

OTURUM BAŞKANI Prof. Dr. KEMAL DAYINLARLI - Şimdi sayın Arkan'a, değerli meslektaşımıza Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi'nin Başkanı hasebiyle verdiği değerli bilgilerden dolayı teşekkür ederiz.

Bütün konuşmacılar bittikten sonra soru-cevap almamız söz konusu. O bakımdan ikinci konuşmacımız sayın Yrd. Doç. Dr. Mustafa Özbek beyefendiye söz verelim, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki lisans eğitiminin ardından gene aynı üniversitede özel hukuk bölümünde yüksekisans ve doktora yapmıştır. Aşağıdaki dersleri vermektedir: Medeni usul hukuku, icra ve iflas hukuku, alternatif uyuşmazlık -ki bizim konumuz- adalete erişim diye dersler vermektedir.

Sayın Özbek'e konuşmasını yapmak üzere söz veriyorum.

**Yrd. Doç. Dr. MUSTAFA ÖZBEK (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN EKONOMİK DEĞERLENDİRMESİ
VE KARAR AĞACI ANALİZİ**

Yrd.Doç.Dr. Mustafa ÖZBEK¹⁷

İNCELEME PLÂNI

Giriş

§ 1. Karar Analizinin Esasları

- A) Karar Analizinin Tanımı
- B) Karar Ağacının Yapısı
- C) Farklı Karar Ağacı Türleri
- D) Karar Ağacının Hazırlanma Sebepleri

§ 2. Karar Analizinin Etkileri ve Belirsizliklerin Açıklığa Kavuşturulması

- A) Karar Analizi Yöntemiyle Dava Açma ve Uzlaşma Seçeneği Arasında Karar Verilmesi
- B) Müvekkilin Beklentilerine Yön Verilmesi
- C) Taraflar Arasındaki İşbirliğinin Güçlendirilmesi
- D) Uzlaşma Müzakerelerinin Meşru Kılınması
- E) Karar Ağacının Yargılamanın Yol Haritası Olması
- F) Karar Ağacında Dava Yolunun Alternatifleriyle Karşılaştırılması
- G) Karar Analizine Başvurulmasının Sonuçları

§ 3. Karar Analizi Bünyesinde Yapılan Rakamlara Dayalı Değerlendirme ve Tahminlerin Etkisi

- A) Beklenen Parasal Değerin Belirlenmesi
- B) Rakamlara Dayalı Değerlendirmenin Tarafların Uzlaşması Üzerindeki Olumlu Etkisi
- C) Davanın Psikolojik ve Parayla Ölçülemeyen Maliyetinin Hesaplanması
- D) Arabulucunun Gerektiğinde Uyuşmazlığın Esası Hakkında Değerlendirme Yapması

§ 4. Uzlaşma Müzakerelerinde Karşılaşılan Engeller ve Karar Ağacı Yöntemi

¹⁷ * Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (mozbek@baskent.edu.tr).

A) Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculukta Karar Ağacı Yönteminden Yararlanılması

B) Uzlaşma Müzakerelerinde Karşılaşılan Engeller

1) Tarafların Davanın Sonucu Hakkındaki Tahminlerinin Farklı Olması

2) Taraflardan Birinin Uyuşmazlık Konusu Hakkında Diğer Tarafın Bilmediği Bilgilere Sahip Olması

3) Duygusal Konular

4) Taleplerin Dayanağı Olan Maddî Olayların Farklı Değerlendirilmesi

5) Müzakerecilerin Temsilci Olması Halinde Temsilden Kaynaklanan Sorunlar

6) Taraflar Arasında İletişim Eksikliği Olması

7) Uzlaşma Teklifine Tepkisel Olarak Karşı Koyulması

8) Taraflar Arasında Bağlantılı Başka Uyuşmazlıklar Olması

9) Tarafların Risk Almaya İstekli Olması

10) Samimi Olmayan ve Stratejik Davranışlar

11) Tarafların İlke Kararları Alması

C) Arabulucuların Uzlaşma Müzakerelerinde Karşılaşılan Engelleri Aşmada Karar Ağacı Yöntemini Kullanması

