklamamakta ve (son yazılarında da) hala teorilerinin temeli olarak ideolojiye odaklanmaktadır. En nihayetinde *Gaynier*, ikinin, yaklaşımı geliştirirken arabuluculuğun en önemli hedefi olarak ahlaki gelişimi almalarını provokatif olarak nitelendirmekte ve ikilinin arabulucular için zorlayıcı bir metodoloji önerdiğini dile getirmektedir⁶⁵⁸.

Baruch Bush/Folger 2005 yılında yayınlamış oldukları bir makalede (*A Response to Gaynier's 'Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice'*), *Gaynier*'in eleştirilerine cevap verme çabası içine girmişlerdir⁶⁵⁹. İkili, bu yazılarında, *Gaynier*'in, dönüştürücü yaklaşım için *Gestalt terapisinin (Gestalt therapy)* değer yargılarıyla hareket etmeyen bir temel oluşturacağına yönelik görüşüyle hem fikir olmadıklarını dile getirdikten sonra bunun sebebini iki boyuttan ele almışlardır: Yazarlar ilk olarak, açık bir şekilde arabuluculuk uygulamasına *değer – temelli yaklaşımın* uygulayıcılara kendi uygulamalarını ve bunun hedeflerini, konseptsel bir anlayışın yapamayacağı derecede anlamalarına yardımcı olacağına inandıklarını dile getirmişlerdir. İkinci olarak, dönüştürücü modelin arkasındaki ahlaki zorunluluğun, genel olarak ideoloji ve teori arasındaki bağlantı ile tutarsız olduğunu ifade etmişlerdir.

⁶⁵⁷ Yazarın bu noktadaki benzetimleri için ayrıca bkz. *Gaynier*, 404 vd.

⁶⁵⁸ Bkz. *Gaynier*, 406.

⁶⁵⁹ Bkz. Joseph Folger/Robert A. Baruch Bush, "A Response to Gaynier's 'Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice'", *Conflict Resolution Quarterly*, 23 (1), 2005, 123-127, 123 vd.

Bunların dışında yazarlar, *Gaynier*'in Gestalt teorisinin altında yatan ideolojik varsayımları incelememiş olmasına rağmen, bunların mevcut olduğunu; Gestalt teorisini değer yargısız bulmaktan ziyade, bu teorisinin içerdiği ahlaki zorunluluğun, uygulamaların dönüştürücü, problem çözücü ve diğer çerçevelerinin temelini oluşturan şeyler kadar ifade edilmesi ve incelenmesi gerektiğine yönelik inançlarını vurgulamıştır. Bu doğrultuda ikili, değer yargısız bir pozisyonun zahmetli olduğunu, çünkü uygulayıcılar işlerini yaparken ideolojik seçimlerini maskeleyişini; bir kişinin Gestalt teorisi aracılığıyla dönüştürücü modeli benimseyebileceğine inanmanın yanıltıcı olduğunu, ancak bu yaklaşımın uygulama alanında ideolojik önermeler taşıdığını da kabul etmemek gerektiğini dile getirmişlerdir. *Fikrimizce*, *Gaynier*'in özellikle dönüştürücü yaklaşımın arabulucular için zorlayıcı bir metodoloji sunması, göz önünde tutulması gereken bir eleştiri noktasıdır. Zira gerek uyuşmazlığın anlaşmaya kavuşturulmasını ikinci planda tutan gerek çatışma dönüşümünün sağlanmasına odaklanarak problem çözücü yaklaşımları dışlamayı makul gösterecek bir algı oluşturan arabuluculuk hedefi algısı, gerçeklikteki arabuluculuk beklentileri ile son derece uyumlu olmayacaktır. Ayrıca çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek üzere güçlendirme ve tanıma fonksiyonlarına işlerlik kazandırmak suretiyle arabuluculuk için harcanan zaman dilimini uzatmak da arabulucular için bu yaklaşımı benimsemek noktasında çekimser kalmalarına yol açan, zorlayıcı bir etmen olacaktır.

Milner'ın getirmiş olduğu eleştirilerden devam edilecek olursa⁶⁶⁰, yazar, *Baruch Bush/Folger*'ın, problem çözücü yaklaşımın uygulamada güçlendirme ve tanımayı harekete geçiremediğini dile getirdiklerine göndermede bulunarak, ikilinin, güçlendirme ve tanımanın dönüştürücü yaklaşımın uygulanmasının bir sonucu olduğuna yönelik çok az kanıt gösterdiklerine dikkat çekmektedir⁶⁶¹. Bunun dışında yazar, ikilinin (1994 yılında) kaleme almış oldukları eserlerinin, problem çözücü arabuluculuk ile dönüştürücü arabuluculuğun birbiriyle bağdaşmayacağına yönelik derinlemesine bir incelemeye izin vermediğini⁶⁶², arabuluculuk potansiyeline ilişkin bazı önemli örneklerinde ekonomik ve politik bağlamı görmezden geldiklerini⁶⁶³ dile getirmektedir. *Fikrimizce* de –yukarıda

⁶⁶⁰ Bkz. *Milner*, 744 vd.

⁶⁶¹ *Milner*, 750.

⁶⁶² *Milner*, 745.

⁶⁶³ *Milner*, 751.

belirtildiği şekilde- dönüştürücü yaklaşımın çatışma dönüşümüne hem mutlak bir önem atfetmesi hem diğer yaklaşımların bu yaklaşım ile birlikte aynı arabuluculuk sürecinde benimsenemeyeceğine yönelik bir argüman oluşturması, arabuluculuğu, uyuşmazlık çözüm yöntemi olma anlayışından uzaklaştırarak salt bir iletişim terapisi uygulaması olmaya yaklaştıran bir anlayış olarak nitelendirilmesine yol açabilecektir.

Öğretide dönüştürücü yaklaşıma eleştirilerini dile getiren bir diğer isim *Robert J. Condlin*'dir. *Condlin*'in oldukça uzun bir incelemeden sonra dönüştürücü yaklaşıma yönelik eleştirilerini ifade etmek üzere çalışmasının sonuç⁶⁶⁴ kısmındaki ifadelerine burada yer vermek isabetli olacaktır⁶⁶⁵: *Dönüştürücü yaklaşım argümanı, hem kanıt yetersizliği hem maddi eksiklik yönünden başarısızlığa uğramaktadır. Dönüştürücü yaklaşıma yönelik kanıtların birçoğu sabit zamanlı tek olaylar üzerine yapılan olay çalışmalarından oluşmakta ve dönüşüm, zaman içindeki tek nokta perspektifinden açıklanamamaktadır. Ayrıca olay çalışmaları, fiili tartışmanın gerçekçi bir ifadesi yerine, ideal uyuşmazlık çözümünü davranışının kurgulanmış birer tasviridir. Ancak teori, kurgu üzerine temellendirilemez...Her şey göz önünde bulundurulduğunda, dönüştürücü yaklaşımın o muazzam literatüründeki hiçbir şey, insanlar ve çatışmaların dönüştürücü yaklaşım metotları kullanılarak dönüştürüleceği (veya dönüştürülebileceği) noktasında teorinin kalbinde göz alıcı bir iddia ortaya koymamaktadır. Bu nedenle dönüştürücü yaklaşımın iddiası, metafiziksel bir hüsnü zan durumuna sahiptir. Dönüştürücü yaklaşım argümanı, maddi açıdan da muğlaktır. Bunca yıl geçmesine rağmen, hala net bir yaklaşım değildir. Mesela karakteri mi, yoksa çatışmayı mı ya da her ikisini mi dönüştürmeyi gerektirdiği açık değildir. İlk başlarda, yaklaşımın taraflarları, dönüştürücü yaklaşımın karakteri değiştirdiğini ileri sürmüş olsa da, ancak bu sebeple eleştirildiklerinden dolayı geri adım atmış göründüler ve odak noktalarını çatışma dönüşümüne çevirmişlerdir. İkinci nesil dönüştürücü yaklaşım argümanı, bazen açıkça, ama genellikle ima yoluyla karakter dönüşümü iddiasına dayanmakla ve buna bağlı kalmaktadır. ... Her iki süreç bazen, birbiriyle örtüşse de başkalarının yardımıyla olsa bile uyuşmazlıkları çözmeyi öğrenmek, daha iyi bir birey haline gelmeyi öğrenmekle aynı*

⁶⁶⁴ Açıkçası *Condlin*'in çalışma boyunca oldukça sert eleştirilerine rastlamak mümkündür. Mesela bkz. *Condlin*, 624 dn. 6.

⁶⁶⁵ Bkz. *Condlin*, 679 vd.

şey değildir. Buna ilave olarak, dönüştürücü yaklaşımın çatışma dönüşümü gerçekleştirdiğine yönelik argüman, bu dönüşümün sürekli olarak nasıl gerçekleştiğini açıklayamamaktadır. Çatışma, bağımsız, sezgisel, kasten yapılan ve maksatlı bir yapıya sahip değildir. Bu, zıtlaşan ve uyuşmazlıkları çözen insanların ortak davranışdır. Çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek isteyen biri, öncelikle insanların davranışlarını dönüştürmelidir. Bu, zamanla yavaşça yapılabilir...Ancak gördüğümüz üzere “zamanla yavaşça” opsiyonu dönüştürücü yaklaşım için geçerli değildir, zira uyuşmazlıklar uzun vadeli karakter değişimi için koşullar sunmamaktadır...Dönüştürücü yaklaşım taraftarları prensip sahibi olmak ya da etkili olmak noktasında zor bir tercihe sahiptir. Taraf güçlendirilmesi prensibine bağlı kalmayı sürdürecektir ve böylelikle yaklaşımın dönüştürücü etkilerini sunma potansiyelini sınırlayacaklar mı; yoksa teorisinin dönüştürücü potansiyelini maksimize etmek suretiyle güçlendirme prensibini ihlal mi edeceklerdir? Her ikisini aynı anda yapmak bir opsiyon değildir. Güçlendirme prensibine eşitler arasında birinci statüsün tanınmış olması göz önüne alındığında, bir kişi dönüştürücü yaklaşım taraftarlarının tarafları ve çatışmayı dönüştürmek için “zamanla yavaşça” stratejisini seçtiğini sanabilecektir. Ancak durum böyle olsaydı, dönüştürücü yaklaşım doğal seleksiyon gibi çalışır, tarafların kendi başlarına etkili uyuşmazlık çözüm uygulamalarını keşfetmeleri için beklenir ve bu keşifleri ortaya çıktığında desteklenirdi. Böyle bir yaklaşım genel bir değişim için yeterince hızlı olabilirdi. Ancak uyuşmazlık çözümü daha kısa bir zaman dilimi içinde çalışır. Dönüştürücü yaklaşım henüz yansıtıcı denge (**reflective equilibrium**) düzeyine ulaşmış görünmemektedir. Peki, Baruch Bush/Folgerbu eleştirilere nasıl cevap vermiştir? Açıkçası bu sorunun cevabını beklemek çok uzun sürmemiştir. Gerçekten ikili, aynı yıl yayınladıkları bir makaleyle⁶⁶⁶, yaklaşımlarına (daha doğru bir ifadeyle, bir yaklaşım geliştirme yolunda kullandıkları yöntemlere) getirilen eleştirilere cevap vermeye çalışmıştır. Bu noktada, ikilinin dile getirmiş olduğu ilk husus (kısaca ifade etmek gerekirse), *Condlin*'in eleştirisinin seçici ve kendine hizmet eden bir literatür incelemesi üzerine kurulu, yani yanlı olduğudur. *Baruch Bush ve Folger*'ın *Condlin*'in üslubuna ve bakış açısına odaklanan cümleleri⁶⁶⁷ bir kenara bırakıldığında, eleştirilere cevap babında şu hususları

⁶⁶⁶ Robert A. Baruch Bush/Joseph P. Folger, "Response To Condlin's Critique of Transformative Mediation", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 15 (1), 2013, 231-241.

⁶⁶⁷ İkilinin, *Condlin*'in kendilerine yönelttiği eleştirileri nasıl algıladıklarını net bir şekilde anlamak adına bkz. Baruch Bush/Folger, "Response To Condlin", 240.

dile getirdiğini söylemek mümkündür: İlk olarak, yazarlar *Condlin*'in, ilişkisel önermelerin idealist ve pratik olmadığına yönelik eleştirilerine, insan doğasıyla ilgili ilişkisel önermelerinin idealist ve optimist olduğunu kabul etmekle birlikte, önermelerin bu niteliğe sahip olmasının, gerçeklikte hiçbir temele sahip olmayacağı anlamına gelmeyeceğini dile getirmektedir. Ayrıca yazarlar, pozitif bir değişimi motive etmeleri ve kolaylaştırmaları sebebiyle optimist görüşlerin ciddi bir şekilde pratik olduğunun altını çizmektedir. Bunun dışında yazarlar, *ilişkisel teori (relational theory)* alanında herhangi bir orjinellik iddiasında bulunmadıklarını, bunun yerine söz konusu alandaki çalışmaları kabul etme imkânından destek bulduklarını ifade etmektedir. Öğretide dile getirilen bir başka husus da, arabuluculuğun hedeflerine ilişkin olarak dönüştürücü yaklaşım uygulamasının, tarafların güçlendirme ve tanıma yoluyla süreçlerini ve etkileşimlerini serbest bir şekilde tanımladıkları *yönlendirici olmayan (non-directive)* bir insancıl süreçte buluşmaları gerektiğine yönelik varsayımının kesinlikle değerden bağımsız veya tarafsız kabul edilemeyeceği yönündedir⁶⁶⁸.

Dönüştürücü yaklaşıma getirilen eleştirilerden biri de *Williams*'ın, *Baruch Bush/Folger*'in dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşımın birbirini dışlayan yaklaşımlar olduğu yönündeki argümanına getirmiş olduğu eleştiridir⁶⁶⁹. Yazar problem çözücü yaklaşımın benimsendiği hallerde aynı zamanda dönüşüme yönelik bir amacın güdülmesinin mümkün olabileceğini açıklarken tecrübelerine yer vermektedir. Yazarın bu noktada, tecrübelerinden yararlanarak dile getirdiği ilk husus⁶⁷⁰, boşanma noktasındaki bir çiftle ebeveynlik ve mali destek konularını müzakere ederken, aynı anda hem ilişkilerindeki dinamikleri anlamaya çalışması ve çift arasında, velayet kendisine verilen tarafın iştirak nafakası olarak alacağı meblağ üzerinde karar vermelerini zorlaştıran gizli meselelerin mevcut olup olmadığını görmeye çalışmasıdır. Yazar, bir çiftle ebeveynlik ve mali destek konularını müzakere ederken, aynı anda hem ilişkilerindeki dinamikleri anlamaya çalıştığını ve çift arasında, velayet kendisine verilen tarafın iştirak nafakası olarak alacağı meblağ üzerine karar vermelerini zorlaştıran gizli meselelerin mevcut olup olmadığını görmeye çalıştığını dile

⁶⁶⁸ Bkz. Jarrett, 73.

⁶⁶⁹ Bkz. Michael Williams, "Can't I Get No Satisfaction? Thoughts on The Promise of Mediation ", *Mediation Quarterly*, 15 (2), 1997, 143-154, 148 vd.

⁶⁷⁰ Bkz. Williams, 148.

getirmektedir. *Williams*, problem çözücü yaklaşımın dışlanarak yalnızca dönüştürücü yaklaşıma odaklanılmasının beraberinde getirebileceği tehlikeyi şu misalle izah etmeye çalışmaktadır⁶⁷¹: *Boşanma aşamasındaki bir çiftin, boşanma şartları hakkında bir mutabakata varabilmek amacıyla arabulucuya başvurduğunu düşünün. Dönüştürücü yaklaşımı benimseyen bir arabulucu, taraflar arasında çatışma dönüşümü gerçekleştirmek üzere güçlendirme ve tanıma fırsatlarının değerlendirilmesine odaklanacak ve arabuluculuk süreci bir anlaşmaya varmadan sonlandırılmış olacaktır. Bu nedenle çift, arabulucuya başvurma amaçlarına ulaşmadan süreçten ayrılmış olacak uyumsuzluğu çözmek üzere mahkeme yoluna başvuracaktır. Benim görüşüme göre, bu varsayımsal (ve kuşkusuz sınırlı olan) ama gerçekçi örnekte, arabuluculuğun başarılı olamamasının nedeni; arabulucunun, seçtikleri yeri farklı bir varış noktasıyla değiştirerek çiftin otoritesini gasp etmesi ve daha sonra seçtikleri yere yönlendirmeyi başaramamasıdır. Bu sanki onları havaalanına getirmek için bir taksi tutması, ancak şoförün onları tren istasyonuna götürmesi ve son tren istasyondan ayrıldıktan sonra onları orada terk etmesi gibidir. Williams'ın arabulucunun aynı anda hem dönüştürücü yaklaşımın hem problem çözücü yaklaşımın hedeflerine odaklanabileceğine yönelik görüşü⁶⁷² fikrimizce gerçek durumu yansıtmaya elverişli değildir. Nitekim ileride görüleceği üzere uyumlaştırılmış yaklaşım, tek bir arabuluculuk süreci içinde farklı yaklaşımların benimsenebileceğini kabul etmekle birlikte, böyle bir kabulün birden fazla yaklaşımın aynı anda uygulanabileceği anlamına gelmeyeceğini vurgulamaktadır.*

3.2. DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIMI UYUMLAŞTIRMA ARZUSU

*Baruch Bush/Folger*kendi geliştirmiş oldukları yaklaşımın, diğer yaklaşımlarla birleştirilmesine yönelik girişimlerin umudunu kırsa da, çalışmaları, bu yaklaşımı farklı yaklaşımlarla birleştirmeye yönelik yeni arabuluculuk yaklaşımlarının oluşturulmasına ilham kaynağı olmuştur⁶⁷³. Bu noktada ilk olarak *Williams* “problem çözümü” ile “dönüşümün” bir arada kullanılmasının mümkün olmadığına yönelik bir düşüncenin, yanlış bir mantık yürütmenin sonucu olduğunu⁶⁷⁴, *Gréta* aile uyumsuzluklarının çözümü

⁶⁷¹ Williams, 152.

⁶⁷² Bkz. Williams, 148 vd.

⁶⁷³ Pauli, 107. Ayrıca bkz. Gaynier, 398.

⁶⁷⁴ Bkz. Williams, 148 vd.

için en iyi yolun kolaylaştırıcı yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşımın bir birleşimi olduğuna inandığını dile getirirken, her iki yaklaşımın önemli ölçüde birbirinden farklı olmakla birlikte, adil bir anlaşmaya ulaşmaya yönelik birincil hedefin yansıra dönüştürücü yaklaşımın (güçlendirme ve tanıma şeklinde tanımlanan) genel hedefinin de en azından bütün arabuluculuk süreci devam ederken dikkate alınabileceğine yönelik fikrini⁶⁷⁵ ortaya koyduğunu belirtmekte yarar vardır.

Dönüştürücü yaklaşımın problem çözücü yaklaşımla uyumlaştırılması (veya entegrasyonu ya da bütünleştirilmesi) noktasında *uyumlaştırılmış yaklaşım* tek başına değildir. Gerçekten, AUÇ literatüründe her iki yaklaşımı birbiriyle bütünleştirmeye yönelik birçok girişimi görmekten mümkündür. Mesela *Philips*, dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşımı bütünleştirerek *problem çözücü dönüştürücü (problem solving transformative)* yaklaşımı geliştirmiştir⁶⁷⁶. Dönüştürücü yaklaşımdan esinlenilerek oluşturulan diğer yaklaşımlara misal vermek gerekirse, *Burgess/Burgess*'in *yapıcı yüzleştirme (constructive confrontation)* yaklaşımı⁶⁷⁷, *Rothman*'ın *yansımali diyalog (reflexive dialogue)* yaklaşımı, *Harper*'ın *öyküleyici arabuluculuktan* ve *Gunning*'in dönüştürücü yaklaşıma ilişkin aktivist bakış açısından esinlenerek oluşturduğu *aktivist dönüştürücü-öyküleyici arabuluculuk* yaklaşımı⁶⁷⁸ ve elbette *Williams*'ın kombinasyonu⁶⁷⁹ bu noktada anılabilecek yaklaşımlardır. Son olarak *Holbrook*'un müzakere sürecine ilişkin getirmiş olduğu sistematik yaklaşım açısından taraf ilişkilerinin düzeltilmesinin önemine yönelik olarak kullanmış olduğu "... *tarafların ilişkilerinin yeniden yapılandırılması genellikle uyuşmazlıkların çözümü için kritiktir. Bu konsept, ... tarafların problem çözümüne kalkışmayı denemeden önce temel iletişim ve ilişki sorunları üzerinde çalışmasını gerektiren müzakereye sistematik yaklaşım için temeldir...*" şeklindeki ifadeler⁶⁸⁰, çatışma dönüşümünün sürecin modüler yapısının bir unsuru olarak algılanmasını göstermesi açısından önem arz edecektir –ki ileride (3.4.2.1.)