§ 5. Karar Analizi Yöntemine Başvurulmasını Engelleyen Unsurlar ve Yöntemin Sınırları

A) Arabuluculukta Karar Analizi Yönteminin Kullanılmasının Önündeki Engeller

1) Matematik İşlemlerine Yabancı Olma

2) Bilgisayara Yabancı Olma

3) Kontrolü Kaybetme Korkusu

4) Davayı Kazanma Şansı Konusundaki Düşüncelerin Arabulucuyla Paylaşılmak İstenmemesi

5) Tarafların Karar Analizi Sürecinde Yapıcı Davranmaması

6) Tarafların Karar Analizinden Çıkacak Sonuca Göre Müzakerelerde Isırcı Olması

B) Karar Analizi Yönteminin Bünyesinde Bulunan Eksiklikler

Sonuç

Bibliyografya

GİRİŞ

Medenî yargılama hukukunda dava ve uyuşmazlık çözüm sürecinin ekonomik değerlendirmesi, üzerinde giderek daha çok çalışılan konular arasına girmiştir. Uyuşmazlık çözüm sürecinin ekonomik olması, doğrudan bu sürecin etkinliğini belirlemekte; kişiler, etkin ve verimli uyuşmazlık çözüm yollarını daha fazla tercih etmektedirler. Artık

uyuşmazlık çözüm sürecinin ekonomik değerlendirmesi, sadece yargılamanın hızlı, basit ve ucuz görülmesini ifade eden “usûl ekonomisi”¹⁸ ilkesinden ibaret olmayıp, buna ilaveten yargılamanın etkinliği, uyuşmazlık çözüm sürecinin ekonomikliği ve tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına erişimini de kapsamaktadır¹⁹. Bunun sonucunda alternatif uyuşmazlık çözümü (*Alternative Dispute Resolution, ADR*), günümüzde giderek yayılmış ve geniş bir uygulama kazanmıştır²⁰. ADR yollarının gösterdiği hızlı gelişimin temel sebebi, dava yolunun çoğu zaman aşırı mücadeleci, masraflı ve uzun bir süreç olması yüzünden, tarafların beklentilerine cevap verememesidir²¹. Gerçekten, dava yoluyla ADR yolları ekonomiklik açısından karşılaştırıldığında, gerek mahkeme dışı gerek mahkeme kökenli ADR yollarının dava yoluna nazaran çok daha ekonomik olduğu göze çarpmaktadır²². Uygulama ve literatürde ADR, ekonomik yönden yargının etkinlik ve verimliliğinin artırılması için alınabilecek tedbirler arasında mütalâa edilmektedir²³.

Hukuk yargılama usûlünde, yargılama harç ve giderlerine ilişkin hükümler incelendiğinde, Kanun koyucunun yaptığı düzenlemelerle, davaların uzlaşmayla mümkün

- 18 **KURU**, Baki/**ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007, s. 362-363; **KURU**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. II, İstanbul 2001, s. 1934. **ALANGOYA**, H. Yavuz/**YILDIRIM**, M. Kâmil/**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 202; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007, s. 266; **ÜSTÜNDAĞ**, Saim Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 254.
- 19 **GOTTWALD**, Peter: Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz (Çev. Sema Taşpınar) (AÜHFD 2002/1, s. 1-17), s. 4.
- 20 Alternatif uyuşmazlık çözümü Türk hukukunda da belirgin bir gelişim kaydetmektedir. Bu konuda yapılan kanun çalışmaları yanında literatürdeki yayınların sayısındaki artış, konuya duyulan ilginin somut göstergesidir. Yerli literatürde, hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözümüyle ilgili yayınlara örnek olarak bkz. **BİÇKİN**, İnci: Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (HPD 2006/7, s. 34-39); **ILDIR**, Gülğün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003; **ÖZBEK**, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2 s. 121-162); **ÖZBEK**, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004; **ÖZBEK**, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış (GSÜHFD, Prof.Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, 2004/1, s. 261-292); **ÖZBEK**, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi (TNBHD 2006/132, s. 43-58); **ÖZBEK**, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBBD 2007/68, s. 265-320); **ÖZBEK**, Mustafa: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231); **ÖZEKES**, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi (HPD 2006/7, s. 40-45); **PEKCANITEZ**, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri (HPD 2005/5, s. 12-16); **PEKCANITEZ /ATALAY/ÖZEKES** s. 717-726; **TANRIVER**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177); **TANRIVER**, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış (Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842); **TÜRKİYE SİGORTA VE REASÜRANS ŞİRKETLERİ**: Sigorta Konusunda Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Alternatif Yöntemlerle Çözümü (ADR) (Haz. Suna Oksay/Tolga Ceylantepe), İstanbul 2006; **YILDIRIM**, M. Kâmil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360); **YILMAZ**, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu m. 35/A) (75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 843-856).
- 21 **YILMAZ**, Ejder: Medenî Hukuk ve Usul Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adaletle (Yeni Türkiye, 1996/10, s. 470-493), s. 472; **YILMAZ**, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İhtiyaç ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76), s. 65; **PEKCANITEZ**, Hakan: Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz. B.D. 1995/2, s. 103-113), s. 103; **ZUCKERMAN**, Adrian A.S.: Reforming civil justice systems: trends in industrial countries, The World Bank Notes 2000/46, s. 2; **ÖZBEK**, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 215. Yargı sisteminin etkinliğini artırılması için alınması gereken tedbirler konusunda bilgi için ayrıca bkz. **KURU**, Baki: Hukuk Davalarının Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler (İBD 1984/4-6, s. 166-185); **ÜSTÜNDAĞ**, Saim: Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Önerileri (İBD 1974/5-8, s.270-289); **KONURALP**, Halûk: 20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış (Yeni Türkiye 1996/10, s. 537-542).
- 22 **WILKINSON**, John H.: Advantages and Obstacles to ADR (Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 11-29), s. 12 vd.; **COSTELLO**, Edward J.: To mediate or not to mediate... (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, Vol. 7, s. 25-30), s. 28; **ILDIR**, s. 26 vd.; **ÖZBEK** s. 155 vd.
- 23 **EUROPEAN COMMITTEE ON LEGAL CO-OPERATION**: 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice, London 2000, s. 22; **ÖZBEK**-Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler s. 233.

olduğu kadar erken bir aşamada bitirilmesini teşvik ettiği²⁴; “uzlaşmayı, dava yoluyla ulaşılan çözüme tercih ettiği” görülmektedir. Bunun temel sebebi, yargılama harç ve giderlerindeki değişkenliğin, tarafların bir davayı sonuna kadar takip edip etmeyecekleri konusunda verecekleri kararı doğrudan etkilemesidir²⁵. Gerçekten yargılama harç ve giderleri, davanın erkenden ve tercihen taraflar arasında yapılacak bir uzlaşmayla bitirilmesi için çoğu zaman güçlü bir etkidir²⁶. Bu sebeple uygulamada, ihtilaflı tarafları mantıklı düşünmeye yönlendirerek, dava yolu ile ADR yolları arasında²⁷ tercih yapmalarını sağlayacak yöntemler geliştirilmiştir²⁸.

Uyuşmazlığa düşen kişiler, uyuşmazlık çözüm sürecinde genellikle çeşitli kararlar vermek zorunda kalırlar. Bu kararlardan belki de en önemlisi, uyuşmazlığı uzlaşmayla çözüp çözmeyecekleridir. Taraflar, uzlaşmak amacıyla, ister doğrudan ister bir arabulucunun yardımıyla müzakere etsinler, önlerindeki seçenekleri anladıkları takdirde, kendi menfaatlerine en uygun kararı verebilirler. Bu seçenekler, dava yolunun olası etki ve sonuçlarıyla, önerilen bir uzlaşmanın tahmini etkilerini kapsar. Karar analizi veya risk analizi bu bakımdan, önlerindeki alternatifleri değerlendirmek isteyen kişilere önemli bir fırsat sunar.

Arabulucular, uyuşmazlığa düşmüş kişiler arasındaki doğrudan müzakerelerde, uzlaşmanın önündeki engelleri aşabilmek için sürekli yeni yöntemlerin arayışı içindedirler²⁹. Bu arayış içinde, kullanışlı olması ve müzakerelerdeki tikanlıkları aşmada kolaylıklar sağlaması sebebiyle en çok tercih edilen yöntem “karar analizi”dir. Doğru karar verme konusunda sistematik bir düşünce tarzından ibaret olan karar analizi, arabulucular için vazgeçilmez yöntemler arasındadır. Sorunlara en uygun çözümün ne olduğunun önceden anlaşılmasını sağlayan bu yöntem, basiretli hareket tarzının da bir gereğidir.