⁶⁷⁵ Bkz. Gréta, 258. Ayrıca: Boniface, 391 vd.

⁶⁷⁶ Bkz. Barbara Ashley Phillips, *The Mediation Field Guide: Transcending Litigation and Resolving Conflict in Your Business or Organization*, Jossey-Bass, San Francisco 2001, 59.

⁶⁷⁷ Bkz. Heidi Burgess/Guy Burgess, "Constructive Confrontation: A Transformative Approach to Intractable Conflicts", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 305-322, 305 vd.

⁶⁷⁸ Bkz. Harper, 610 vd.

⁶⁷⁹ Bkz. Williams, 153-154.

⁶⁸⁰ Holbrook, 373.

görülecek olan, dinamik bir arabuluculuk süreci anlayışının- böyle bir bakış açısının ürünü olarak gösterilmesi mümkündür.

3.3. UYUMLAŞTIRILMIŞ BİR DÖNÜŞTÜRÜCÜ YAKLAŞIM MODELİ

Uyumlaştırılmış yaklaşımın esin kaynağı olarak, *Holbrook'un Müzakerede Edimsel, Dağıtıcı, Bütünleyici ve Dönüştürücü Esasların Uygulanması (Using Performative, Distributive, Integrative, And Transformative Principles in Negotiation)* isimli makalesinde⁶⁸¹ *sistemik bir yaklaşım* başlığı altında dile getirdiği şu cümlelere yer vermekte yarar vardır⁶⁸²: "...Eğer müzakere, çatışma hikayelerinin anlatımıyla başlarsa, tarafların iletişim sorunlarını halletmek üzere ilk önce edimsel yaklaşımın kullanılmasına başlamak, sonra ilişkisel sorunları halletmek üzere dönüştürücü yaklaşımın, sonra ortak bir probleme yönelik değerlerin dağılımını gerektirmeyen karşılıklı tatmin edici bir çözüm geliştirme ihtiyacını karşılamak üzere bütünleyici yaklaşımın ve son olarak sadece parasal bir anlaşma (**monetary settlement**) yoluyla çözülebilecek bir uyuşmazlığı (veya uyuşmazlığın kalan kısmını) çözmek üzere dağıtıcı müzakerenin kullanılması mantıklı olur. Bu sistemik yaklaşım, müzakereci için bir yol haritası sağlar. İlk iş, edimsel müzakereden yararlanılabilecek iletişim sorunlarının mevcut olup olmadığı belirlemek olacaktır. Sonrasında müzakereci, dönüştürücü müzakereden yararlanılabilecek ilişkisel sorunların olup olmadığını tespit edecektir. Bir sonraki iş, dağıtıcı müzakere esaslarını gerektiren sorunları tespit etmeden önce bütünleyici müzakere yoluyla çözülebilecek sorunları saptamak olacaktır...Bir müzakerenin ilerleyen aşamalarında, taraflar müzakerenin çıkmazla sonuçlanmaya doğru gittiğinden ve çatışmalarının çözülmeyeceğinden korkarsa, tarafların iletişimini geliştirmek ve onları problem çözücü yola geri döndürmek üzere edimsel müzakere ilkelerini kullanmak suretiyle yetenekli bir arabulucunun müdahalesini gerektiren tarafların baştaki negatif hisleri yenilenmiş çatışma hikayeleri anlatımı ve suçlayıcı ifadelerle tekrar ortaya çıkabilir...".

Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın stratejilerine önemli ölçüde yer vermiş olmakla birlikte, aslında dönüştürücü yaklaşımın özel bir türü değildir.

⁶⁸¹ Eserin tam künyesi: Holbrook, James R., "Using Performative, Distributive, Integrative, And Transformative Principles in Negotiation", *Loyola Law Review*, 56 (2), 359-374.

⁶⁸² Holbrook, 374.

Uyumlaştırılmış yaklaşımı, bu nedenle, dönüştürücü arabuluculuğa yönelik farklı bir yaklaşım türü şeklinde tanımlamak daha yerinde olacaktır. Bu farklılığı oluşturan temel nokta, uyumlaştırılmış yaklaşımın, dönüştürücü yaklaşımın diğer arabuluculuk yaklaşımlarıyla birlikte uygulanamayacağına yönelik argümanı reddetmiş olmasıdır. Bu doğrultuda, uyumlaştırılmış yaklaşım arabuluculuk sürecinde farklı arabuluculuk yaklaşımlarının, *eş zamanlı olmamakla birlikte* farklı aşamalarda uygulanabilmesinin mümkün olabileceği tezini savunur.

Uyumlaştırılmış yaklaşımın, süreç içinde, özellikle sürecin başında dönüştürücü yaklaşıma büyük oranda etkinlik kazandırması, taraflar arasındaki çatışma dönüşümünün gerçekleştirilmiş olmasını *uyuşmazlığın çözümü* açısından da önemli bir etken olarak algılamasıdır. Bununla birlikte uyumlaştırılmış yaklaşım, uyuşmazlığın çözümünü ve çatışma dönüşümünü zorlaştıran, taraflar arasındaki çatışma etkileşiminin yanlış kurgulanmasına yol açan *suizan ve ön yargıların bertaraf edilmesinde* daha farklı bir metodolojiye sahiptir. Ayrıca uyumlaştırılmış yaklaşım, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımını (ve dolayısıyla çatışma dönüşümünün gerçekleştirilmesini) mümkün olduğu kadar arabuluculuk süreci dışında tutmayı hedefleyerek, arabuluculuk sürecinin kısaltılmasına odaklanmaktadır. Kısa bir şekilde ifade etmek gerekirse, bu yaklaşım, *çatışma dönüşümüne odaklanmak ve bunu bir arabuluculuk hedefi olarak algılamakla birlikte* bu hedefin (uyuşmazlığın kendisi gibi) *arabuluculuk sürecinin esas konusu haline gelmesini* engellemeye odaklanır.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, hibrit bir AUÇ yöntemi uygulanmasını öngörmez. Gerçekten bu yaklaşım, problem çözücü yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşımın bir arada uygulanması argümanına dayanmakla birlikte, bunların hepsi birer arabuluculuk yaklaşımı olup *tarafsız ön değerlendirme, vakia saptayıcılığı* gibi farklı AUÇ yöntemlerinin süreç içinde uygulanması gerektiği anlamını taşımaz. Bununla birlikte bir arabuluculuk yaklaşımı olarak uyumlaştırılmış yaklaşım, kesinlikle homojen bir arabuluculuk süreci öngörmemektedir⁶⁸³. Yaklaşımın ön gördüğü arabuluculuk süreci homojen olmadığı gibi dinamik bir süreç olup önceden belirlenmiş bir arabuluculuk aşamaları yapısı ihtiva etmez. Fakat bu, kesinlikle uyumlaştırılmış yaklaşımın belirsiz bir süreç öngördüğü ve tarafların mutlak şekilde takip edilmesi gerektiğini savunduğu

⁶⁸³ Bu noktada bkz. Bracken, 220-221; Baruch Bush, "Mediator Performance Testing", 981.

anlamına gelmemektedir. Bilakis, yaklaşım, dinamik bir arabuluculuk süreci öngörmekle birlikte aşamaların nasıl yönlendirileceğine ve aşamalar arasında geçişlerin nasıl sağlanacağına yönelik birtakım argümanlara sahiptir⁶⁸⁴.

Uyumlaştırılmış yaklaşımın heterojen ve dinamik bir arabuluculuk süreci öngörmesinin altında yatan temel sebep arabuluculuk hedeflerine yönelik farklı bir algıya sahip olmasıdır. Gerçekten bu yaklaşım, arabuluculuk hedeflerini tek boyuta indirgememekte, bunun yerinde hedefler arasında bir *pareto optimumun* belirlenmesine odaklanmaktadır. Böylelikle, sadece çatışma dönüşümü veya sadece uyumsuzluk çözümü değil, her iki hedefin de arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilmesine yönelik bir strateji izlenmesine imkân tanımaktadır.

3.3.1. Arabuluculuk Sürecinde Hedef Başarımının Optimizasyonu

Uyumlaştırılmış yaklaşımın temel hedefi nedir? Bu soru çok kısa bir ifadeyle cevaplanacak olursa, dönüştürücü yaklaşımın diğer arabuluculuk yaklaşımlarıyla uyumlaştırılması ve bu şekilde daha verimli, gerçekçi, mahkeme bağlantılı arabuluculuğa daha elverişli bir arabuluculuk süreci modellemektir. Böyle bir hedefin başarımında bir takım varsayımların olacağı açıktır. İlk olarak uyumlaştırılmış yaklaşım, *iki farklı arabuluculuk yaklaşımının eş zamanlı olarak, aynı anda uygulanamayacağı* argümanını kabul etmekle birlikte, arabuluculuk sürecinin *farklı aşamalarında farklı yaklaşımların benimsenebileceğini* ileri sürmektedir. Diğer deyişle, uyumlaştırılmış yaklaşım, *arabuluculuk sürecinin tüm aşamalarında dönüştürücü yaklaşımın benimsenmesinin gerekli olmadığını* kabul eder. Dönüştürücü yaklaşıma getirilen bir başka sınırlama, bu yaklaşımda kullanılan *kendine özgü* arabulucu stratejilerinin benimsenmesine yöneliktir. Uyumlaştırılmış yaklaşım, bu taktiklerin verimli olabileceğini kabul etmekle birlikte, sürecin tamamında bu taktiklere odaklanılarak, problem çözücü yaklaşımda kullanılan taktiklerinin göz ardı edilmesini mantıksız kabul etmektedir. *Ancak kuvvetle altı çizilmelidir ki, herhangi bir yaklaşımın “kendine özgü” taktiklerinin uygulanması benimsenirken, sürecin o (taktiğin uygulandığı aşamasının) değil, tüm aşamalarının (yani sürecin tamamının) başarımının göz önünde bulundurulması gerektiğidir.* Yani belirli bir aracın (arabuluculuk tekniğinin) benimsenmesinde yalnızca *o andaki faydası değil*, sürecin toplam başarımına olan katkısı dikkate alınacaktır. Bir misal ile izah etmek

⁶⁸⁴ Bkz. 3.3.2.6.

gerekirse, taraflar arasındaki birinci oturumda, tartışmanın doğrudan uyuşmazlık konularına odaklanmasını dikkate alan bir arabulucu, sorunun çözümünü sağlamak amacıyla doğrudan problem çözücü arabuluculukta kullanılan teknikleri uygulamayı düşünmekle beraber, bu şekilde hareket edilmesinin, bir sonraki oturumlarda çatışma dönüşümünü *son derece zora sokacağı* kanaatine varırsa, bu teknikleri uygulamak noktasında çekimser kalacak ve sürecin tamamına fayda sağlayabilecek başka taktikleri tespit etmeye odaklanacaktır.

Yukarıda dile getirilen tüm ön kabuller, uyumlaştırılmış yaklaşımın daha *modüler (parçalı)* bir arabuluculuk yaklaşımı olduğunu göstermektedir. Gerçekten uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın aksine, arabuluculuk sürecinin net bir şekilde belirli aşamalara ayrılmasına son derece önem vermektedir⁶⁸⁵. Aslında bu yaklaşım arabuluculuk sürecini sadece belirli aşamalara ayırmaya değil, aynı zamanda arabulucu (ve taraflar) için *belirli bir durumda hangi yaklaşımın benimsenmesi gerektiğine* yönelik bir yol haritası çizmeye odaklanmaktadır. Arabuluculuk sürecine yönelik bu farklı bakış açıları, uyumlaştırılmış yaklaşımda çatışma dönüşümü kavramı ile güçlendirme ve tanıma hedeflerine de farklı bir perspektiften bakılmasını gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda uyumlaştırılmış yaklaşımda olumsuz çatışma etkileşiminden olumlu çatışma etkileşimine giden süreç farklı şekilde modellenme –ki bu farklı modelleme *fikrimizce* gerçek durumu yansıtmaya daha elverişli olmaktadır- imkânı bulmaktadır.

Uyumlaştırılmış yaklaşımın en önemli argümanlarından biri, *güçlendirme* ve *tanıma* hedeflerinin mümkün olduğu kadar *arabuluculuk süreci dışında* tutulmasıdır. Bu bağlamda arabulucu bu hedeflerin nasıl başarılabacağı noktasında taraflara *ilk planda* rehberlik etmekle birlikte, güçlendirme ve tanımanın gerçekleştirilme sürecinin *hızlandırılmasını da* sağlamak üzere, bu hedeflerin başarımı mümkün olduğunca arabuluculuk oturumları dışında bırakılmaktadır. Bu argüman, *teorik açıdan* bakıldığında dönüştürücü yaklaşımın *uzun süren* bir arabuluculuk sürecini gerektirmesi negatif dışsallığını azaltmaya yönelmektedir. Yine belirtilen hedeflerin başarımında taraflara *arabuluculuk oturumları dışında* bir fırsat sunmak *fikrimizce* daha yapıcı ve kalıcı olabilecektir.

⁶⁸⁵ Ancak bu, uyumlaştırılmış yaklaşımın önceden belirlenmiş aşamalara sahip olan bir yaklaşım olduğu anlamına gelmemektedir.

Devam eden satırlarda uyumlaştırılmış yaklaşımın nasıl ele alınacağını şu şekilde göstermek mümkündür: İlk olarak, bu yaklaşımın *kendine özgü bakış açısından* arabuluculuk sürecinin *farklı bir* aşamalandırılması, diğer deyişle modellenmesi yapılacaktır. Sonrasında her bir aşamaya ilişkin olarak arabulucu (ve taraflar) için *karar verme mekanizmaları* –ki bu mekanizmalar, söz konusu aşamada hangi yaklaşımın, ne ölçüde benimsenebileceğine yönelik olacaktır- ortaya konulacaktır. Bunun devamında, uyumlaştırılmış yaklaşım perspektifinden taraflar arasındaki çatışma etkileşimi ele alınacak ve güçlendirme ile tanıma hedeflerinin nasıl arabuluculuk süreci dışında tutulabileceğine yönelik *fikirlerimiz* dile getirilecektir. Sonrasında ise yine bu yaklaşım perspektifinden arabulucu becerileri ele alınacaktır.

3.3.2. Uyumlaştırılmış Yaklaşımında Arabuluculuk Süreci

Çalışmanın ikinci bölümünden (2.2.1.) de hatırlanacağı üzere, *farklı bakış açılarıyla* arabuluculuk sürecinin birden fazla hedefinden bahsetmek mümkün olmakla birlikte, *fikrimizce* bu hedefler ikiye indirgenebilir: *Arabuluculuk sürecine götüren çatışmaların doğurduğu somut uyuşmazlığın giderilmesi* ve *çatışmalar sebebiyle taraflar arasında ortaya çıkan kötü etkileşimin giderilmesi* –dönüştürücü yaklaşımın isimlendirmesiyle- çatışma dönüşümünün sağlanması. Uyumlaştırılmış yaklaşım, her iki hedef arasında bir korelasyon (bağıntı) olduğunu kabul eder. Yani, somut uyuşmazlığın giderilmesi ile çatışma dönüşümünün sağlanması birbiriyle doğru orantılı bir ilişki içinde olup bir hedefe yaklaşmak diğer hedefin başarımını da olumlu şekilde etkileyecektir. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın, her iki hedefin bir arada başarılamayacağına yönelik argümanını reddeder. Böyle bir argümanın reddedilmesi, ilk bakışta sağlaması oldukça zor yapılacak bir karşı argüman olarak görülebilirse de, uyumlaştırılmış yaklaşımın her iki hedefin birlikte başarımını sağlamak üzere arabuluculuk sürecini kendine özgü bir üslupla aşamalandırmasının ve her aşama için hangi yaklaşımın benimseneceğine yönelik bir karar alma mekanizması öngörmesinin, bu hedeflerin birlikte başarımının mümkün olduğunu –en azından teorik düzeyde- göstermeye elverişli bir ortam sunacağı *fikirindeyiz*.

3.3.2.1. Dinamik Süreç Planlaması Anlayışı

Uyumlaştırılmış yaklaşımında, arabuluculuk sürecinin aşamalandırılmasında *monist* bir perspektif benimsenmemiştir. Bu nedenle sürecin nasıl modelleneceği somut bir

uygulamaya göre farklılık arz edecektir⁶⁸⁶. Daha basit bir şekilde ifade edilecek olursa, uyumlaştırılmış yaklaşımda arabulucu ve tarafların, sürecin belirli bir model üzerinden yürütülmesi noktasında hemfikir olması amaçlanmakla birlikte bu belirli modelin ne olacağı, tarafların içinde buldukları duruma göre değişiklik gösterecektir. Bu doğrultuda, taraflar için çatışma etkileşiminde *bir ölçüde* güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarılmasının, aralarındaki sorunun çözümüne de –tersi yaklaşıma nazaran– daha olumlu etki edeceğinin aşikâr olması halinde, çatışma dönüşümünün sağlanması somut uyuşmazlığın çözümünün önüne geçecektir ve dolayısıyla dönüştürücü yaklaşıma süreç içinde –zamanlama açısından– öncelik tanınmış olunacaktır. Buna mukabil, taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi mümkün olmaksızın bir çatışma dönüşümünün beklenemeyeceği ihtimallerde, önce taraflar arasındaki somut uyuşmazlığın çözümüne odaklanılacak ve böylelikle –zamanlama açısından– problem çözücü yaklaşıma öncelik tanınacak, bu şekilde uyuşmazlığın çözümünün sağlanmasıyla taraflar arasındaki çatışma dönüşümünün kolaylaştırılması hedeflenecektir. Bu açıklamalar ışığında devam eden başlıkların, *belirli bir sırayı takip edecek aşamalar şeklinde algılanmaması gerektiğini* vurgulamak yerinde olacaktır.

3.3.2.2. Süreç Yönetimine İlişkin Karar Verme Aşaması

Yukarıdaki açıklamalar ışığında arabuluculuk sürecinde hangi hedefin başarımına öncelikle odaklanılacağı nasıl kararlaştırılacaktır? Bu karar *açıkça* taraflara veya arabulucuya mı bırakılacak yoksa ilk oturumdan sonra ortak bir çıkarım doğrultusunda mı karar verilecektir? Bu soruların –ki ikinci soru zaten birinci soruyu kapsamaktadır– cevabını teorik düzlemde vermek zor olmakla birlikte birkaç varsayımdan hareket edilmesi mümkündür: İlk olarak, uyuşmazlığı doğrudan ortaya çıkaran çatışma konularının dışında, taraflar arasında geçmişten gelen çatışma sebepleri, ön yargılar ile suizanlar olduğunun bilinmesi halinde, bu –geçmişten gelen– hususların mevcut uyuşmazlığı doğuran çatışma konularını tetiklediği –ya da en azından etkilediği– yüksek bir olasılık dâhilinde olacaktır. Böyle bir ihtimalde, çatışma dönüşümünün ön planda tutulmasının mantıklı olacağı açıktır. Buna mukabil, taraflar arasında geçmişten gelen çatışma sebepleri, ön yargılar ve suizanlar olmadığının anlaşılması ve somut uyuşmazlığı doğuran çatışmaların taraflar arasında negatif bir etkileşime yol açtığı aşikâr olduğu

⁶⁸⁶ Arabuluculuk sürecinin yapılandırılmış bir süreç olmakla birlikte, şekli bir prosedür olmaması (bkz. Yıldırım, “Tasarı”, 37), bu şekilde dinamik bir süreç planlamasına imkan tanımaktadır.

hallerde, çatışma dönüşümünün sağlanabilmesi için taraflar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesinin ne kadar önemli olacağı açıktır.

İkinci olarak, arabulucu ve tarafların, süreç yönetimine ilişkin bir karar vermeden ve hangi yaklaşıma öncelik tanınacağını belirlemeden önce, bireysel (tek tarafla) yapılan oturumlar kadar ortak bir oturumun yapılmasının ne denli önemli olacağını tartışılmaz olduğu *fikrindeyiz*. Zira böyle bir oturumda arabulucu, arabuluculuk sürecine konu edilen uyuşmazlığın altında yatan çatışma konularının ötesinde, taraflar arasında önceden gelen ön yargılar ve suizanlar olup olmadığını veya mevcut çatışma konularının böyle ön yargılar ve suizanlara yol açıp açmadığını daha net bir şekilde tespit edebilecektir. Elbette arabulucunun bu oturumda dönüştürücü yaklaşımın kullandığı taktikleri benimsemesinin faydalı olacağını söylemek mümkündür. Ancak tekrar hatırlanmalıdır ki, söz konusu taktiklerin kullanılması noktasında sürecin toplam başarımına olan katkısı da hesaba katılmalıdır. Tüm bunları belirtmekle birlikte, uyumlaştırılmış yaklaşımın nasıl bir süreç olduğuna devam edebilmek için, ön yargı ve suizan kavramlarının daha yakın bir perspektiften ele alınmasında yarar vardır. Bu doğrultuda devam eden başlıklar belirtilen kavramların uyumlaştırılmış yaklaşım açısından ne anlama ifade ettiğine ve bunların süreç içinde ortaya çıkmasının önlenmesine (eğer ortaya çıkmışsa giderilmesine) yönelik adı geçen yaklaşımın nasıl bir yol izlenmesini öngördüğüne ilişkin olacaktır.

3.3.2.2.1. Ön Yargılar ve Suizanlar

Sözlükte ön yargı, bir kimse veya bir şeyle ilgili olarak belirli şart, olay ve görüntülere dayanarak önceden edinilmiş olumlu veya olumsuz yargı, peşin yargı, peşin hüküm, peşin fikir şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁸⁷. Uyumlaştırılmış yaklaşım açısından bu kavram daha spesifik bir anlama sahip olup *taraflardan birinin, diğer taraf veya uyuşmazlık konusuna yönelik daha önce sahip olduğu bilgiler çerçevesinde zihninde oluşturduğu peşin fikri* ifade etmektedir. Dikkat edilirse, buradaki peşin fikrin olumlu veya olumsuz olmasıyla ilgili bir ayırım yapılmamıştır. Gerçekten ilk bakışta arabuluculuk sürecini olumsuz etkileyebilecek olan hususun, tarafların birbirlerine ve uyuşmazlık konularına yönelik olumsuz peşin fikirler olabileceği düşünülebilirse de, *fikrimizce* bu noktalarda olumlu ve fakat gerçekçi olmayan ön yargılara sahip olmaları da *hayal*

687

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.582e151a686793.42714 (17.11.2016).

kırıklığına uğramaları olasılığını artırabileceğinden, süreci olumsuz etkileyebilecektir. Ayrıca bu şekilde gerçekçi olmayan ön yargıların özellikle tarafların kendilerine ilişkin olması, karşı tarafa yönelik aşırı derecede olumlu bir beklenti içine girilmesi ve fakat karşı tarafın bu beklentiyi karşılamaması ihtimalinde, taraflar arasındaki gerilimi tırmandırabilecek veya tarafı, karşı tarafa yönelik suizanlara sürükleyebilecektir.

Sözlükte suizan, kötü san, kuşku şeklinde tanımlanmakta⁶⁸⁸ olup ön yargı gibi bu kavram da uyumlaştırılmış yaklaşım açısından sözlük karşılığında daha spesifik bir anlama sahip olmaktadır: Suizan, bu yaklaşım açısından *taraflardan birinin, diğer taraf veya uyuşmazlık konularına yönelik herhangi bir bilgiye ve tecrübeye dayanmayan olumsuz yöndeki kuşklarını* ifade etmektedir. Dikkat edilirse, ön yargıdan farklı olarak uyumlaştırılmış yaklaşımın süreç içinde önlemeye odaklandığı kavram sadece olumsuz kuşklarla sınırlıdır. Zira *fikrimizce* tarafların birbirlerine yönelik olumlu sanılara sahip olmasının arabuluculuk sürecine yönelik herhangi bir olumsuz etkisi olmayacaktır. Bunun sebebi, sanıların, ön yargı derecesinde davranışlara etki etme kapasitesinin bulunmamasıdır.

3.3.2.2.2. Ön Yargılar ve Suizanların Bertaraf Edilmesi

Uyumlaştırılmış yaklaşım açısından spesifik bir anlama kavuşan ön yargılar ve suizanların, sağlıklı bir arabuluculuk süreci yürütülmesini olumsuz etkileyeceği açıktır. Gerçekten bu yaklaşım, ön yargı ve suizanlar tarafların zihnini meşgul ettiği sürece, onların uyuşmazlık çözümüne odaklanmasının zorlaşacağını ve çatışma dönüşümünün de verimli bir şekilde gerçekleşmeyeceğini varsayar⁶⁸⁹. Bu noktada uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımdan ayrılmakta ve çatışma dönüşümünden de öncelikli olarak, tüm arabuluculuk süreçleri açısından ön yargı ve suizanların ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir. Bu hedefin başarımı iki boyuttan ele alınabilir: Süreç başlamadan önce tarafların sahip olduğu ön yargı ve suizanların ortadan kaldırılması ile süreç başladıktan sonra tarafların, birbirlerine ve uyuşmazlığın gidişatına (ya da geçmişine) yönelik ön yargılara ve suizanlara sürüklenmesinin önlenmesi. Bu ikinci

⁶⁸⁸

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.582e1525790a24.60282 147 (17.11.2016).

Bkz.

⁶⁸⁹ Tarafları mücadelecı bir bakış açısından uzaklaştırabilmek için taraflar arasında bir güven ortamının oluşturulması zorunludur. Zira tarafları mücadelecı müzakereye iten sebeplerden biri, birbirlerine karşı güvensiz hissetmeleridir. Bkz. Gary Goodpaster, "A Primer on Competitive Bargaining", *Journal of Dispute Resolution*, 2, 1996, 325-377, 375.

boyut, daha ziyade tarafların süreç içindeki etkileşimlerinin bir anlamda kontrol altında tutulmasını ifade edecektir ki, bu yönüyle de uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın tarafların duygularını dışa vurmalarının sınırsız bir biçimde desteklenmesine ilişkin bakış açısına sınırlama getirmektedir.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, ön yargıların ve suizanların tespit edilmesini sürecin toplam başarımı açısından gerçekleştirilmesi öncelikli hedefler olarak algıladığından, arabulucu, sürecin ilk aşamasında taraflarla gerçekleştireceği özel oturumlarda, tarafların ağzından uyuşmazlık konularını dinlerken, aynı zamanda böyle bir ön yargı veya suizana sahip olup olmadıklarını sezinlemeye çalışacaktır. Elbette, arabulucu, bu aşamada henüz uyuşmazlık konularıyla ilgili detaylı bir bilgiye sahip olamayacağından, ön yargı veya suizanın mevcut olup olmadığını anlamak üzere tarafın kendisine aktardığı bilginin ne olduğundan ziyade nasıl aktardığına odaklanacaktır. Mesela tarafın, karşı tarafın borcunu ödememesi vakiasını aktarırken kullandığı “...eminim ki karşı tarafın, benim ticaret yapmaya başladığım bir başka firmayla husumeti bulunmaktadır. O sebeple, beni kendisine hasım olarak görmüş olup süresinde borcunu ödememiştir...” şeklindeki ifadeler, dinlenen tarafın, karşı tarafın borcunu süresinde ödememesinin sebebine yönelik bir ön yargı taşıdığı şeklinde algılanabilir. Zira taraf, karşı tarafın, borcunu ödememesini ticaret yapmaya başladığı başka bir firmanın, karşı tarafla hasım olmasına ve karşı tarafın kendisini de hasım olarak algılamasına bağlamaktadır. Bunun, borcun ödenmemesi sebebini açıkça gösteren bir delil olmadığı açıktır. Bir zan da değildir, zira kuşku düzeyini aşmakta ve “eminim ki” vurgusuyla artık bir yargıyı yansıtmakta ve bir takım bilgilere dayanmaktadır. Arabulucunun, kendisine aktarılan bir bilgi karşısında hemen ön yargıyı yıkmaya girişmesi düşünülemez elbette. Ancak, bilgi aktaran tarafın, bu düşüncesinde sabit bir fikre sahip olup olmadığını anlayabilmek adına ona “borcun ödenmemesinin sebebinin bu olabileceğinden emin misiniz?” veya “sebebin bu olup olmadığını karşı taraftan hiç sordunuz mu?” gibi sorular yöneltebilir. Tarafın bu sorular üzerine vereceği cevaplar, onun ön yargısının düzeyini anlayabilmek noktasında yardımcı olabilecektir. Eğer taraf bu yöndeki sorulara, kendinden emin bir şekilde cevaplar veriyorsa, ön yargının yıkılabilmesi için *yüzleşme* aşamasının beklenmesi gerekeceği açıktır. Buna mukabil, eğer taraf, bu sorular üzerine kendi yargılarını sorgulamaya başlıyorsa, arabulucu, tarafın zihnindeki ön yargılarını yıkmasına yardımcı olabilmek adına herhangi bir yönlendirme veya değer yargısı

aktarımında bulunmadan “eğer sebebin bu olduğundan siz de emin değilseniz, bunu düşünebilir ya da karşı tarafa bunu sorabilirsiniz” şeklindeki ifadelerle, tarafı destekleyecektir. Arabulucunun böyle bir tutum takınmasının taraf özerkliği ilkesiyle paralellik göstereceği fikrindeyiz.

Arabuluculuk süreci üzerinde en olumsuz etkiye sahip olan ön yargılardan birinin tarafların birbirlerine karşı güven hissetmemeleri olduğu fikrindeyiz. Bu nedenle, tüm diğer ön yargılardan daha özel olarak, arabulucu, sürecin en başında tarafların birbirlerine yönelik ne düzeyde güven duyduklarını saptamaya girişmeli ve eğer sürecin ilerlemesini engelleyici düzeyde bir güvensizlik hissederse, bu güvensizlik duygusu aşabilmek adına bir takım bilgi aktarımlarında bulunmalıdır. Bu doğrultuda, her iki tarafın katılımıyla gerçekleştirilecek ortak oturumlardan da önce, arabulucu, özel oturumlarda tarafın, karşı tarafa güven duymadığını anladığında sürecin bu şekilde devam ettirilmesinin verimli olmayacağını izah etmek üzere “...bildiğiniz üzere arabuluculuk süreci, taraf özerkliği ve gönüllük ilkeleri üzerine kurulu bir süreçtir. Bu nedenle sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için tarafların birbirlerine karşı güven hissetmeleri önemlidir. Eğer karşı tarafa yönelik bir güvensizlik hissine sahipseniz ve bunu tek başınıza yıkmakta zorlanıyorsanız, ortak oturumda bu noktadaki belirsizliklerinizi gidermek üzere karşı tarafa soru yöneltebilir, ondan bilgi isteyebilirsiniz. Ancak, tüm bunları yapsanız dahi ona karşı bir güven hissetmeyeceğinizden eminseniz, arabuluculuk sürecini tek taraflı olarak sonlandırabilirsiniz –ki bu, sizin, her ihtimalde, herhangi bir gerekçe ileri sürmenize gerek olmaksızın kullanabileceğiniz bir imkândır...” yönünde ifadeler kullanabilir.

Süreç içinde gerçekleştirilecek ortak oturumlar, ön yargı ve suizanların giderilmesi noktasında en az özel oturumlar kadar önemli bir fonksiyona sahip olacaktır. Bu oturumlarda arabulucunun benimseyeceği yaklaşım, daha ziyade dönüştürücü yaklaşım olacaktır. Bu doğrultuda arabulucu, yukarıda belirtildiği şekilde özel oturumlardaki taraf desteklemelerinden de yararlanarak, uyuşmazlığın çözümünden önce, şu ana kadar mevcut olan tüm taraf ön yargılarının ve suizanlarının ortadan kaldırılmasına odaklanacaktır. Dönüştürücü yaklaşım perspektifinden, yansıtma, özetleme, kapalı dinleme ve kontrol etme tekniklerinden⁶⁹⁰ yararlanan arabulucu, bunların dışında

⁶⁹⁰ Bkz. 2.3.4.2.2.3.

tarafının ön yargı konularıyla ilgili olarak doğrudan *yüzleşmelerini* desteklemek üzere kendine özgü bir takım tekniklere odaklanacaktır. Mesela, uyumlaştırılmış yaklaşım, ortak oturum sırasında arabulucunun taraflara, taşınmış oldukları ön yargıları dile getirmelerini hatırlamasını destekler. Fakat bunun yapılabilmesi için mutlaka sağlanması gereken bir ön koşul vardır ki, o da, arabulucunun, özel oturumlarda taraftan edindiği bu ön yargıyı, ortak oturumda kendisine hatırlatması için açıkça izin almış olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, HUAK'ın 8 inci maddesinde arabulucunun tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşüp iletişim kurabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle arabulucunun, taraflarla özel toplantılar gerçekleştirmesine bir engel bulunmamaktadır.

Özel oturum sırasında, tarafın ön yargı veya suizan taşıdığını anlayan arabulucu, bunun giderilmesi için ortak oturumda karşı tarafa soru sormasını, bilgi aktaran tarafa hatırlatmasını isteyip istemediğini anlamak, yani bu hususta izin almak üzere “...anladığım kadarıyla, zihninizi meşgul eden bir takım soruların cevaplanması noktasında karşı tarafın açıklama yapmasına ihtiyaç duyuyorsunuz. Gerçekleştireceğimiz ortak oturumda, karşı tarafa bu noktada sorularınız olduğunu hatırlatmamı ister misiniz?” şeklinde bir soru yöneltebilir. Arabulucunun böyle bir izne sahip olması önemlidir, zira arabulucunun, tarafın rızası olmaksızın karşı tarafa bilgi aktarımında bulunması yasaktır⁶⁹¹. Ortak oturumda karşı taraf da hazır bulunacağından, böyle bir izin olmadan, arabulucunun özel oturumlarda dile getirilmiş hususları burada taraflara hatırlatması mümkün olmayacaktır. Yine arabulucunun, tarafların ön yargılar konusunda yüzleşmesinin, desteklenip desteklenmeyeceği noktasında bir tercihte bulunurken, göz önünde bulundurması gereken bir başka etken daha vardır: Böyle bir yüzleşmenin taraflar arasındaki gerilimi tırmandırma ihtimali var mıdır? Mesela ön yargılar tarafların kişiliklerine yönelik ve olumsuz ise, arabulucunun, tarafı, karşı tarafın kişiliğine, karakterine yönelik bir açıklama istemesi noktasında destekleyemeyeceği açıktır. Somutlaştırmak adına; özel oturum sırasında bilgi aktaran taraf, borcun ödenmemesi sebebi olarak “...zaten bu adam (karşı taraf) borcuna sadık birisi değildir, etraftaki tüccarlara da borcunu zamanında ödememiş, sordum öğrendim. Parası olmasına rağmen ödemiş” şeklinde bir ön yargıya (son cümleyi suizan olarak nitelendirmek mümkündür) sahip ise, bu ön yargının giderilmesi adına karşı tarafa “sen borcuna sadık

⁶⁹¹ Bkz. HUAK m. 4/1.

bir insan mısın yoksa değil misin?” gibi bir soru sorulması noktasında arabulucunun bilgi aktaran tarafı desteklemeyeceği doğaldır. Bu noktada uyumlaştırılmış yaklaşımın, ön yargıların ve suizanların ortadan kaldırılmasını, gerçekleştirilmesi öncelikli bir hedef olarak addetmesinin, bu uğurda tarafları nazik olmayan bir etkileşim sürecine sürüklemek anlamına gelmeyeceğini tekrar vurgulamakta yarar vardır.

Bu başlığın ilk paragrafında da belirtildiği üzere, uyumlaştırılmış yaklaşım, sadece tarafların arabuluculuk sürecine başlanılmadan önce sahip oldukları ön yargı ve suizanların bertaraf edilmesine odaklanmamakta, süreç içindeki etkileşimin de tarafları böyle bir ön yargı veya suizana sürüklemesine yol açmamasına odaklanmaktadır. Bu doğrultuda uyumlaştırılmış yaklaşımı benimseyen bir arabulucu, süreç boyunca tarafların arasındaki etkileşimin nezaket sınırları içinde kalmasına dikkat edecektir. Ancak, tarafların, ön yargılarını ve suizanlarını üzerlerinden atabilmeleri için bazı aşamalarda yüzleşmelerinin de gerekliliği ön planda tutulduğunda, etkileşimin nezaket sınırları içinde tutulması ile bu sınırların tarafların içlerini dökmelerine engel olmaması arasındaki dengenin muhafaza edilmesi gerekeceği açıktır.

3.3.2.3. Uyuşmazlık Çözümüne veya Çatışma Dönüşümüne Odaklanılması

Ön yargıların ve suizanların bertaraf edilmesi, uyumlaştırılmış yaklaşım açısından arabuluculuk sürecinde *öncelikle* gerçekleştirilen hedefler olarak algılandığına göre, bu yaklaşımı benimseyecek bir arabulucu, sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkân tanıyacak derecede ön yargı ve suizanların bertaraf edildiği kanaatine vardığında, uyuşmazlık çözümüne veya çatışma dönüşümüne karar verilmesi yönünde bir tercih yapılmasına odaklanacaktır. Hemen bu noktada, taraf ön yargılarının ve suizanların bertaraf edilmesinin çatışma dönüşümünün sağlanmasının hedefleri olarak algılanmasının mümkün olmasına mukabil, uyumlaştırılmış yaklaşımın bu iki hususu olumsuz çatışma ilişkisinin içeriğinden ayrı tuttuğunu tekrar vurgulamakta yarar vardır. Bunu belirttikten sonra, tarafların uyuşmazlık çözümünü mü yoksa çatışma dönüşümünü mü süreç içinde zamanlama açısından öne alacaklarına yönelik tercihlerini nasıl yapabileceklerine yönelik uyumlaştırılmış yaklaşım perspektifini izah etmek mümkün olacaktır:

İlk olarak, eğer taraflar arasında, çatışma dönüşümünü gerektiren bir olumsuz çatışma düzeyi mevcut değilse, çatışma dönüşümüne odaklanılmasına gerek olmayacağı ve sürecin doğrudan uyuşmazlık çözümüne endekslenerek modelleneceğini belirtmek

mümkündür.

Eğer taraflar arasında ön yargı ve suizanlar bertaraf edilmekle birlikte, çatışma dönüşümünü gerektirecek düzeyde bir olumsuz çatışma düzeyi etkileşimi devam ediyorsa, bu ihtimalde arabulucu, tarafları, belirli bir tercihe yönlendirirken, bu olumsuz çatışma düzeyinin uyuşmazlığa sebep olan çatışma konularının bir sonucu olup olmadığını saptamaya çalışacaktır. Eğer olumsuz çatışma düzeyinin, uyuşmazlığın bir sonucu olduğuna kanaat ederse, taraf konuşmalarını doğrudan uyuşmazlık konularına yönlendireceği ve ilk planda uyuşmazlığın çözümüne odaklanılmasını sağlayacağı açıktır. Zira böyle bir ihtimalde uyuşmazlığın çözümüne odaklanılmasının zamanlama açısından daha önceki bir aşamaya alınmasının çatışma dönüşümüne de olumlu etki sağlama ihtimali yüksek olacaktır. Buna mukabil, arabulucu, taraf konuşmalarından, olumsuz çatışma ilişkisinin sebebinin uyuşmazlığı doğuran çatışma konularından ziyade geçmişten gelen ve uyuşmazlıkla bağlantısız konular olduğu yönünde bir izlenime sahip oluyorsa, bu ihtimalde, önce çatışma dönüşümüne odaklanılmasının uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayacağı ve hatta bu dönüşüm gerçekleşmeksizin arabuluculuğun temel amaçlarından biri olan süreklilik sağlayan ve gönüllü bir mutabakata ulaşılmışının sağlanmasının zorlaşacağı açıktır.

Tarafların uyuşmazlık çözümüne veya çatışma dönüşümüne odaklanması noktasında belirli bir tercihe yönlendirilmiş olması halinde sürecin devamının nasıl modelleneceği yine dinamik bir anlayış çerçevesinde cevabı aranacak bir soru olacaktır. Buna geçmeden önce, arabulucunun belirtilen hususta bir yönlendirmede bulunurken bunun herhangi bir tercihi empoze etme şeklinde olamayacağını hatırlatmakta yarar vardır. Gerçekten arabulucunun tarafları bu hususta yönlendirmesi, *taraf konuşmalarını* yönlendirme şeklinde olacaktır. Mesela arabulucu, öncelikle uyuşmazlık konularına odaklanılmasında yarar olacağına kanaat etmiş ve fakat taraf konuşmaları henüz bu uyuşmazlığın sebep olduğu olumsuz çatışma ilişkisinin yansımaları şeklinde nitelendirilebilecek, iğneleyici, yabancılaştırıcı ve kişiyi kendini savunan, güçsüzleştiren bir pozisyona sokacak cümlelerle doluyorsa, tarafların bu olumsuz sarmaldan kurtulabilmesi için uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının ön planda tutulmasının daha yararlı olduğunu gören arabulucu, “...*arzu ederseniz arabuluculuğa başvurmanıza sebep olan uyuşmazlık konularını konuşmaya başlayabiliriz...*” şeklinde bir yönlendirmede bulunabilecektir.

3.3.2.4. Problem Çözücü Yaklaşım Süreci İçinde Etkinlik Kazandırılması

Uyumlaştırılmış yaklaşım, arabuluculuk sürecinde mücadelecî müzakereye etkinlik kazandırılmasını reddetmektedir. *Fikrimizce* aslında mücadelecî yaklaşımın benimsendiği bir süreçte arabuluculuk yöntemi başlı başına uygulanabilir bir yöntem olmaktan çıkma tehlikesine maruz kalabilecektir. Zira taraflar bu yaklaşımı benimsediklerinde zaten kendi çıkarlarını maksimize etmeye odaklanacak ve uyuşmazlığa *problem çözücü* bir perspektiften yaklaşmakta zorlanabilecektir. Şu halde, böyle bir *mücadelecî müzakere* ortamında arabulucu nasıl olur da taraflar arasında *arabuluculuk* fonksiyonunu üstlenebilir? Gerçekten mücadelecî yaklaşımın –her iki tarafça- benimsendiği bir süreçte arabulucunun tarafsızlığını koruyarak süreci idare etmesi oldukça zor görünmektedir. Buna mukabil taraflardan birinin mücadelecî müzakere yaklaşımını benimsemiş olmasına –ya da sürecin başında problem çözücü yaklaşımı benimsemekle birlikte süreç içinde *farkında olmayarak* mücadelecî yaklaşıma doğru kaymasına- rağmen diğer tarafın problem çözücü yaklaşımı benimsemesi ihtimalinde, mücadelecî yaklaşımla hareket eden tarafı, problem çözücü yaklaşıma yöneltecek stratejilerin kullanılması mümkündür⁶⁹² (2.1.2.2.3). Uyumlaştırılmış yaklaşımda, problem çözücü yaklaşımın arabuluculuk sürecinde dışlanmaması gerektiğine yönelik ileri sürdüğümüz bir diğer argüman, ancak bu şekilde (yani süreçte problem çözücü yaklaşımı dışlamayarak) uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasının bir amaç olarak elde tutulabileceğine yönelik varsayımımızdır. Zira *Baruch Bush/Folger* bakış açısıyla dönüştürücü yaklaşımın arabuluculuk süreci içinde mutlak anlamda yaygın kılınması, uyuşmazlığın çözümü hedefinin göz ardı edilmesine yol açabilecektir.

3.3.2.5. Güçlendirme ve Tanımın Süreci Dışında Tutulması

Uyumlaştırılmış yaklaşım, gerek uyuşmazlık çözümüne odaklanılan aşamalarda gerek çatışma dönüşümüne odaklanılan aşamalarda, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının gerekliliğini inkâr etmez. Bununla birlikte, bu yaklaşımın belirtilen hedeflerin başarımına yönelik izlemiş olduğu yöntem, dönüştürücü yaklaşımdan ayrılmaktadır. Gerçekten dönüştürücü yaklaşım, güçlendirme ve tanımayı süreç içinde gerçekleştirilmesi hedeflenen amaçlar olarak gördüğünden, arabuluculuk oturumları bu hedeflerin gerçekleştirilmesine odaklanılan zaman dilimi olarak algılanabilecektir. Buna mukabil, uyumlaştırılmış yaklaşım, belirtilen hedeflerin başarımının *mümkün olduğu*

⁶⁹² Ayrıca bkz. Lowenthal, 113.

kadar arabuluculuk oturumları dışında tutulmasına odaklanan bir yöntem izlemeyi tercih etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, uyumlaştırılmış yaklaşımın bu kendine özgü stratejisi daha çok kurum içi uyuşmazlıkların çözümünde etkinlik kazandırılabilir bir strateji olabilecektir. Zira bu strateji uyuşmazlık taraflarının, arabuluculuk oturumları dışında zaman zaman aynı ortamda bulunmalarını ve birbirleriyle konuşmalarını, birbirlerini tanımalarını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında arabuluculuk süreci dışında herhangi bir etkileşimin mevcut olmadığı uyuşmazlık türlerinde⁶⁹³, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında tutulması çok da mümkün olamayacaktır.

3.3.2.5.1. Güçlendirme ve Tanıma Başarımında Tarafların Başbaşa Bırakılması

Güçlendirme ve tanıma hedeflerinin süreç dışında tutulmasına yönelik bir argüman oluşturulmasına zemin hazırlayan, dönüştürücü yaklaşım uygulamalarında arabulucuların (yansıtma, özetleme, kontrol etme dışında) oldukça pasif bir konumda bulunmasıdır. Mademki, çatışma dönüşümünün gerçekleştirilmesi açısından güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımı noktasında taraflar bu kadar etkin bir konumda oluyor, o halde, *planlı bir şekilde* bu hedeflerin başarımı süreç dışında tutulabilir ve böylelikle arabuluculuk için gereken zaman diliminden tasarruf edilebilir⁶⁹⁴. Ancak bunun, vurgulandığı üzere *planlı bir şekilde* yapılması gerekmektedir. Zira tarafların, sürecin en başından itibaren, güçlendirme ve tanıma hedeflerini gerçekleştirmek üzere, tartışmalarında tek başlarına bırakılması, çatışma dönüşümünün sağlanması yerine taraflar arasındaki gerilimin artmasına yol açabilir. Bu nedenle arabulucu, *sadece* tarafların artık tek başlarına güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımını sağlayacak düzeyde bir güçlendirme ve tanımaya ulaştıkları anda onları, bu hedeflerin (devam eden) başarımında yalnız bırakmalıdır. Bu noktada arabulucu bir yönlendirmede bulunabilecek midir? Bu sorunun cevabını, diğer deyişle, uyumlaştırılmış yaklaşımı benimseyecek bir arabulucunun güçlendirme ve tanıma hedeflerini süreç dışında tutmak üzere nasıl bir yöntem izleyeceğini bir misalle göstermek mümkündür: Mesela iş yerinde gündeme gelen ve ayrımcılık iddiasına ilişkin bir uyuşmazlıkta, çalışanın böyle bir ayrımcılığa uğradığını düşünmesine yol açanın kendi etnik kimliği olması, buna mukabil ayrımcılık iddiasının

⁶⁹³ Bu uyuşmazlık türleri aynı zamanda dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilmesi oldukça güç olan uyuşmazlık türleridir. Bkz. dn. 595 civarı.

⁶⁹⁴ Bunun sonucu olarak, içinde dönüştürücü yaklaşımın hedeflerini barındıran bir arabuluculuk modeli, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında uygulanmaya elverişli hale getirilebilir. Bkz. 3.4.2.

bir anlamda muhatabı konumundaki işveren vekilinin ise farklı uygulamanın sebebinin çalışanın etnik kimliğinin değil, onun yeterlilikleri olduğunu ileri sürmesi noktasında, taraflar arasındaki güçlendirme ve tanımanın gerçekleştirilmesi ve böylelikle bir çatışma dönüşümünün başarımı için arabulucu, çalışan ile işveren vekilini, arabuluculuk oturumları dışında da bu konularda konuşmaları noktasında teşvik edebilecektir.

Böylelikle bir sonraki oturuma, tarafların çatışma dönüşümünü gerçekleştirmiş şekilde katılmaları ihtimali arttırılmış ve böylelikle arabuluculuk için gereken zaman diliminden de tasarruf edilmiş olunacaktır. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, arabulucu böyle bir teşvikte bulunmadan önce, tarafların, bu hedefleri tek başına gerçekleştirebileceği yönünde bir kanaate sahip olmalıdır. Peki, arabulucu hangi ihtimallerde böyle bir kanaate sahip olabilir? *Fikrimizce* bu sorunun cevabını net bir şekilde vermek oldukça zor olmakla birlikte, bazı varsayımlardan hareket edilmesi imkânsız değildir. Mesela, arabulucu gerçekleştirilen özel ve ortak oturumlarda tarafların, birbirlerine yönelik konuşmalarının nezaket sınırları dışına çıkmadığını ve taraflarda, birbirlerini tanımaya yönelik bir isteğin mevcut olduğunu gözlemliyorsa, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımını arabuluculuk süreci dışında tutma noktasında artık tarafları teşvik edebilir.

3.3.2.5.2. Güçlendirme ve Tanıma Başarımında Süreç Dışında Rehberlik

Güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımı açısından tarafların gönüllülüğü ön planda olduğundan ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesini ancak onlar sağlayabilecekse de, güçlendirme ve tanımanın *süreç dışında* başarımı için arabulucu dışında üçüncü kişilerden yardım alınması, sürecin hızlandırılmasına olumlu katkı sunabilecektir. Burada üçüncü kişilerden kasıt, tarafların içinde buldukları toplumsal ortam ve uyuşmazlığın niteliğine göre rehberlik fonksiyonu üstlenebilecek uzmanlardır. Vurgulamak gerekir ki, buradaki rehberlik, *kesinlikle problem çözücü yaklaşım ekseninde bir arabuluculuk fonksiyonu üstlenmeye yönelik olmayıp* tarafların güçlendirme ve tanıma hedeflerini başarmalarını kolaylaştırmaya yöneliktir. Bu doğrultuda taraflar, hem güçsüzlük düzeylerinden kurtulmak hem birbirlerini tanımak ve empati kurmak üzere sosyal çalışmacılar ve iletişim uzmanlarından yardım alabilecektir. Böylelikle, arabuluculuk sürecine belirtilen hedefleri gerçekleştirmiş şekilde devam edebilecek ve uyuşmazlığı çözmek üzere süreç içinde problem çözücü yaklaşıma daha fazla etkinlik kazandırılabilir.

Güçlendirme ve tanıma hedeflerinin süreç dışında tutulmasının, aile uyuşmazlıklarının çözümünde önemli bir yere sahip olabileceği *fikrindeyiz*. Ancak aile uyuşmazlıklarında bu hedeflerin başarımının süreç dışında tutulması çok da kolay olmayacaktır. Özellikle eşler arasında çatışma süreci başlamadan önce samimi bir ortam olması, çatışma sürecindeki etkileşimin gerilim boyutunu da üst seviyelere taşıyabilmekte ve eşler bu birbirlerine karşı, yabancılaştırıcı, nezaket sınırlarını aşan davranışlarda bulunabilmektedir. Bu nedenle eşler arasında çatışma dönüşümün gerçekleştirilmesi açısından güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımı, normal bir çatışma etkileşiminde bu hedeflerin gerçekleştirilmesinden çok daha zor olabilecektir. Şu halde, eşlerin, tek başlarına bu hedefleri gerçekleştirebileceğini düşünmek *en azından çatışma sürecinin ilk devrelerinde* çok da kolay olmayacaktır. Bununla birlikte, güçlendirme hedeflerinin başarımının bu gibi uyuşmazlıklarda da arabuluculuk süreci dışında tutulması imkânsız değildir. Eşlerin, özellikle *aile danışmanları, din görevlileri* gibi üçüncü kişilere yönlendirilmesi⁶⁹⁵ sağlanarak, bu kişilerin rehberliğinde çatışma dönüşümü gerçekleştirilerek arabuluculuk oturumlarına sadece (mal paylaşımı, velayet gibi) uyuşmazlık konuları bırakılarak, arabuluculuk için gereken zamandan tasarruf edilmesi yine mümkün olabilecektir. Aslında bu yöntem (yani güçlendirme ve tanıma hedeflerinin süreç dışında tutulması amacıyla tarafların, psikolog, sosyal çalışmacı gibi üçüncü kişilere yönlendirilmesi) sadece aile uyuşmazlıklarının çözümünde değil, diğer uyuşmazlık türlerinin çözümünde de izlenebilecek bir strateji olabilir. Mesela kurum içi uyuşmazlıklarının çözümünde de, tarafların, güçlendirme ve tanıma hedeflerini arabuluculuk oturumları dışında gerçekleştirmesini sağlamak üzere yalnız bırakılmasının yansıra (veya bunun yerine) işletme yetkililerinin rehberliğine yönlendirilebilir. Burada işletme yetkilileri, işçiler ile işveren arasında köprü görevi gören endüstri mühendisleri veya işletme mühendisleri olabilecektir. Yine, insan kaynakları uzmanları da böyle bir fonksiyon üstlenebilecektir.

3.3.2.6. Yaklaşımlar Arasında Geçiş

Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşımın

⁶⁹⁵ ABD’de uyuşmazlık çözümünde dini kurumlara etkinlik kazandırılması bağlamında *Hristiyan uzlaştırma (Christian Conciliation)* kavramı ile ilgili bkz. Glenn G. Waddell/Judith M. Keegan, "Christian Conciliation: An Alternative to 'Ordinary' ADR", *Cumberland Law Review*, 29 (3), 1999, 583-613, 589 vd. Ülkemizde Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kuruluşlara, özellikle aile uyuşmazlıklarının çözümünde benzer şekilde bir rol verilmesi düşünülebilir.

aynı arabuluculuk sürecinde birlikte benimsenebileceği argümanına dayanmakla birlikte, bunun, her iki yaklaşımın *eş zamanlı olarak, aynı anda* kullanılabilmesi anlamına gelmediği daha önce belirtilmişti. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşım açısından bir sorun gündeme gelmektedir: Problem çözücü yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşım arasında geçişler nasıl sağlanacaktır? (Sorunun daha kolay anlaşılması açısından) mesela, problem çözücü yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk oturumunun ardından, diğer oturumda hemen dönüştürücü yaklaşım benimsenebilecek midir? Uyumlaştırılmış yaklaşım bu soruya cevap ararken, her iki yaklaşımdan birbirine geçiş noktasında birbirine paralel olan bir çözüm tarzı benimsememektedir. Şöyle ki, çatışma dönüşümüne odaklanılması ihtiyacı hissedilen hallerde, arabuluculuk oturumları arasında bir diğer yaklaşıma geçilmesi kolaylıkla mümkün olmakla birlikte, uyuşmazlık çözümüne odaklanılması halinde, bir sonraki oturumda çatışma dönüşümüne odaklanılıp sonra tekrar uyuşmazlık çözümüne odaklanması o kadar kolay olmayacaktır. Yani, uyumlaştırılmış yaklaşım, arabulucudan, uyuşmazlık çözümüne odaklandıktan sonra bu çözüm arayışının bölünmemesini bekleyecektir. Bu nedenle arabulucu, uyuşmazlık çözümüne odaklanmaya karar vermeden önce çatışma dönüşümünün sağlanmış olup olmadığını, yani çatışma dönüşümüne odaklanılmasına artık gerek olup olmadığını iyi tespit etmelidir. Eğer çatışma dönüşümüne odaklanılmasına gerek görmüyor (tabi bir başka ihtimal olan, çatışma dönüşümü gerçekleştirilmesi için öncelikle uyuşmazlık çözümüne odaklanılmasına kanaat getirmiş) ise, artık uyuşmazlık çözümüne odaklanmalı ve tarafları buna yönlendirmelidir. Zira uyuşmazlık çözümü aşaması, *fikrimizce* bölünebilen bir süreç olmayıp bir kez buna odaklandıktan sonra sonuna kadar devam edilmelidir. Ancak, uyuşmazlık çözümüne odaklanıldığında tarafların tekrar olumsuz çatışma düzeyine dönüş sarmalına yakalandığı ihtimalleri bunun dışında tutmak gerekir. Böyle ihtimallerde, arabulucu, elbette taraflar arasında tekrar güçlendirme ve tanıma hedeflerinin gerçekleştirilmesine odaklanmak *zorunda kalacaktır*. Fakat arabulucuyu böyle bir ikilem içinde kalma ihtimalinde bırakmak, bir arabulucu tarafından benimsenmesi oldukça zor olacak bir tutumdur. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşım, taraflar arasındaki çatışma ilişkisini dönüştürücü yaklaşımın yaptığı aksine bir sarmal olarak değil, bir *frekans* şeklinde tanımlamaktadır:

3.3.2.6.1. Çatışma İlişkisine Frekans Yaklaşımı

Çatışma ilişkisine frekans yaklaşımı, uyumlaştırılmış yaklaşımın taraflar arasındaki

çatışma etkileşimine nasıl yaklaştığını göstermektedir. Gerçekten uyumlaştırılmış yaklaşım, taraflar arasındaki çatışma ilişkisini, dönüştürücü yaklaşımın aksine basit bir sarmal olarak ele almamaktadır. Zira taraflar arasındaki güçsüzlük ve içine kapanıklık, çatışmanın başlangıç düzeyinde fazla olmamakla birlikte, taraflar arasındaki gerilimin tırmanması sebebiyle her iki taraf için de, güçlendirme ve tanınmanın optimum olduğu noktadan daha fazla uzaklaşabilmektedir. Yine, taraflardan biri için bu uzaklaşmanın düzeyi ile diğer taraf için söz konusu olacak düzey, birbirinden farklı olabilecektir. Uyumlaştırılmış yaklaşımda çatışma dönüşümü açısından amaç, bu uzaklaşmayı (0) noktasına en yakın düzeyde tutmaktır. *Fikrimizce* bu yaklaşım, taraflar arasındaki çatışma etkileşimini ve çatışma dönüşümünü izah etmek noktasında, dönüştürücü yaklaşımın öngördüğü sarmaldan daha gerçekçidir. Zira gerçek hayatta da çatışma ilişkisi içindeki tarafların, güçsüzlük ve yabancılaşma eğilimleri değişken ve birbiriyle paralel olmayan bir yapıda olabilir. Taraflardan biri, diğerine karşı daha fazla yabancılaşma eğilimi içindeyken, diğer taraf, bu düzeyde bir yabancılaşma eğilimi içinde olmamakla birlikte diğer tarafa nazaran daha fazla güçsüzlük eğilimi içinde olabilir.

3.3.2.6.2. Güçlendirme ve Tanınmanın Optimum Düzeyine Ulaşılması

Uyumlaştırılmış yaklaşımın hedefi, biraz önce kısaca ifade edildiği üzere, taraflar arasındaki çatışma ilişkisinde, gerilim düzeyinin, güçlendirme ve tanınmanın optimum olduğu düzeye en yakın yerde tutmaktır. Bununla birlikte, bu düzey hiçbir zaman “0” noktasında olmayacaktır. *Fikrimizce* bu oldukça gerçekçi bir yaklaşımdır. Zira çatışma etkileşimi devam ettiği müddetçe taraflar arasındaki güçlendirme ve tanınmanın sürekli maksimum düzeyde olacağını beklemek, son derece gerçek dışı bir yaklaşım olacaktır – ki böyle bir beklenti aslında, çatışma ilişkisinin sona erdiği anlamına gelecektir. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşımda, çatışma dönüşümünün gerçekleştirilmesine odaklanılmasıyla birlikte bu dönüşümünün mutlak bir şekilde gerçekleştirilmesi arayışına girilmez. Arabuluculuk sürecinin sağlıklı bir şekilde devam ettirilmesine ve uyuşmazlığın –bu yöntemin temel çözüm argümanları çerçevesinde⁶⁹⁶- çözümüne odaklanılmasına imkân sağlayacak ölçüde bir dönüşümün gerçekleştirilmiş olması

⁶⁹⁶ Temel çözüm argümanları ile kastedilen, arabuluculuk yönteminin tarafların gönüllülüğünü esas alan ve uygulanması bu gönüllülüğe bağlı, devamlılık arz eden bir çözüme ulaşmayı hedeflemesidir. Hatırlanacağı üzere, bir AUÇ yöntemi olması sebebiyle arabuluculuk sürecinde çözüm anlayışı, mahkemenin zorlayıcı çözüm anlayışından oldukça farklı olup uyulmasında ve uygulanmasında tarafların gönüllülüğünü esas alan bir niteliğe sahiptir.

yeterlidir. Bu anlayışın bir sonucu olarak, uyumlaştırılmış yaklaşım, arabuluculuk süreci sonrasında taraflar arasındaki etkileşimin olumlu bir etkileşim düzeyi olmasını aramakla birlikte, bunu sürecin öncelikli bir hedefi olarak görmez. Çünkü taraflar, dönüştürücü yaklaşım perspektifinden bir çatışma dönüşümü sağlasa dahi, bu, arabuluculuk süreci sona erdikten sonra aynı düzeyde bir etkileşimi ömür boyu sürdürecekleri anlamına gelemez. Her zaman yeni çatışmaların doğma ihtimali vardır. Belirli bir arabuluculuk sürecinin, tarafları, aralarında yeni bir çatışma ilişkisi doğmasına izin vermeyecek bir yapıya kavuşturmasını hedeflemesi bu nedenle çok mantıklı olmayacaktır. Ancak bu anlayış, uyumlaştırılmış yaklaşımın, arabuluculuk sürecinde hedeflerinden birinin, taraflara, sonradan ortaya çıkacak uyuşmazlıklarını olumsuz çatışma düzeyine götüren bir sarmala yakalanmadan çözmelerini öğretmek olduğunu görmezden geldiği anlamına gelmemektedir.

3.3.2.6.3. Dengelenmiş Bir Çatışma Düzeyi Yaklaşımı

Yukarıda (3.4.2.6.2.) dile getirilen anlayış, uyumlaştırılmış yaklaşımda dengelenmiş bir çatışma düzeyi yaklaşımının benimsendiğini gösterecektir. Böyle bir bakış açısı, süreç içinde farklı yaklaşımlar arasında geçiş yapılmasına yönelik karar verme mekanizmasını kolaylaştıracaktır. Bu karar, taraflarca verilmekle birlikte arabulucunun böyle bir noktada yönlendirici olması gerekeceği açıktır. Arabulucu, çatışma dönüşümünün dengelenmiş bir çatışma ilişkisi düzeyine gelmesine imkân sunduğu aşamada, *tekrar* uyuşmazlığın çözümüne, yani problem çözücü yaklaşımı benimsemeye odaklanabilecektir. Şu aşamada aydınlığa kavuşturulması gereken bir husus da, arabulucunun uyuşmazlığın çözümüne odaklanmışken, taraflar arasındaki gerilimin tırmanması üzerine tekrar çatışma dönüşümüne odaklanarak dengelenmiş bir çatışma düzeyi yakalamaya odaklanırken kullanacağı stratejilerin dönüştürücü yaklaşımla ne kadar uyumlu olacağıdır? Açıkçası böyle bir sorunun cevabını teorik düzlemde vermek pek kolay olmamakla birlikte *fikrimizce* bu noktada ikili bir ayrıma gidilmesi mümkündür: Uyuşmazlığın çözümüne odaklanılmışken taraflar arasındaki gerilimin tırmanmasına yol açan, salt uyuşmazlık konularının yorumlanması veya getirilen çözüm önerilerine ilişkin bir fikir ayrılığı ve bu fikir ayrılığının dile getirilmesi esnasında oluşan bir gerilim ise, arabulucu, böyle bir gerilimi basit yönlendirmelerle giderebilecektir. Mesela taraflardan birinin, karşı tarafça getirilen çözüm önerisinin kendisi için kabul edilemez olduğunu dile getirirken “*Siz ciddi misiniz? Böyle bir teklifi nasıl kabul*

edebilirim!” yönünde bir ifade kullanması sebebiyle karşı tarafın, gerilimi tırmandıracak tarzda tepki göstermesi üzerine arabulucu, bu *anlık* gerginliği azaltmak üzere “...*bu çözüm önerisi üzerinde bir anlaşmaya varamayacağını görmekteyim. Arzu ederseniz, diğer çözüm önerilerine bir göz atabilirsiniz...*” yönünde bir ifadeyle yönlendirmede bulunabilir. Buna mukabil, arabulucu, taraflar arasındaki gerilimi tırmandıran hususun geçmişte girilen çatışma dönüşümünün tam sağlanamamasından kaynaklanan bir eksiklik olduğu fikrinde ise, böyle bir ihtimalde dönüştürücü yaklaşım tekniklerine odaklanılarak çatışma düzeyini dengelemeye girişileceği açıktır. Mesela taraflardan biri, karşı tarafın getirmiş olduğu çözüm önerisinin kendisi için kabul edilemez olduğunu dile getirmek üzere “*böyle bir teklifte bulunmanız, sürecin başında sizin hakkında sahip olduğum zannı doğrular nitelikte. Gerçekten, sizin amacının aramızdaki soruna bir çözüm bulmak değil, bilakis bana zarar vermek*” şeklinde bir ifade kullanmışsa, arabulucu, sürecin başında sahip olunan önyargı ve suizanların tekrar ortaya çıktığını ve bunların sürecin ilerleyişini engelleyeceğini görecektir ve bu nedenle, ön yargı ve suizanları ortadan kaldırmak üzere bozulan çatışma etkileşimini yeniden tesis etmek üzere dönüştürücü yaklaşımın tekniklerinden de⁶⁹⁷. yararlanabilecektir

3.3.2.7. Çözümün İçselleştirilmesi

Uyumlaştırılmış yaklaşımın bir başka odak noktası, arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan çözümün *içselleştirilmesidir*. Elbette bu, zaten başlı başına bir arabuluculuk hedefidir. Zira arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşmanın taraflar için bağlayıcı bir niteliğe sahip olmaması karşısında, böyle bir anlaşmanın bir anlam ifade edebilmesi için her iki tarafça içselleştirilmiş, yani benimsenmiş olması zorunludur. Ancak bu şekilde, anlaşmanın uygulamaya geçirilmesi mümkün olabilecektir⁶⁹⁸. Uyumlaştırılmış yaklaşım bu noktada, tıpkı dönüştürücü yaklaşım gibi çatışma dönüşümünün gerekliliğini yadsımaz. Bununla birlikte, bu yaklaşım uyuşmazlık çözümünü süreç içinde tutmaya büyük önem verdiği için ve güçlendirme – tanıma hedeflerinin başarımını *zaman kazanımı amacıyla* süreç dışında tutmaya gayret ettiği için, çözümün taraflarca içselleştirilmesine yönelik perspektifi de dönüştürücü yaklaşımdan farklılaşacaktır. Gerçekten uyumlaştırılmış yaklaşım, sürecin başında öncelikle çatışma dönüşümüne

⁶⁹⁷ Bkz. dn. 585 civarı.

⁶⁹⁸ Tüm bunları belirtmekle birlikte, süreç sonunda ulaşılan anlaşmaya aykırı davranan taraf için hiçbir yaptırımın mevcut olmayacağını söylemek de mümkün değildir. Bu noktada bkz. Kıyak, “Anlaşma Belgesi”, 533 vd.

odaklanma veya uyuşmazlık çözümünü öne alma noktasında bir karar verme mekanizması öngördüğünden, mutlak şekilde gerekli görülmediği üzere çatışma dönüşümü aşaması tamamlandıktan sonra, tekrar bu dönüşüme odaklanılmasını aramaz. Uyuşmazlık çözümüne odaklandıktan ve problem çözücü yaklaşımın stratejileri uygulanarak bir çözüme ulaşıldıktan sonra çözümün içselleştirilmesi noktasında uyumlaştırılmış yaklaşım, sürecin son aşamasında arabulucudan, taraflar arasındaki çatışma dönüşümünün gerçek anlamda gerçekleşmiş olup olmadığının test etmesini bekleyecektir. Zira (problem çözücü perspektifte) arabuluculuğun temel amacı, tarafların gönüllülükle uymayı kabul edecekleri bir anlaşmaya ulaşması olduğuna⁶⁹⁹ göre böyle bir gönüllülüğün mevcut olması açısından tarafların ilişkisel perspektifte bir çatışma dönüşümü sağlamış olmasının önemi yadsınamaz. Bu nedenle, uyumlaştırılmış yaklaşımda güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında tutulmasının amaçlanmış olması, bu hedeflerin taraflarca gerçekleştirip gerçekleştirilmediğinin süreç içinde test edilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu doğrultuda arabulucu, süreç sonunda taraflar arasında ilişki dönüşümünün gerçekleşmediğine yönelik bir kanaate sahip olduğunda *fikrimizce* çatışma dönüşümünü sağlamak üzere süreci uzatmak yerine, tarafların bu noktada bir farkındalığa sahip olmasını sağlayacak stratejileri benimsemelidir. Mesela arabulucu, taraflarla gerçekleştireceği son oturumda bir anlaşmaya ulaşmış olsalar dahi böyle bir anlaşmanın kural olarak kendileri için bağlayıcı olmadığı, bu nedenle anlaşmaya uygun şekilde hareket etmeleri için öncelikle aralarındaki ilişkisel boyutta belirli bir dönüşümü sağlamış olmalarının önemine vurgu yapabilecektir. Bu yöndeki bir vurgu, taraflarda güçlendirme ve tanıma hedeflerinin süreç dışında tutulmuş olmakla birlikte bunların başarımının uyuşmazlığın çözümü açısından da ne denli önemli olduğuna yönelik bir izlenim oluşturabilecektir.

Yukarıda belirtildiği üzere, uyumlaştırılmış yaklaşımda arabulucu süreç sonunda ulaşılan çözümün içselleştirilmesi amacıyla çatışma dönüşümünün gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini test etmekle birlikte, böyle bir dönüşümün *süreç sonrasında anlaşmaya uygun davranılmasını sağlayabilecek ölçüde* gerçekleşmediği kanaatine vardığında, tekrar çatışma dönüşümüne odaklanarak süreci uzatmayacaktır. Bunun temel sebebi, uyumlaştırılmış yaklaşımın, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında uygulanmaya elverişli bir arabuluculuk modeli oluşturulmasına odaklanmasıdır. Bununla

⁶⁹⁹ Bkz. dn. 473 civarı.

birlikte tekrar çatışma dönüşümüne odaklanılmayacak olunmasının beraberinde getireceği negatif dışsallığın, arabulucunun, salt taraflara güçlendirme ve tanıma hedeflerine ulaşılmasının önemini tekrar hatırlatmak suretiyle azaltılamayacağını da kabul etmek gerekir. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşım, tarafların bir anlaşmaya ulaşmış olmakla birlikte aralarındaki ilişkisel boyutun çatışma dönüşümünün gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirilecek bir boyuta ulaşmadığı ihtimalinde dahi sürecin, ulaşılan anlaşmanın da *çatışma dönüşümünün gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle* yok sayılması ve anlaşmaya ulaşılmamış gibi sonlandırılmasını engellemek üzere bazı argümanlara sahiptir. Bu doğrultuda uyumlaştırılmış yaklaşımda benimsenen ilk husus, tarafların yukarıdaki ihtimalde en azından aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları sebebiyle anlaşmanın, kendileri için bağlayıcı olmasını sağlayabileceklerini hatırlatmaktır. Yani süreç sonunda arabulucu, çatışma dönüşümünü (uyumlaştırılmış yaklaşım hedefleri açısından) istenilen düzeyde sağlayamayan ve fakat uyuşmazlığın çözümüne yönelik bir anlaşmaya ulaşan taraflara, bu anlaşmaya süreç sonrasında uymalarını sağlamak üzere bağlayıcı vasıf kazandırabileceklerini hatırlatacaktır. Bu noktada bağlayıcılığın nasıl kazandırılacağı arabuluculuk yönteminin uygulandığı hukuk sisteminin kendi iç dinamiklerine göre şekilleneceğini vurgulamak gerekir. HUAK'ta benimsenen yöntem, arabuluculuk süreci sonunda ulaşılan anlaşmaya ilişkin bir *anlaşma belgesi* hazırlanması ve bu belgenin ilamlı icraya elverişli bir hal kazanabilmesi (yani ilam niteliğine belge haline gelebilmesi için) mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik bir talepte (çekişmesiz yargı işi) bulunulmasıdır (HUAK m. 18/2). Böyle bir yöntemin benimsenmiş olması ve icra edilebilirlik şerhi verilen bir anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması sebebiyle, bu belgede yer alan edimlerin daha sonra dava konusu yapılması ihtimalinde, hukuki yarar yokluğu sebebiyle davanın, dava şartı noksanlığından usulden reddedileceği (HMK m. 114/1(h); m. 115/2) görüşü savunulabilir. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, arabuluculuk sürecinde ulaşılan anlaşma belgesinin taraflar için bağlayıcı hale getirilmesi noktasında, mahkemelere iş yükü getirmeyen ve *fikrimizce*⁷⁰⁰ daha isabetli olan yöntemlerin benimsendiğini de görmek mümkündür. Mesela **Minnesota Civil Mediation Act 572.35** arabuluculuk anlaşma belgesinin etkisinin sözleşmeler hukukunun ilkeleri çerçevesinde belirlenebileceğini düzenlemekle beraber,

⁷⁰⁰ Bkz. Kıyak, "Anlaşma Belgesi", 545-546.

bir anlaşma belgesinin, bağlayıcı olduğunu gösteren bir ibare taşımadığı ve tarafların yazılı bir şekilde, arabulucunun kendi menfaatlerini korumak veya onlara yasal hakları hakkında bilgi vermek noktasında bir görevinin olmadığı; bir arabuluculuk anlaşma belgesi imzalamanın, kendi yasal haklarının aleyhine sonuç doğurabileceği ve arabuluculuk anlaşma belgesi imzalamadan önce bir avukata danışmalarının yararlı olacağını farkında olduğunu gösteren kayıtlar ihtiva etmediği müddetçe bağlayıcı olmayacağını öngörmektedir⁷⁰¹.

İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının bu konuya ilişkin getirmeyi planladığı değişiklik çok daha rijittir. Gerçekten Tasarının 24 üncü maddesiyle HUAK'ın "tarafların anlaşması" başlıklı 18 inci maddesine "taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır" şeklinde dördüncü bir fıkra ile "arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz" şeklinde beşinci bir fıkranın eklenmesi planlanmaktadır. Bu değişikliklerle birlikte, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Uzlaşma Sağlama" başlıklı 35/A maddesi paralelinde bir düzenleme getirilmesi planlanmaktadır.

3.3.3. Uyumlaştırılmış Yaklaşımında Arabuluculuk Becerileri ve Taktikleri

Genel anlamda ifade edilecek olursa, uyumlaştırılmış yaklaşım dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşımda benimsenen arabuluculuk taktik ve becerilerini kabul etmektedir. Elbette bunların eş zamanlı olarak uygulanması mümkün değildir. Zira her iki yaklaşımın hedefleri, odak noktaları ile yaklaşımda izlenen stratejiler ve hatta zaman yönetimi birbirinden farklıdır. Gerek bu farklılıkları ve gerekse problem çözücü yaklaşımın kendine özgü stratejileri daha detaylı görebilmek amacıyla her iki yaklaşımı çeşitli açılardan karşılaştıran bir şemadan⁷⁰² yapılan şu çıkarımı vermek yerinde olacaktır: Öncelikle *çatışma hakkındaki varsayım açısından* bakıldığında, dönüştürücü yaklaşım, çatışmayı ahlaki gelişim ve dönüşüm için bir fırsat ve uzun vadeli bir süreç olma eğiliminde görürken, problem çözücü yaklaşım çatışmayı çözülme ihtiyacı olan bir sorun ve kısa vadeli bir durum olarak görmektedir. Dönüştürücü yaklaşım,

⁷⁰¹ Kıyak, "Anlaşma Belgesi", 535.

⁷⁰² Bkz. Transformative Mediation Summary by Heidi Burgess <http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall.htm> (7.9.2016). Ayrıca bkz. Martin, 36; Baruch Bush, "Mediation Skills", 436 vd.

çatışmaya ideal müdahale olarak güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımını esas alırken, problem çözücü yaklaşım taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek üzere işbirlikçi adımları kabul eden ve ortak kazanımları maksimize eden bir yaklaşımı benimsemektedir. Bu doğrultuda dönüştürücü yaklaşımda *arabulucunun rolü* ikincil düzeyde tezahür etmekte ve taraflar kendi problemlerini en az yardımla çözmek için gerekli motivasyon ve kapasiteye sahip bireyler olarak görülmekte iken, problem çözücü yaklaşımda arabulucu, problem çözücü süreci yönlendiren bir uzman olarak algılanmakta ve tarafları yönlendiren bir pozisyona sahip olmaktadır. Bu rol farklılıkları, her iki yaklaşımda arabulucuların odak noktaları ile izledikleri stratejileri de farklılaştırmaktadır⁷⁰³. Şöyle ki dönüştürücü yaklaşımda arabulucunun *odak noktası* taraflar arasındaki etkileşim ve güçlendirme – tanıma fırsatlarının değerlendirilmesi iken, problem çözücü yaklaşımda arabulucu, tarafların mevcut durumlarına ve menfaatlerine odaklanmakta ve ortak kazanımlar ile karşılıklı tatmin edici anlaşmalar için fırsat arayışına girişmektedir. Bu odak noktalarındaki farklılıklar doğrultusunda dönüştürücü yaklaşımda arabulucu, arabuluculuk kavramını açıklamakla birlikte tarafların hedefleri ve temel kuralları belirlemesine ve süreci yönlendirmesine izin verir. Bir anlaşmaya ulaşmanın, süreç sonunda karşılaşılabilecek muhtemel sonuç türlerinden sadece biri olduğunun altını çizer. Arabulucu, tarafların, sorunlarını şekillendirmelerine ve tartışma konularını serbestçe belirlemelerine izin verir. Arabulucu, tarafların ihtiyaçları ve menfaatleri kadar, ilişkisel sorunların ele alınmasını teşvik eder. Tarafların empati kurmasını, yani tanımanın gerçekleştirilmesi amacıyla geçmişin masaya yatırılmasını teşvik eder. Duygular, sürecin ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünden, tarafların duygularını dışa vurmasını destekler. Aynı destekleyici tutum, tarafların mevcut durumları üzerinde düşünmeleri ve seçenekleri analiz etmeleri ile herhangi bir zamanda diğer seçeneklerin gözetilmesi noktalarında da söz konusudur. Buna mukabil, problem çözücü yaklaşımda arabulucu, sürecin hedefinin bir anlaşmaya ulaşma olduğunu taraflara açıklar ve süreci anlaşmaya ulaşmak üzere tasarlayıp temel kuralları belirler. Taraflara bu hususlarda danışabilmekle birlikte öncülük etme fonksiyonunu arabulucu üstlenir. Arabulucu, uyuşmazlığı kategorize eder ve uyuşmazlık tarafları için bunu çerçeveleştirir. Problem çözücü yaklaşımı benimseyen arabulucular, ilişkisel

⁷⁰³ Dönüştürücü yaklaşım ile problem çözücü yaklaşım arasındaki farklar hususunda ayrıca bkz. *Transformative Mediation Summary by Heidi Burgess* <http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall-htm> (7.9.2016).

konular gibi müzakereye uygun olmayan konuları süreç dışı bırakmak ve çözüm için uygun olan alanlara (genelde müzakere edilebilir menfaatlere) odaklanmak suretiyle tartışmaları yönlendirir. Aynı anlayış doğrultusunda, şiddetli davranışlara yol açabilme eğilimi olan geçmişe yönelik tartışmalar problem çözücü yaklaşımı benimseyen arabulucularca desteklenmeyecektir. Bunun yerine şu ana ve geleceğe odaklanılarak mevcut sorunun nasıl çözüleceğine yoğunlaşılacaktır. Problem çözücü yaklaşımda duygular, gerçek konularla ilgisi olmayan hususlar olarak görüldüğünden tarafların duygusal durumlarını dışa vurmaları bu yaklaşımda arabulucular tarafından engellenmeye çalışılır. Bu yaklaşımda arabulucu, anlaşma için seçenekler geliştirmek üzere kendi bilgilerini kullanır ve anlaşma şartlarının belirlenmesi noktasında yönlendirici olabilir. Her iki yaklaşım arasındaki bu farklılıklar *zaman kullanımı* açısından da farklı yöntemleri beraberinde getirmektedir. Dönüştürücü yaklaşımın, taraflar arasındaki ilişkiye odaklanması sebebiyle bu yaklaşımda sürecin zaman planlaması açık uçlu olup taraflar, her bir aktivite için istedikleri kadar vakit harcayabilir. Problem çözücü yaklaşımda olduğu gibi önceden belirlenmiş bir aşamalar takvimi yoktur. Buna mukabil problem çözücü yaklaşımda arabulucular, her bir aktivite için zaman sınırlarını belirler ve tarafları *deadline* tarihlerine riayet etmeleri noktasında teşvik eder. Bu yaklaşımda arabulucu, tarafları aşamadan aşamaya taşır.

Uyumlaştırılmış yaklaşımın benimsendiği bir süreçte, arabulucunun ön plana çıkacak stratejileri, yukarıda izah edilen süreç yönetimine ilişkin karar verme aşamasında hangi hedefe (çatışma dönüşümüne mi yoksa uyuşmazlık çözümüne mi) odaklanılacağına göre değişiklik gösterecektir. Gerek bu açıdan gerek yaklaşımlar arasındaki geçiş açısından arabulucunun benimseyeceği stratejilerin aynı anda her iki yaklaşımı benimsemek noktasında tezahür etmeyeceğinin altını tekrar çizmekte yarar vardır. Yine uyumlaştırılmış yaklaşımın *modüler* yapıya sahip olmakla birlikte çatışma dönüşümüne odaklanması halinde, bu açıdan bir başarı elde edinceye kadar uyuşmazlık çözümüne odaklanılmaması ve uyuşmazlık çözümüne odaklandıktan sonra tekrar çatışma dönüşümüne odaklanmayan bir bakış açısına sahip olması, arabulucunun, sürecin her bir aşamasında aynı anda birden fazla yaklaşımı uygulamasının gerekli olmaması (ve bunun mümkün görülmemesi) ile uyumlu olmaktadır.

Uyumlaştırılmış yaklaşımda arabulucunun, problem çözücü ve dönüştürücü yaklaşımdan ayrılan kendine özgü stratejileri mevcut olacak mıdır? Açıkçası süreç

başında öngörülen önyargı ve suizanların bertaraf edilmesinde uygulanacak teknikler dışında sürecin kalan aşamalarında bu şekilde tekniklerin mevcut olacağını söylemek oldukça zordur. Ancak süreç sonunda arabulucu, çatışma dönüşümünü istenilen düzeyde gerçekleştirmeyen ve fakat bir anlaşmaya ulaşan taraflara, aralarındaki ilişkinin yeniden yapıcı bir boyuta kavuşmasını hatırlatmak noktasında özgün bir yaklaşımı olacaktır. Yine arabulucu, *yaklaşımlar arasındaki geçişte* tarafların kararlarının uyumlaştırılmış yaklaşımın hedefleriyle uyumlu olması amacıyla –sürecin şekillenmesi noktasında- yönlendirici bir fonksiyon üstlenecektir –ki aslında, bu şekilde hareket edilmesi problem çözücü yaklaşımla da uyumlu bir strateji olacaktır.

3.4. UYUMLAŞTIRILMIŞ YAKLAŞIMIN FAYDA ODAKLARI

Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşıma yönelik getirilen eleştirilerden doğan bir arabuluculuk yaklaşımı olmakla birlikte, bu yaklaşım, sadece arabuluculuk sürecinin kendisine yönelik değil, süreç dışında da birtakım fayda odaklarına sahiptir. Bu başlık altında, uyumlaştırılmış yaklaşımın, arabuluculuk süreci dışına yansıyan fayda odakları hakkında bilgi verilecektir.

3.4.1. Çatışma Dönüşümüne Odaklanan Bir Yaklaşımın Uygulanma Alanını Genişletme

İlk olarak yukarıdaki başlığın neden “dönüştürücü yaklaşımın uygulanma alanını genişletme” şeklinde belirlenmediğini kısaca izah etmekte yarar vardır: Hatırlanacağı üzere, uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın bir türevi değildir. Bilakis dönüştürücü yaklaşıma yönelik farklı bir yaklaşım olup temel dayanak noktalarından biri de zaten dönüştürücü yaklaşıma getirilen eleştirilerdir. Bu nedenle, yukarıdaki başlığın dönüştürücü yaklaşımın uygulanma alanını genişletme şeklinde tespit edilmiş olması her ne kadar anlam bakımından isabetli olacak ise de, böyle bir tercih, uyumlaştırılmış yaklaşımın fayda odaklarından birinin dönüştürücü arabuluculuğu *Baruch Bush/Folger* perspektifinden yaygınlaştırmak olduğu şeklinde yanlış bir algının oluşmasına yol açabilecektir. Bu nedenle yukarıdaki başlığın, böyle bir algıyı engellemek amacıyla “çatışma dönüşümüne odaklanan bir yaklaşımın uygulanma alanını genişletme” şeklinde belirlenmiş olmasında yarar vardır. Gerçekten, uyumlaştırılmış yaklaşım, heterojen bir arabuluculuk süreci öngörmesi ve problem çözücü yaklaşıma süreç içinde etkinlik kazandırması sebebiyle, dönüştürücü yaklaşımın çatışma dönüşümüne odaklanan yönünden, tüm arabuluculuk uygulamalarında

yerindelik ölçüsüyle yararlanılmasını sağlayacaktır. Böylelikle dönüştürücü yaklaşımdan verim elde edilemeyecek alanlar, uyumlaştırılmış yaklaşımdan verim elde edilebilecek alanlar haline getirilebilecek ve çatışma dönüşümüne odaklanan bir yaklaşımın (dönüştürücü yaklaşımın) uygulandığı bir arabuluculuk modelinin, daha yaygın bir uygulanma alanına kavuşturulması sağlanmış olunacaktır.

3.4.2. Mahkeme Bağlantılı Uyumlaştırılmış Arabuluculuk

Arabuluculuk yöntemi gönüllü bir süreci ifade etmiş olsa da, etkili bir adalete erişimin sağlanması ve sosyal barışa katkı sağlamak amacıyla, sadece *kurum içi* uyuşmazlık çözüm politikalarının oluşturulmasında değil, yargı teşkilatının yapılandırılmasında da bu yöntemlere etkinlik kazandırılması gerektiği açıktır. Özellikle, yargının iş yükünün azaltılması gerekliliği, günümüzde bu yöntemlerin sadece gönüllü bir uygulamaya değil, en azından bazı hukuk uyuşmazlıkları açısından *başvurulması* (daha doğru bir ifadeyle denemesi) zorunlu uygulamalara konu edilmesini, ölçülülük ilkesine aykırı olmayan bir politika niteliğine sahip olmaları sonucunu doğuracaktır⁷⁰⁴.

Bu noktada, zorunlu arabuluculuk uygulamalarının hak arama özgürlüğüne aykırılık şeklinde görülmesinin *yanlış anlayış* olduğunu belirttikten⁷⁰⁵ sonra mahkeme

⁷⁰⁴ Müzakere temelinden düşünüldüğünde, *Lord Woolf*'un *Final Report*'da göze çarpan şu cümlelerine burada yer vermekte yarar vardır: "...*uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun yargılama olmaksızın, taraflar veya vekilleri arasında müzakere yoluyla çözülmesi, bizim hukuk yargılaması sistemimizin karakteristik bir özelliğidir. Uyuşmazlıklarını hiçbir yasal prosedür başlatmaksızın çözen daha birçok hak sahibi mevcuttur. Benim niyetim bunu geliştirmek. Benim hukuk yargılamasına yaklaşımım, mümkün oldukça, uyuşmazlıkların dava açılmaksızın çözümlenmesi gerektiğidir. Mahkeme yargılamasının kaçınılmaz olduğu hallerde, bu, anlaşmaya varılmasını desteklemek amacıyla yargılamanın münasip olan en erken aşamasında yürütülebilir...*" (Woolf, 107).

⁷⁰⁵ Zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne engel olmadığı noktasında bkz. Yazıcı-Tıktık, 39; Kekeç, 74. AUÇ yöntemlerinin hak arama özgürlüğüne engel olmayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Özbek, *Kitap*, 314 vd. Ayrıca bkz. BVerfG, 14.2.2007, ZKM 2007, s. 128-129 (Çev. Evrim Erişir, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğu ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı (Çeviri)", *DEÜHFD*, 11 (Özel Sayı), 2009, 225-236, 226 vd). Karş. Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", 154. Her ne kadar HUAK'ın 3 üncü maddesinin "...*Birinci fıkrada, arabuluculuk yolunun iradî olması ortaya konulmuştur. Taraflar, öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşmalıdırlar. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dâhil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilir, bunu cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir. Nitekim bu düzenleme içinde de bu yönde bazı hükümlere yer verilmiştir. Ancak, tarafları buna mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır. Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucu doğuramaz; aksi*

bağlantılı programlarda en çok benimsenen arabuluculuk yaklaşımının problem çözücü yaklaşım olduğunu ifade etmek gerekir⁷⁰⁶. Zorunlu arabuluculuk uygulamaları hak arama özgürlüğüne engel teşkil etmemekle birlikte, bunların yargılama sistemlerine entegrasyonunun çeşitli sorunlara yol açmayacağını söylemek oldukça zordur. Bu hususta öğretilerde özellikle şu noktalara dikkat çekilmektedir⁷⁰⁷: İlk olarak, dava açılmadan önce zorunlu mahkeme dışı arabuluculuk prosedürü kabul edildiğinde, ön aşamanın oluşturulması ve daha sonraki dava açma süresi ve derhal dava açılması mecburiyetinin uyumu güçlük arz edecektir. İkinci olarak, mahkeme dışı zorunlu arabuluculukta, çoğu zaman ilgililer delil ikamesine zorlanmamakta ve ikame olunmuş deliller daha sonraki muhtemel yargılama sürecinde kullanılamamaktadır. Aynı şekilde sonra gerekli yeni delil ikamesi de zaman itibarıyla zorluk arz etmektedir. Üçüncü olarak, dava öncesi zorunlu arabuluculuk modelleri ile uyuşmazlık çözüm sürecinin uzaması ihtimali söz konusu olabilecektir. Dava öncesi zorunlu arabuluculuk

halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama Özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Taraflar zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olmayacak, en azından uygulama aşamasında bir çok sorun çıkacaktır. Taraflar, sürecin iradî olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradî olmasının gereği olarak, tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu süreçten nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Yani, süreç her zaman uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir” şeklindeki gerekçesi [TBMM (24/2), Sıra Sayısı: 233, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları**

(1/486), 8 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>)] zorunlu arabuluculuğun hak arama özgürlüğüne engel olacağı şeklinde yanlış bir algının (misal: Karacabey, 462) oluşmasına yol açabilecek tarzda ise de, gerçek durum aksi yöndedir. Zira gerekçede “...Ancak, bu yaptırımın uygulanması tarafları mahkeme dışında **çözüme zorlamak** sonucu doğuramaz; aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama Özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Taraflar zorla masaya getirmek mümkün olsa **da zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir**. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olmayacak, en azından uygulama aşamasında bir çok sorun çıkacaktır...” şeklinde belirtilen kaygıların dile getirilmesi, zorunlu arabuluculuk açısından mümkün olmayacaktır. Nitekim zorunlu arabuluculuk, **tarafların uyuşmazlığı arabuluculukla çözmek zorunda olacağı anlamına gelmemektedir**. Bunun yanı sıra zorunlu arabuluculuğu, kanuni hâkim güvencesi gibi Anayasa’da karşılığı olan temel ilkelere aykırı görebilmek (misal: Karacabey, 468, 469) için arabuluculuğun nasıl bir yöntem olduğunu unutmamak gerekir. Arabuluculuk sürecinde, arabulucu karar verici konumda değildir ki, taraflar kanunen tabi olduğu mahkemeler dışında başka bir merci önüne çıkarılmış olsun.

⁷⁰⁶ Folger, 826.

⁷⁰⁷ Bkz. Yıldırım, “AUÇY”, 354 vd.

modellerinin bu şekilde sakıncaları olabilmekle birlikte, bu tür modellerin bazı özel konularda, mahkemelerin iş yükünün azalması, uyuşmazlığın çözümünün hızlanması ve masrafin azalması amaçlarına hizmet etmesi mümkündür⁷⁰⁸. *Lord Woolf* da *Interim Report*'da mahkemelerin, tarafları AUÇ yöntemlerini kullanmaya zorlamak ve mahkemelerden hukuki koruma talep etme imkânlarını ortadan kaldırmak veya bunu ertelemek gibi bir haklarının olmadığını vurgulamıştır⁷⁰⁹. Yine de taraflardan birinin, AUÇ yönteminin denenmesine ilişkin mahkeme emrini anlamsızca reddetmesi veya AUÇ sürecinde işbirlikçi davranmaması ihtimallerinde, mahkeme yargılama giderlerinden sorumluluğun belirlenmesinde bu durumu dikkate alabilecektir⁷¹⁰. Benzer bir esas İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda yer alan zorunlu arabuluculuk düzenlenmesinde (Tasarı m. 3) de benimsenmiştir. Gerçekten Tasarının 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olup bu zorunluluğa uymaması halinde mahkemece davacıya, eksikliğin giderilmesi için bir haftalık süre verilecektir. Bu süre içinde de eksiklik yerine getirilmezse dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilecektir. Buna mukabil arabulucuya hiç başvurulmadan dava açılmış olması ihtimalinde ise, herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir. Aynı maddenin onikinci fıkrasına göre ise, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk oturuma katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda oturuma katılmayan taraf, son tutanakta belirtilecek ve bu taraf, *davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile* yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacaktır. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine de hükmedilmeyecektir. Her iki tarafın da ilk oturuma katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda ise tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerine bırakılacaktır.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın çatışma dönüşümü perspektifinden yararlanmakla birlikte, heterojen bir arabuluculuk süreci öngörmesi ve

⁷⁰⁸ Yıldırım, "AUÇY", 355.

⁷⁰⁹ Bkz. Woolf, 65.

⁷¹⁰ Woolf, 65, 70.

süreç içinde problem çözücü yaklaşıma etkinlik kazandırmasıyla, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında benimsenmeye elverişli bir arabuluculuk yaklaşımı teşkil edecektir. Özellikle güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında tutulmasını amaçlayan bir perspektife sahip olması nedeniyle, uyumlaştırılmış yaklaşım, arabuluculuk sürecini kısaltabilecek ve bu şekilde mahkemelerin arabuluculuk programına ayırdığı ekonomik değeri olan kaynakların daha verimli bir şekilde kullanılmasına katkı sağlayabilecektir.

Üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda tarafların, ön inceleme duruşmasında arabuluculuğa teşvik edilmesi gerekliliği (HMK m. 140/3) ve tarafların gerek bu teşvik üzerine ve gerekse yargılamanın diğer herhangi bir aşamasında arabuluculuğa başvurmayı kararlaştırması halinde, yargılamanın üç aya kadar ertelenmesi (HUAK m. 15/5) yönündeki düzenlemeler ile birlikte Türk hukuk yargılamasında mahkeme bağlantılı ihtiyari arabuluculuğun cari olduğu söylenebilmekle birlikte, arabuluculuğun yaygınlaştırılmasına yönelik reformların mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuğu kapsamı gerekeceği açıktır. Bu noktada ilk adıma iş uyuşmazlıklarının çözümü açısından yaklaşımıştır. 25/5/2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nın “dava şartı olarak arabuluculuk” başlıklı 3 üncü maddesiyle birlikte, iş uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmektedir. Tasarı'nın anılan maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bu dava şartınının taraflara ilişkin veya dava konusuna ilişkin bir dava şartı şeklinde nitelendirilmesi mümkündür. Söz konusu maddenin onuncu fıkrasına göre arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandıracaktır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir. Şu halde Tasarı'da düzenlenen mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculuk uygulamasında süreç en fazla dört hafta içinde sonlandırılacaktır. Böyle bir kısıtlama sebebiyle dönüştürücü yaklaşımın bu modelde benimsenmesinin mümkün olamayabileceği daha önce dile getirilmiştir⁷¹¹. Buna mukabil, uyumlaştırılmış yaklaşımın böyle bir kısıtlamaya rağmen Tasarı kapsamında gerçekleştirilecek arabuluculuk uygulamalarında benimsenebilecek bir yaklaşım olabileceği *fikrindeyiz*.

⁷¹¹ Bkz. dn. 627 civarı.

Bununla birlikte uyumlaştırılmış yaklaşımın güçlendirme ve tanıma hedeflerini süreç dışına taşıyan anlayışı çerçevesinde Tasarı'da, uyuşmazlığın arabuluculuk marifetiyle çözümü aşamasında insan kaynakları uzmanları gibi üçüncü kişilere de rol veren düzenlemeler getirilebilir. Böylelikle arabuluculuk uygulamasının uyuşmazlık konularının çözümü hedefinin yanında taraflar arasındaki ilişkileri de yeniden tesis etmeye odaklanan hedeflerin başarımına da hizmet edebileceği fikrindeyiz.

Bu başlık altında iradilik ilkesinin zorunlu arabuluculuk modelinde nasıl bir görünüm sergileyeceğini açıklığa kavuşturmak isabetli olacaktır. Arabuluculuk sürecine başvurulması, sürecin devam ettirilmesi ve sürecin sonlandırılması ya da süreçten vazgeçilmesi noktalarında taraflara tam bir serbesti sunulmasını ifade eden (HUAK m. 3/1) iradilik ilkesi⁷¹² taraflardan her birine, diğer tarafın veya arabulucunun muvafakatine ihtiyaç duymaksızın süreci tek taraflı irade beyanıyla sonlandırma yetkisi vermektedir (HUAK m. 17/1(c)). Mahkeme bağlantılı zorunlu arabuluculukta bu ilke, sürecin başlatılması noktasında işlerlik kazanmayacak⁷¹³ yani, zorunlu arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkta uyuşmazlığın mahkemece *esastan* dinlenebilmesi için tarafların öncelikle arabuluculuk yöntemine başvurmaları zorunlu olacaktır. Fakat *zorunluluk sadece bununla sınırlı olacaktır*. Mesela HUAK'ta getirilecek düzenlemeler, tarafları, uyuşmazlıklarını *mutlaka* arabuluculukla çözmeye itemeyeceği gibi onları *belirli bir süre için dahi olsa bu süreçte kalmaya zorlayamayacaktır*⁷¹⁴. Bu nedenle zorunlu arabuluculuk yönteminde dahi, taraflar arabulucu ile yapacakları ilk oturumda, sürece devam etmek istemediklerini beyan ederek uyuşmazlığın mahkemece dinlenmesini sağlayabilecektir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı'sında yer alan düzenlemeler de bu esaslarla paraleldir. Gerçekten taraflar, Tasarı'da düzenlenen zorunlu arabuluculuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklarda (Tasarı m. 3/1) dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda olmakla birlikte, süreci devam ettirmek noktasında bir yükümlülüğe sahip değildir. Bununla birlikte, arabuluculuğa başvurmadan önce dava açılmış olması halinde davanın usulden reddedilmesi yaptırımının (Tasarı m. 3/2) yanı sıra, taraflardan

⁷¹² İradilik ilkesi ile ilgili kısaca bkz. Yazıcı-Tıktık, 35 vd; Kekeç, 70 vd.

⁷¹³ Bkz. Kekeç, 222; Yazıcı-Tıktık, 36-37; Cengiz Topel Çelikoğlu, "6325 Sayılı HUAK'a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi", *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan*, Cilt: 1, 2014, 669-723, 680.

⁷¹⁴ "...Yargılamanın yapısı bakımından, dava açılmadan, mahkeme dışı ihtiyari arabuluculuğun kabulü düşünülecek olursa, bu alanda bir arabuluculuk prosedürünün oluşturulması ve prosedürde hazır bulunma ve aktif olarak katılma yönünde hiçbir ödev mevcut değildir..." (Yıldırım, "AUÇY", 354).

birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan tarafın davada haklı çıksa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması şeklindeki yaptırım (Tasarı m. 3/12) zorunlu arabuluculuk uygulamasını desteklemeye yöneliktir. Tarafların süreçten kaçınmalarını önlemeye yönelen bu düzenlemeleri, tarafları arabuluculuk sürecinde kalmaya zorlayan düzenlemeler şeklinde nitelendirmek mümkün değildir.

Uyumlaştırılmış yaklaşımda çatışma dönüşümüne odaklanması sürecin hedeflerinden biri olmakla birlikte, bu hedefin gerçekleştirilmesi için başarıyı gerekli güçlendirme ve tanımanın süreç dışında tutulması, arabuluculuk sürecinin sonuçlanma süresini uzatmayacaktır. Bu noktada, elbette, arabuluculuk oturumları için harcanacak giderlerin belirli bir kısmının Devlet tarafından karşılanacak olmasına yönelik bir anlayışın kanuni düzenlemeyle benimsenmesi halinde, süreç dışında gerçekleştirilecek aşamalar (yani güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında tutulması sebebiyle, süreç dışında harcanan zaman dilimi) böyle bir imkândan yararlanmayacaktır⁷¹⁵. Aydınlığa kavuşturulması gereken bir başka husus, her ne kadar güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında tutulması sebebiyle arabuluculuk sürecinin uzamaması söz konusu olacak olsa da, sonuçta belirli bir zamanın harcanmış olmasının mahkeme bağlantılı program açısından bir sorun teşkil edip etmeyeceğidir? *Fikrimizce*, arabuluculuk sürecinin başlatılmasıyla yargılamanın ertelenecek olması sebebiyle, mahkeme bağlantılı programlarda uyumlaştırılmış yaklaşımı benimseyen bir arabulucu, arabuluculuk oturumları arasında geçecek zaman dilimini belirlerken daha yönlendirici olabilecektir. Böylelikle, uyuşmazlığın –

⁷¹⁵ Bununla birlikte İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı'nda yer alan zorunlu arabuluculuk düzenlemesinde arabuluculukta geçirilecek zaman diliminin zaten Kanun tarafından sınırlandırıldığı (Tasarı m. 3/10) göz önüne alınırsa, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımının süreç dışında yer gerçekleştirilmesi de bu zaman diliminin içinde yer alacaktır. Fakat Tasarı'nın 3 üncü maddesinin "Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hallerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Hazineden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları halinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Hazineden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır" şeklindeki düzenlemesinde yer alan iki saatlik ücret tutarının Hazine tarafından ödenmesi esası, her ihtimalde arabulucu ile birlikte geçirilen oturumlar açısından geçerli olacaktır. Yani uyumlaştırılmış yaklaşımın benimsendiği bir uygulamada, tarafların süreç başında güçlendirme ve tanıma hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacıyla insan kaynakları uzmanı gibi üçüncü bir kişinin desteğiyle geçirdikleri zaman dilimleri bu düzenlemeden yararlanmayacaktır.

arabuluculuk sürecinde olmakla beraber- mahkemede bir iş yükü olarak kalması engellenebilecektir.



SONUÇ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, çatışma ve uyuşmazlık aşamasındaki sorunların çözüme kavuşturulması noktasında genel anlamda *şekilden bağımsız* bir süreci ifade etmekle birlikte, bu *şekilden bağımsız* süreçlerin toplum nezdinde benimsenmesinin toplumsal barışa ve yargılama faaliyetleri için ayrılan kaynakların verimli bir şekilde kullanılmasına ne denli bir katkı sunabileceği açıktır.

Arbuluculuk en yalın haliyle tarafsız üçüncü kişi yardımıyla yürütülen müzakere şeklinde tanımlanmakla birlikte, böyle bir tanım günümüzdeki arbuluculuk uygulamaları bir kenara bırakılsın, teorik düzlemde üretilen modelleri ifade etmek noktasında dahi yetersiz kalmaktadır. Gerçekten tarafsız üçüncü kişinin (arbulucunun) süreç içinde taraflara yapacağı yardımın sınırları ve bu yardımcı fonksiyonunu ifa ederken kullanacağı teknik ve stratejilerinin çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, yukarıdaki tanım, arbuluculuk yöntemini genel hatlarıyla ifade etmek noktasında yeterli görülebilirse de, somut bir tanım olmaktan oldukça uzaktır. Bu nedenle belirli bir arbuluculuk uygulamasını anlayabilmek adına, arbuluculuk yöntemini açıklamaya ve çeşitlendirmeye yarayan modellerden faydalanılması daha isabetli olacaktır. Bununla birlikte öğretiyi, arbuluculuk sürecini modellemeye iten tek sebep mevcut uygulamanın anlaşılması değildir. Gerçekten mevcut uygulamaların anlaşılmasının yansıra yeni yaklaşımlar geliştirmeye yönelik arbuluculuk sürecini modelleyen çalışmalara da rastlamak mümkündür. *Baruch Bush/Folger* tarafından geliştirildiği genellikle kabul edilen dönüştürücü arbuluculuk yaklaşımı da sürece ilişkin klasik problem çözücü anlayışın karşısında konumlanan yeni bir arbuluculuk yaklaşımıdır. Dönüştürücü yaklaşımın, taraflar arasında çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek üzere güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımına odaklanması ve süreç içinde diğer yaklaşımlara yer verilmemesine, daha doğru bir tabirle bu yaklaşımla diğer yaklaşımları bağdaştıramayan bir perspektif çizmesi, her ne kadar genişleyen bir uygulama alanı olsa da, haklı olarak öğretilerde eleştiri konusu yapılmasına yol açan temel sebeplerden biridir. Her ne kadar *Baruch Bush/Folger* dönüştürücü yaklaşımın, diğer yaklaşımlarla entegrasyonuna sıcak bakmasa da, öğretilerde bu yaklaşımı diğer yaklaşımlarla, özellikle problem çözücü yaklaşımla birleştirmeye yönelik birçok fikrin mevcut olduğunu söylemek gerekir.

Uyumlaştırılmış yaklaşımın temel argümanı, aynı arbuluculuk süreci içinde

dönüştürücü yaklaşımın problem çözücü yaklaşımla birlikte kullanılabilirdir. Fakat bu bakış açısı, kesinlikle her iki yaklaşımın *eş zamanlı olarak* birlikte kullanılabilirdi anlamına gelmemektedir. Uyumlaştırılmış yaklaşımın her iki yaklaşımın aynı süreçte birlikte kullanılabilirdiğine yönelik argümanının temel dayanağı, arabuluculuk sürecinin aşamalara bölünebilirdiği ve her bir aşamada gerekli görülen farklı yaklaşımın uygulanabilirdiğidir. Temel argüman bu olmakla birlikte, uyumlaştırılmış yaklaşım açısından sürecin modellenmesi önceden belirlenmiş bir yapıya sahip değildir. Ancak bu, dönüştürücü yaklaşımın *sürecin ilerlemesinde tarafların takip edilmesi* anlayışının benimsendiği anlamına gelmemektedir. Uyumlaştırılmış yaklaşımda arabuluculuk sürecinin önceden belirlenmiş bir yapıya sahip olmamasının sebebi, bu yaklaşımın bakış açısıyla süreç içinde öncelikle çatışma dönüşümüne mi yoksa uyuşmazlığın çözümüne mi odaklanılacağı somut uygulamaya göre değişiklik gösterecek olmasıdır. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşım açısından arabuluculuk sürecinin dinamik bir model olarak algılandığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte yaklaşım, tarafların gerek birbirlerine gerek sürecin kendisine yönelik ön yargıları ile suizanlarının bertaraf edilmesini, tüm arabuluculuk süreçleri için gerçekleştirilmesi gerekli öncelikli hedefler olarak algılamaktadır. Bu nedenle uyumlaştırılmış yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk sürecinde, arabulucu, öncelikle taraf ön yargı ve suizanlarının bertaraf edilmesine odaklanacak, daha sonra çatışma dönüşümü veya uyuşmazlık çözümüne odaklanması noktasındaki tercihin benimsenmesinde yönlendirici konumunu oluşturacaktır.

Dinamik bir arabuluculuk süreci öngörmesi ve taraf ön yargıları ile suizanlarının bertaraf edilmesini sürecinde başında gerçekleştirilmesi gereken birer hedef olarak algılamasının dışında uyumlaştırılmış yaklaşımın sahip olduğu bir diğer argüman, güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımını süreç dışında tutmasıdır. Gerçekten çatışma dönüşümüne odaklanan bir yaklaşım olan dönüştürücü yaklaşımın, çatışmayı ilişkisel bir boyuttan ele alması ve taraflar arasında çatışma dönüşümünü gerçekleştirmek üzere güçlendirme ve tanımanın başarımını gerçekleştirilmesi öncelikli arabuluculuk hedefi olarak görmesi sebebiyle, dönüştürücü yaklaşımın benimsendiği arabuluculuk uygulamaları, problem çözücü yaklaşımın benimsendiği modellere kıyasla oldukça uzun bir zaman dilimi gerektirebilmektedir. Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşımın bu negatif dışsallığını bertaraf etmek üzere güçlendirme ve tanıma

hedeflerinin başarımını arabuluculuk süreci, yani oturumları dışında tutmaya odaklanmaktadır. Bu anlayışı ön plana çıkararak temel argüman, dönüştürücü yaklaşımda güçlendirme ve tanıma hedeflerinin başarımına odaklanan arabulucunun, problem çözücü yaklaşımı benimseyen bir arabulucuya kıyasla süreç içinde pasif bir konumda olması ve bu nedenle, arabulucunun güçlendirme ve tanıma fırsatlarının yakalanması noktasında bir ön rehberlikte bulunduktan sonra tarafların bu fırsatları yakalama ve değerlendirme noktasında baş başa bırakılabileceğidir. Bu şekilde modellenen bir arabuluculuk süreci, özellikle kurum içi uyuşmazlıklar ile aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemi ile çözümünde insan kaynakları uzmanları, aile danışmanları gibi uzmanların arabuluculuk sürecinin (ilişkisel boyut açısından) başarımına olumlu katkı sunmak üzere aktif bir fonksiyon üstlenmelerine imkân tanıyacaktır. Bunun gibi, uyumlaştırılmış yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk modeli, arabuluculuk sürecini mümkün olduğukadar kısa tutabilecek ve bu şekilde anılan yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk modeli mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında uygulanmaya elverişli hale getirilebilecektir.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, heterojen bir arabuluculuk süreci öngördüğünden bu yaklaşımın benimsendiği bir arabuluculuk sürecinde, yaklaşımlar arasında geçişte nasıl bir yol izleneceği çözülmesi gerekli bir sorun olarak ortaya çıkacaktır. Bu noktada uyumlaştırılmış yaklaşım, çatışma ilişkisini ele alırken dönüştürücü yaklaşımdan ayrılmakta ve bunu bir sarmal olarak değil, bir frekans olarak algılamaktadır. Böylelikle çatışma dönüşümüne odaklanılmakla birlikte bu dönüşümün mutlak bir şekilde gerçekleştirilmesi arayışına girilmesine gerek olmayacaktır. Bu anlayışın bir sonucu olarak, uyumlaştırılmış yaklaşım, arabuluculuk süreci sonrasında taraflar arasındaki etkileşimin olumlu bir etkileşim düzeyi olmasını aramakla birlikte, bunu sürecin öncelikli bir hedefi olarak görmez. Çünkü taraflar, dönüştürücü yaklaşım perspektifinden bir çatışma dönüşümü sağlasa dahi, bu, arabuluculuk süreci sona erdikten sonra aynı düzeyde bir etkileşimi ömür boyu sürdürecekleri anlamına gelemez.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, süreç sonunda ulaşılan anlaşmanın içselleştirilmesi noktasında arabulucuya, süreç sonunda taraflar arasında çatışma dönüşümünün gerçekleşmiş olduğunu test etme fonksiyonu yüklemektedir. Bununla birlikte böyle bir fonksiyon, süreç sonunda anlaşmaya ulaşan tarafların, süreç sonrasında bu anlaşmaya gönüllü bir şekilde uygun hareket edecek ölçüde bir çatışma dönüşümünün sağlanamadığı

kanaatine varan arabulucuya, sürece devam etme fonksiyonunu da beraberinde yüklememektedir. Bunun temel sebebi uyumlaştırılmış yaklaşımın, mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında uygulanmaya elverişli bir arabuluculuk modeli oluşturulmasına odaklanmasıdır. Bununla birlikte tekrar çatışma dönüşümüne odaklanılmayacak olunmasının beraberinde getireceği negatif dışsallığın, arabulucunun, salt taraflara güçlendirme ve tanıma hedeflerine ulaşılmasının önemini tekrar hatırlatmak suretiyle azaltılamayacağını kabulü çerçevesinde uyumlaştırılmış yaklaşım anlaşmanın ayakta tutulması noktasında, buna hukuken bağlayıcılık kazanılmasına odaklanan bir perspektife sahip olmaktadır.

Uyumlaştırılmış yaklaşım, dönüştürücü yaklaşıma yönelik getirilen eleştirilerden doğan farklı bir arabulucu olmakla birlikte, bu yaklaşım, sadece arabuluculuk sürecinin kendisine yönelik değil, süreç dışında da birtakım fayda odaklarına sahiptir. Bu fayda odaklarından biri, çatışma dönüşümünü esas alan bir arabuluculuk modelinin uygulanma sınırlarını genişletmek bir diğeri ise böyle bir modelin mahkeme bağlantılı arabuluculuk programlarında uygulanmaya elverişli hale getirilmesidir. Bu fayda odaklarının başarımı için, uyumlaştırılmış yaklaşımın problem çözücü yaklaşım ile dönüştürücü yaklaşımı dengeleyen bir arabuluculuk süreci öngörerek, uyuşmazlığın hem ilişkisel hem menfaat boyutundan ele alınmasını aynı arabuluculuk süreci içinde mümkün hale getirmektedir.

KAYNAKÇA

[Note], "Protecting Confidentiality in Mediation", *Harvard Law Review*, 98 (2), December 1984, 441-459.

Abel, Richard L., "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", *Law & Society Review*, 8 (2), 1974, 217-347.

Abraham, Jaime, "Divorce Mediation - Limiting the Profession to Family/Matrimonial Lawyers", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 10 2008, 241-268.

Akıncı, Ziya, "Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *BATİDER*, 18 (4), 1996, 94-109.

Akil, Cenk "Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Federal Kanunu", *İÜHFİM*, 70 (2), 2012, 287-296, 287.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009.

Alexander, Nadja, "The Mediation MetaModel: Understanding Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, 26 (1), 2008, 97-123.

Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960.

Antes, James R./Saul, Judith A., "Evaluating Mediation Practice from a Transformative Perspective", *Mediation Quarterly*, 18 (3), 2001, 313-323.

Applebey, George, "What Is Alternative Dispute Resolution?", *Holdsworth Law Review*, 15 1991-1992, 20-35.

Aras, Bahattin, "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri", *Adalet Dergisi*, Sayı: 35 2009, 58-70.

Atalı, Murat, *Medenî Usûl Hukuku*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2011.

Barnette, Curtis H., "The Importance of Alternative Dispute Resolution: Reducing Litigation Costs As A Corporate Objective", *Antitrust Law Journal*, 53 (3), 1984-1985, 277-282.

Baruch Bush, Robert A., "Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation", *Florida Law Review*, 41 1989, 253-286. (Role and Ethical Standards)

Baruch Bush, Robert A., "Handling Workplace Conflict: Why Transformative Mediation?", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 18 (2), 2001, 367-373. (Handling Workplace Conflict)

Baruch Bush, Robert A., "Mediation and Adjudication: Dispute Resolution and Ideology: An Imaginary Conversation", *Journal of Contemporary Legal Issues*, 3 (1), 1989-1990, 1-35. (An Imaginary Conversation)

Baruch Bush, Robert A., "Mediation Skills and Client-Centered Lawyering: A New View of the Partnership", *Clinical Law Review*, 19 2013, 429-488. (Mediation Skills)

Baruch Bush, Robert A., "One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19 (3), 2004, 965-1004. (Mediator Performance Testing)

Baruch Bush, Robert A./Folger, Joseph P., "Response To Condlin's Critique of Transformative Mediation", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 15 (1), 2013, 231-241. (Response To Condlin)

Baruch Bush, Robert A./Folger, Joseph P., *Arabuluculuk ve Getirileri: Dönüştürsel Çatışma Yaklaşımı*, (Çev. Gamze Sart), Nobel, Ankara 2013. (Arabuluculuk ve Getirileri)

Baruch Bush, Robert A./Folger, Joseph P., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Revised Edition, John Wiley & Sons, San Francisco 2005. (The Promise of Mediation)

Baruch Bush, Robert A./Ganong-Pope, Sally, "Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3 2002, 67-96. (Changing the Quality)

Baruch Bush, Robert A./Ganong-Pope, Sally, "Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction", *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications*, Edt. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford, New York 2004, 53-71. (Family Conflict)

Benham, Robert/Boyd-Barton, Ansley, "Alternative Dispute Resolution: Ancient Models Provide Modern Inspiration", *Georgia State University Law Review*, 12 (3), 1996, 623-651.

Beyer, Elizabeth F., "A Pragmatic Look at Mediation and Collaborative Law as Alternatives to Family Law Litigation", *St. Mary's Law Journal*, 40 2008, 303-342.

Bilge, Necip/Önen, Ergün, *Medenî Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1978.

Birke, Richard, "Mandating Mediation of Money: The Implications of Enlarging the Scope of Domestic Relations Mediation from Custody to Full Service", *Willamette Law Review*, 35 1999, 485-522.

Blomgren-Bingham, Lisa/Chesmore, Gregory/Moon, Yuseok/Napoli, Lisa Marie, "Mediating Employment Disputes at the United States Postal Service: A Comparison of In-House and Outside Neutral Mediator Models", *Review of Public Personnel Administration*, 20 (1), 2000, 5-19.

Blomgren-Bingham, Lisa/Hallberlin, Cynthia J./Walker, Denise A./Chung, Won-Tae, "Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace", *Harvard Negotiation Law Review*, 14 (1), 2009, 1-50.

Blomgren-Bingham, Lisa/Summers-Raines, Susan/Hedeen, Timothy/Napoli, Lisa Marie, "Mediation in Employment and Creeping Legalism: Implications for Dispute Systems Design", *Journal of Dispute Resolution*, (1), 2010, 129-150.

Boniface, Amanda, "African-Style Mediation and Western-Style Divorce and Family Mediation: Reflections for The South African Context", *Potchefstroom Elec. Law Journal*, 15 (5), 2012, 378-401.

Botes, Johannes, "Conflict Transformation: A Debate Over Semantics or A Crucial Shift in The Theory and Practice of Peace and Conflict Studies?", *International Journal of Peace Studies*, 8 (2), 2003, 1-27.

Bracken, Nathan S., "Providing a Comprehensive View of Family Mediation Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications", *Journal of Law & Family Studies*, 7 (2), 2005, 217-226.

Brakel, Samuel Jan, "Searching for the Therapy in Therapeutic Jurisprudence", *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, 33 (2), 2013, 455-500.

Braun, Joan, "Elder Mediation: Promising Approaches and Potential Pitfalls", *Elder Law Review*, 7 2013, 1-17.

Brazil, Wayne D., "Protecting the Confidentiality of Settlement Negotiations", *Hastings Law Journal*, 39 (5), 1988, 955-1030.

Brazil, Wayne D./Kahn, Michael A./Newman, Jeffrey P./Gold, Judith Z., "Early Neutral Evaluation: An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution", *Judicature*, 69(5), 1986, 279-285.

Brooker, Penny, "The 'Juridification' of Alternative Dispute Resolution", *Anglo-American Law Review*, 28 (1), 1999, 1-36.

Brown, Carole J., "Facilitative Mediation: The Classic Approach Retains its Appeal", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4 (2), 2004, 279-295.

Brown, Kent L., "Confidentiality in Mediation: Status and Implications", *Journal of Dispute Resolution*, 1991/2, 307-334.

Brown, Stephanie, "Alternative Dispute Resolution and Employment Law: How Mandatory Arbitration Perpetuates Disparate Impact in Statutory Disputes", *Southern Journal of Policy and Justice Law Journal*, 8 2014, 62-79.

Burgess, Heidi, "Transformative Mediation (Summary)", *Conflict Information Consortium A Comprehensive Gateway to Consortium Websites* (7.9.2016), <http://www.colorado.edu/conflict/transform/tmall.htm>.

Burgess, Heidi/Burgess, Guy, "Constructive Confrontation: A Transformative Approach to Intractable Conflicts", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 305-322.

Cappelletti, Mauro, "Access to Justice As A Theoretical Approach to Law and A Practical Programme For Reform", *South African Law Journal*, 109 (1), 1992, 22-39. (Access to Justice)

Cappelletti, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *The Modern Law Review*, 56 (3), 1993, 282-296. (Justice Movement)

Cappelletti, Mauro/Bryant, Garth, "Access to Justice As A Focus of Research", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1 1981, ix-2.

Chalmers, W. Ellison, "The Conciliation Process", *Industrial and Labor Relations Review*, 1(3), 1948, 337-350.

Cheney, Belinda, "Commercial Disputes: The Mini-Trial Option", *Victoria University of Wellington Law Review*, 19 (2), 1989, 153-182.

Chow, Norman Zakiyy J. T./Hassan, Kamal Halili, "Integrating Early Neutral Evaluation into Mediation of Complex Civil Cases in Malaysia", *Journal of Politics and Law*, 7 4, 2014, 138-146.

Cobb, Sara/Rifkin, Janet, "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation", *Law and Social Inquiry*, 16 1, 1991, 35-62.

Condlin, Robert J., "The Curious Case of Transformative Dispute Resolution: An Unfortunate Marriage of Intransigence, Exclusivity, And Hype", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 14 (3), 2013, 621-681.

Çelikoğlu, Cengiz Topel, "6325 Sayılı HUAK'a Göre Arbuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi", *Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan*, Cilt: 1, 2014, 669-723.

De Jong, Madelene, "A Pragmatic Look at Mediation as An Alternative to Divorce Litigation", *TSAR*, (3), 2010, 515-531.

Della-Noce, Dorothy, "From Practice to Theory to Practice: A Brief Retrospective on the Transformative Mediation Model", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 19 (3), 2004, 925-936.

Della-Noce, Dorothy/Antes, James R./Baruch Bush, Robert A./Saul, Judith A., "Signposts and Crossroads: A Model for Live Action Mediator Assessment", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 23 (2), 2008, 197-230.

Della-Noce, Dorothy/Baruch Bush, Robert A./Folger, Joseph P., "Clarifying the Theoretical Underpinning of Mediation: Implications for Practice and Policy", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3 (39), 2002, 39-65.

Deren-Yıldırım, Nevhis, "Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği", *İÜHFM*, 54 (1-4), 1994, 321-330. (Hakem-Bilirkişi)

Deren-Yıldırım, Nevhis, "Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler", *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 81-98. (Arabuluculuk)

Deutsch, Dennis S., "Litigate and Arbitrate: A Hybrid Method of Alternative Dispute Resolution", *Computer/Law Journal*, 10 (4), 1990, 517-550.

Direnisa, Efe, "Almanya'da Arabuluculuk Kanun Taslağı Çalışmaları Üzerine", *MİHDER*, 7(18), 2011, 179-193.

Dooling, John, "Alternative Dispute Resolution and The Private Judge", *Res IPSA Loquitur*, 1 (2), 1990, 47-56.

Douglas, Susan, "Neutrality in Mediation: A Study of Mediator Perceptions", *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, 8 (1), 2008, 139-157. (Neutrality)

Douglas, Susan, "Neutrality, Self-Determination, Fairness and Differing Models of Mediation", *James Cook University Law Review*, 19 2012, 19-40. (Self-Determination)

Epstein, Joe, "Effective Mediation For Employment Cases", *Preventive Law Reporter*, 29 2000-2001, 29-32.

Erişir, Evrim, "Arabuluculuk Müessesesinin Anayasa'ya Uygunluğu ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı (Çeviri)", *DEÜHFD*, 11 (Özel Sayı), 2009, 225-236.

Ersen-Perçin, Gizem, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31 (2), 2011, 177-201.

Esher, Jacob A., "Alternative Dispute Resolution in U.S. Bankruptcy Practice", *Southern New England Roundtable Symposium Law Journal*, 4 (1), 2009, 76-89.

Etcheson, Steven C., "Transformative Mediation: A New Current in the Mainstream", *Policy Studies Journal*, 27 (2), 1999, 393-396.

Faris, Ja, "Exploring The Alternatives in 'Alternative Dispute Resolution'", *De Jure*, 27 (2), 1994, 331-340.

Federal Rules of Evidence, U.S. Government Printing Office, Washington 2014.

Finkelman, David/Grisso, Thomas, "Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application", *Criminal and Civil Confinement*, 20 (2), 1994, 243-257.

Fiss, Owen M., "Against Settlement", *The Yale Law Journal*, 93 (6), 1984, 1073-1090.

Fleischer, Janice M., "Directing and Administrating a Mediation Program: The Transformative Approach", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 295-304.

Folger, Joseph P./Baruch Bush, Robert A., "Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 263-278. (Ten Hallmarks)

Folger, Joseph, "Harmony and Transformative Mediation Practice: Sustaining Ideological Differences in Purpose and Practice", *North Dakota Law Review*, 84 2008, 823-860.

Folger, Joseph/Baruch Bush, Robert A., "A Response to Gaynier's 'Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice'", *Conflict Resolution Quarterly*, 23 (1), 2005, 123-127. (Response to Gaynier)

Franz, Patricia L., "Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 13 (3), 1998, 1039-1070.

Freedman, Lawrence R./Prigoff, Michael L., "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, 37-46.

Fuller, Lon L., "Mediation - Its Forms and Functions", *Southern California Law Review*, 44 (2), 1971, 305-339.

Ganong-Pope, Sally, "Inviting Fortuitous Events in Mediation: The Role of Empowerment and Recognition", *Mediation Quarterly*, 13 (4), 1996, 287-294.

Gaynier, Lisa P., "Transformative Mediation: In Search of a Theory of Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, 22 (3), 2005, 397-408.

Genn, Hazel, "What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice", *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24 (1), 2012, 397-418.

Gleeson, Murray, "The Future of Civil Justice - Adjudication or Dispute Resolution?", *Otago Law Review*, 9 (3), 1999, 449-457.

Gold, Lois, "Influencing Unconscious Influences: The Healing Dimension of Mediation", *Mediation Quarterly*, 11 (1), 1993, 55-66.

Goldberg, Vivienne, "Family Mediation is Alive and Well in The United States of America: A Survey of Recent Trends and Developments", *TSAR*, (2), 1996, 358-371.

Goodpaster, Gary, "A Primer on Competitive Bargaining", *Journal of Dispute Resolution*, 1996 (2), 1996, 325-377.

Goss, Joanne, "An Introduction To Alternative Dispute Resolution", *Alberta Law Review*, 34 (1), 1995, 1-33.

Green, Eric D., "A Heretical View of the Mediation Privilege", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2 (1), 1986, 1-36. (Mediation Privilege)

Green, Eric D., "Corporate Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1 (2), 1986, 203-298. (Corporate)

Green, Eric D./Marks, Jonathan B./Olson, Ronald L., "Settling Large Case Litigation: An Alternative Approach", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 11 (3), 1998, 493-512.

Gren, Nataliia M., "The Principles of Mediation", *The Journal of Eastern European Law*, 2016/24, 75-79.

Gréta, Baksa, "Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation", *Jogi Tanulmányok*, 2012, 249-260.

Guthrie, Chris, "Principles of Influence in Negotiation", *Marquette Law Review*, 87 2004, 829-837.

Hansen, Toran, "The Narrative Approach to Mediation", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 4 (2), 2004, 297-308.

Harper, Christopher, "Mediator as Peacemaker: The Case for Activist Transformative - Narrative Mediation", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2006, 595-611.

Hensler, Deborah R., "Science in The Court: Is There A Role For Alternative Dispute Resolution?", *Law and Contemporary Problems*, 54 (3), 1991, 171-194.

Hodges, Ann C., "Mediation and The Transformation of American Labor Unions", *Missouri Law Review*, 69 2004, 365-439.

Holbrook, James R., "Using Performative, Distributive, Integrative, And Transformative Principles in Negotiation", *Loyola Law Review*, 56 (2), 2010, 359-374.

Holmez-Norton, Eleanor, "Bargaining and The Ethic of Process", *New York University Law Review*, 64 (3), 1989, 493-577.

Huber, Stephen K., "Transformative Mediation in The Workplace", *Alternative Dispute Resolution in Employment*, 1 1999, 37-42.

Imperati, Samuel J., "Mediator Practice Models: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation", *Willamette Law Review*, 3 (3), 1997, 703-746.

Irving, Howard H./Benjamin, Michael, "Therapeutic Family Mediation: Fitting the Service to the International Diversity of Client Couples", *Mediation Quarterly*, 7 (2), 1989, 115-131.

İsfen, Osman, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun (Avusturya)", *MİHBİR*, 2(5), 2006, 1325-1334, 1325.

Jarrett, Brian, "The Future of Mediation: A Sociological Perspective", *Journal of Dispute Resolution*, 2009, 49-75.

Kaplan, Yavuz, "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 28 (1-2), 2008, 115-146.

Karacabey, Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", *TBB Dergisi*, Sayı: 123 2016, 451-488.

Karafakih, İsmail Hakkı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara 1953.

Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul 2012.

Katz-Jameson, Jessica/Bodtker, Andrea M./Porch, Dennis M./Jordan, William J., "Exploring the Role of Emotion in Conflict Transformation", *Conflict Resolution Quarterly*, 27 (2), 2009, 167-192.

Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2016.

Kıyak, Emre, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", *TAAD*, 6 (21), 2015, 523-548. (Anlaşma Belgesi)

Kıyak, Emre, "Hukuk Yargılamasında Genel Mahkemeler Arasındaki Görev Ayrımının Sorgulanması ve Bir Kanun Taslağı", *MİHDER*, 10 (28), 2014, 59-85. (Görev Ayrımı)

Kıyak, Emre, *Türk Hukuk Muhakemesinde Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları*, Seçkin, Ankara 2014. (Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar)

Kirtley, Alan, "The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest", *Journal of Dispute Resolution*, (1), 1995, 1-54.

Konuralp, Halûk, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Tıpkıbasım, Yetkin, Ankara 2009.

Kupfer-Schneider, Andrea, "Teaching a New Negotiation Skills Paradigm", *Journal of Law & Policy*, 39 2012, 13-37.

Kuru, Baki, *Medenî Usul Hukuku*, Legal, Ankara 2015.

Lagman, Jarvis, "The Advantages of ADR Over Litigation with Regards to Alimony", *The Journal of Contemporary Legal Issues*, 20 2011-2012, 179-182.

Lambros, Thomas D., "The Summary Jury Trial - An Alternative Method of Resolving Disputes", *Judicature*, 69 (5), 1986, 286-290.

Larsen, Rikk/Thorpe, Crystal, "Elder Mediation: Optimizing Major Family Transitions", *Marquette Elder's Advisor*, 7 2006, 293-312.

Lawton, Hanson, "Negotiation From Strength: Advantage Derived From The Process and Strategy of Preparing For Competitive Negotiation", *Pepperdine Law Review*, 14 1987, 839-861.

Levin, Murray S., "Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 16 (2), 2001, 267-296.

Li, Jeffrey C. Y., "Strategic Negotiation in the Greater Chinese Economic Area: A New American Perspective", *Albany Law Review*, 59 (3), 1996, 1035-1081.

Love, Lela P., "The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate", *Florida State University Law Review*, 24 (4), 1997, 937-948.

Lowenthal, Gary T., "A General Theory of Negotiation Process, Strategy, and Behavior", *Kansas Law Review*, 31 (1), 1982, 69-114.

Macturk, Christopher H., "Confidentiality in Mediation: The Protection Has Exceptions", *American Journal of Trial Advocacy*, 19 (2), 1995, 411-434.

Martin, Marc, "How Transformative Is Volunteer Mediation? A Qualitative Study of the Claims of Volunteer Mediators in a Community Justice Program", *Mediation Quarterly*, 18 (1), 2000, 33-53.

Max, Rodney A., "Multiparty Mediation", *American Journal of Trial Advocacy*, 23 1999, 269-290.

McAdoo, Barbara, "Transformative Mediation and Its Role in Changing Corporate Culture", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 1 (1), 1999, 12-15.

McDavid, Janet L., "Using Alternative Dispute Resolution in Antitrust Cases", *ANTITRUST*, 1990, 25-27.

McMullen, Andrew, "Mediation and Medical Malpractice Disputes: Potential Obstacles in the Traditional Lawyer's Perspective", *Journal of Dispute Resolution*, 1990/2, 371-386.

Milner, Neal, "Mediation and Political Theory: A Critique of Bush and Folger", *Law and Social Inquiry*, 21 (3), 1996, 737-759.

Mowatt, J.G., "Alternative Dispute Resolution: Some Points to Ponder", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 25 (1), 1992, 44-58.

Muşul, Timuçin, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2012.

Nabatchi, Tina/Blomgren-Bingham, Lisa, "Transformative Mediation in the USPS REDRESSTM Program: Observations of ADR Specialists", *Hofstra Labor & Employment Law Journal*, 18 2001, 399-427.

Nabatchi, Tina/Blomgren-Bingham, Lisa/Moon, Yuseok, "Evaluating Transformative Practice in the U.S. Postal Service REDRESS Program", *Conflict Resolution Quarterly*, 27 (3), 2010, 257-288.

Nelle, Andreas, "Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 7 (2), 1992, 287-313.

Nolan-Haley, Jacqueline, "Mediation: The 'New Arbitration'", *Harvard Negotiation Law Review*, 17 2012, 61-96.

Note, "Practice and Potential of The Advisory Jury", *Harvard Law Review*, 100 (6), 1987, 1363-1381.

O'Connor, Dennis M., "Soviet Procedures in Civil Decisions: A Changing Balance Between Public and Civic Systems of Public Order", *University of Illinois Law Forum*, 1964, 51-102.

Özbay, İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *EÜHFD*, 10 (3-4), 2006, 459-475. (AUÇY)

Özbay, İbrahim, "Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği", *AÜEHFD*, 8 (3-4), 2004, 387-418. (Uzlaştırma)

Özbek, Mustafa Serdar, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", *GSÜHFD*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Cilt I, 1/2004, 261-292. (AUÇY)

Özbek, Mustafa Serdar, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/3, 113-139. (Avukatlık Kanunu)

Özbek, Mustafa Serdar, "Dünya Çapında Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *AÜHFD*, 51 (2), 2002, 121-161. (Adalete Ulaşma)

Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1)*, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2016. (Kitap)

Özmunucu, Seda, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Uyuşmazlık Çözümünde Dönüştürücü Arabuluculuk Modeli", *İÜHFİM*, 73 (2), 2015, 325-356. (Dönüştürücü Arabuluculuk)

Özmunucu, Seda, "Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", *İÜHFİM*, 72 (1), 2013, 1369-1390. (Arabulucunun Rolü)

Özmunucu, Seda, "Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", *İÜHFİM*, 70 (2), 2012, 183-205. (Davanın Açılmamış Sayılması)

Özmunucu, Seda, "Usuli Adalet (Procedural Justice) ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (Alternative Dispute Resolution) Üzerine Bir Değerlendirme", *Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan*, Cilt: 2, 2015, 1275-1299. (Usuli Adalet)

Öztek, Selçuk, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler", *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 15-34.

Paquin, Gary/Harvey, Linda, "Therapeutic Jurisprudence, Transformative Mediation and Narrative Mediation: A Natural Connection", *Florida Coastal Law Journal*, 3, 2002, 167-188.

Parker, Douglas M./Radoff, Phillip L., "Mini-Hearing: An Alternative to Protracted Litigation of Factually Complex Disputes", *Business Lawyer (ABA)*, 38 (1), 1982, 35-44.

Pauli, Carol, "Transforming News: How Mediation Principles Can Depolarize Public Talk", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 15 (1), 2015, 85-132.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2013.

Peugh, Talibah, "Alternative Dispute Resolution: A Study of The History and Function of ADR Techniques as Mechanisms For International Peacekeeping", *Thurgood Marshall Law Review*, 25 2000, 139-169.

Phillips, Barbara Ashley, *The Mediation Field Guide: Transcending Litigation and Resolving Conflict in Your Business or Organization*, , Jossey-Bass, San Francisco 2001.

Pitts, William, "ADR in the Oil and Gas Context", *Annual Institute on Mineral Law*, 46 1999, 157-171.

Posner, Richard A., "The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautious Observations", *University of Chicago Law Review*, 53 (2), 1986, 366-393.

Programme, United Nations Development, *Access to Justice (Practice Note)*, United Nations, 9.3.2004.

Rayner, W. B., "Arbitration: Private Dispute Resolution as an Alternative to the Court", *University of Western Ontario Law Review*, 22 (1), 1984, 33-74.

Resnik, Judith, "Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 10 (2), 1995, 211-265.

Reuben, Richard C., "Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice", *UCLA Law Review*, 47 (4), 2000, 949-1104.

New York Law School Journal of Human Rights, "Bibliography of Therapeutic Jurisprudence", *New York Law School Journal of Human Rights*, 10 (3), 1993, 915-926.

Riskin, Leonard L., "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review*, 79 (1), 2003, 1-54. (Decisionmaking in Mediation)

Riskin, Leonard L., "Mediator Orientations, Strategies and Techniques", *Alternatives to the High Cost of Litigation*, 12 (9), 1994, 111-114. (Mediator Orientations)

Riskin, Leonard L., "The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing", *University of Florida Law Review*, 37 (1), 1985, 19-28. (Special Place of Mediation)

Riskin, Leonard L., "Toward New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation", *Arizona Law Review*, 26 (2), 1984, 329-362. (Toward New Standards)

Riskin, Leonard L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, 1 (Spring), 1996, 7-51. (A Grid for the Perplexed)

Ruiz, David A., "Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 15 (3), 2000, 851-882.

Sander, Frank E. A., "Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview", *University of Florida Law Review*, 37 (1), 1985, 1-18. (Alternative Methods)

Sander, Frank E. A., "Multi-Door Courthouse", *Barrister*, 3 (3), 1976, 18-42. (Courthouse)

Sander, Frank E. A., "Varieties of Dispute Processing", *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)*, Edited by A. Leo Levin and Russel R. Wheeler West Publishing, Minnesota 1979, 65-87. (Processing)

Shields, Richard W., "On Becoming a Collaborative Professional: From Paradigm Shifting to Transformative Learning Through Critical Reflection and Dialogue", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2008, 427-463.

Siedel, George J., "The Role of Business Deal Making and Dispute Resolution in Contributing to Sustainable Peace", *American Business Law Journal*, 44 (2), 2007, 379-389.

Silbey, Susan S./Merry, Sally E., "Mediator Settlement Strategies", *Law & Policy*, 8 (1), 1986, 7-32.

Silver, Carole, "Models of Quality for Third Parties in Alternative Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 12 (1), 1996, 37-93.

Stempel, Jeffrey W., "Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role", *Florida State University Law Review*, 24 (4), 1997, 949-984.

Stempel, Jeffrey W., "Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2000, 371-394. (Twenty-First Century Mediation)

Stempel, Jeffrey W., "The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology", *Journal of Dispute Resolution*, 2000 (2), 2000, 247-293. (Liberating ADR from Ideology)

Stipanowich, Thomas J./Lamare, J. Ryan, "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1,000 Corporations", *Fortune 1,000 Survey TJS Revised Feb 19 2012* (18.8.2017), <http://www.courts.state.md.us/macro/pdfs/reports/cornellstudy2013.pdf> 18.8.2017.

Swaine, Aisling, "Law and Negotiation: A Rol for a Transformative Approach?", *Global Policy*, 7 (2), 2016, 282-287.

Şahin-Ceylan, Şule, *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, , On İki Levha, İstanbul 2009.

Şen, Yusuf, "İslam Hukukunda Arabuluculuk", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11 (22), 2012, 105-135.

Tah-Dehmen, Mine, "Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25 (1-2; Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan), 2005-2006, 451-471.

Tanrıver, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB Dergisi*, Sayı 64 2006, 151-177.

Tekin, Ceren, "Medeni ve Ticari Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi", *MİHDER*, 2(5), 2006, 1343-1348, 1346.

Tennille, Benjamin F./Applebaum, Lee/Tucker-Nees, Anne, "Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 11 2010, 35-124.

Turner-Hudson, Donna/Antes, James R., "Transformative Mediation at Work: A Case Study From the REDRESSTM Program", *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, 3 (2), 2001, 41-47.

Twaite, James A./Keiser, Susan/Luckhow, Anya K., "Divorce Mediation: Promises, Criticisms, Achievements, and Current Challenges", *The Journal of Psychiatry & Law*, 26 1998, 353-381.

Twomey, Majella, "The Mediation and Conciliation Bill 2010 – Proposed Changes to Alternative Dispute Resolution", *Irish Business Law Quarterly*, 4 (2), 2011, 22-26.

Ulukapı, Ömer, "Medeni Usul Hukukunda Davada Bir Tarafın Duruşmaya Gelmemesi", *SÜHFD*, 1 (1), 1988, 171-188. (Tarafın Duruşmaya Gelmemesi)

Ulukapı, Ömer, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza, Konya 2015. (Kitap)

Ulukapı, Ömer/Kıyak, Emre, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", *Prof. Dr. Ramazan ASLAN'a Armağan*, Cilt: 2, AÜHFY, Ankara 2015, 1645- 1698.

Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku: Cilt I-II*, 7. Baskı, İstanbul 2000.

Waddell, Glenn G./Keegan, Judith M., "Christian Conciliation: An Alternative to 'Ordinary' ADR", *Cumberland Law Review*, 29 (3), 1999, 583-613.

Waldman, Ellen A., "The Evaluative - Facilitative Debate in Mediation: Applying The Lens of Therapeutic Jurisprudence", *Marquette Law Review*, 82 (1), 1998, 155-170.

Weiss, Steven A., "ADR: A Litigator's Perspective (Viewing the pluses and minuses)", *Business Law Today*, 8 1999, 30-34.

Wells, Robert E., "Alternative Dispute Resolution-What Is It? Where Is It Now?", *Southern Illinois University Law Journal*, 28 (4), 2004, 651-682.

Wexler, David, "Therapeutic Jurisprudence: An Overview", *Thomas M. Cooley Law Review*, 17 (1), 2000, 125-134.

Williams, Gerald R., "Negotiation as a Healing Process", *Journal of Dispute Resolution*, 1996 (1), 1996, 1-66.

Williams, Michael, "Can't I Get No Satisfaction? Thoughts on The Promise of Mediation ", *Mediation Quarterly*, 15 (2), 1997, 143-154.

Woodman, Gordon R., "The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution", *Les Cahiers de Droit*, 32 (1), 1991, 3-31.

Woolf, Harry, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Second Impression, The Stationery Office, London 1996.

Yagoda, Louis, "Booby Traps in Contract Making", *Labor Law Journal*, 8 (9), 1957, 604- 608.

Yazıcı-Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, Oniki Levha, İstanbul 2013.

Yeşilirmak, Ali, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik", *DEÜHFD*, 11 (Özel Sayı), 2009, 693-738.

Yıldırım, M. Kamil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu ve Genç Avukatlar Birliği Arabuluculuk Yasa Tasarısı (8.12.2007)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, 35-80. (Tasarı)

Yıldırım, M. Kamil, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında", *Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan*, Alkım, İstanbul 2007, 337-360. (AUÇY)

Yıldız, Esra, "Should Mediators in Workplace Disputes Be Lawyers?", *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/1, 171-184.

Yılmaz, Ejder, "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, TBBY Ankara 2004, 843-856. (Uzlaşma)

Yılmaz, Ejder, "Usul Ekonomisi", *AÜHFD*, 57 (1), 2008, 243-274. (Usul Ekonomisi)

Zapzalka, Nicole M., *The Psychological Impact of Civil Litigation: A Comparison of Perceived Anxiety Levels in Civil Litigation as Viewed by Trial and Alternative Dispute Resolution Litigants*, Cappella University, (A Dissertation Presented in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy) January 2007.

Zion, James W., "Navajo Therapeutic Jurisprudence", *Touro Law Review*, 18 2002, 563- 640.

Zumeta, Zena, "A Facilitative Mediator Responds", *Journal of Dispute Resolution*, (2), 2000, 335-341.