Tarafların yapacakları nicelik tahlili, hiç kuşkusuz, en mantıklı kararı vermek için esas alınacak tek ölçüt değildir. Talebine karşı sunulan teklifi malî yönden değerlendiren taraf, önerilen para miktarı avantajlı olsa da, bu miktarı, manevî tatmin düzeyinin altında kaldığı

24 Örneğin, davalı durumu ile kendisine karşı dava açılmasına neden olmamış ve ilk duruşmada davacının iddiasını kabul etmişse, yargılama giderlerine mahkûm edilemez (HUMK m. 94, II). Davadan feragat, kabul veya sulh muhakemenin ilk celsesinde vuku bulursa, karar ve ilâm harcının üçte biri; daha sonra olursa üçte ikisi alınır (Harçlar Kanunu m. 22). Anlaşmazlık, davanın konusuz kalması, feragat, sulh ve kabul nedenleriyle, delillerin toplanmasına ilişkin ara kararının gereğinin yerine getirilmesinden önce giderilirse, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleriyle belirlenen ücretlerin yarısına; karar gereğinin yerine getirilmesinden sonra giderilirse tamamına hükümlenir (Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 7).

25 GOTTWALD s. 12-13.

26 COMMITTEE OF EXPERTS ON EFFICIENCY OF JUSTICE: Report on “What place is there for civil mediation in Europe”, Strasbourg 2001, s. 27; ÖZBEK, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502), s. 471; GOTTWALD s. 12.

27 Bu konuda, bağlayıcı ADR yolları (tahkim) ile bağlayıcı olmayan ADR yolları (müzakere, arabuluculuk, ön tarafsız değerlendirme, kısa yargılama gibi) arasında da bir ayırım yapılmakta, tahkim taşıdığı zaafar sebebiyle eleştirilmekte ve başta arabuluculuk olmak üzere, bağlayıcı olmayan ADR yolları tahkimden daha ekonomik görülmektedir (ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002, s. 371; COMMITTEE OF EXPERTS ON EFFICIENCY OF JUSTICE s. 34; ÖZBEK-Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 481; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 34).

28 VICTOR, Marc. B.: Litigation Risk Analysis and ADR (Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 307-332), s. 308.

29 ÖZBEK s. 265 vd.

için veya hukuka aykırı fiili mutlaka mahkeme hükmüyle tespit ettirmek düşüncesiyle reddedebilir. Bununla birlikte, önündeki alternatifleri dikkatle tahlil eden, uzlaşma seçeneklerini, dava yolunun olası sonuçlarını ve içinde barındırdığı riskleri ayrıntılı olarak değerlendiren taraflar ve avukatlar, bu tahlilden büyük yararlar elde edebilirler. Uyuşmazlık çözümünün ekonomik değerlendirmesi çerçevesinde dava risk analizi, taraflara ve avukatlara doğru karar vermede yardımcı olmaktadır³⁰.

§ 1. KARAR ANALİZİNİN ESASLARI

A) Karar Analizinin Tanımı

Karar analizi (karar ağacı analizi), karmaşık bir kararın şema halinde gösterilmesidir. Karar analizi, öngörülemeyen, birçok yönden belirsizlikler taşıyan ve karmaşık sorunlar içeren dava atmosferinde, verilecek kararların nicelik yönünden değerlendirilmesini sağlar. Hukuk uyuşmazlıklarında karar analizi, tarafların, dava yolunun alternatiflerini belirlemeleri; başka bir ifadeyle, uzlaşma seçeneğini ve uzlaşma sağlanamazsa davada ne olacağını değerlendirmeleri için kullanılır³¹.

Dava sürecinin yol açtığı masraf ve gecikmeye katlanmak istemeyen kişiler, dava açmadan önce veya davanın başında, her iki taraf için de adil ve tatminkâr bir uzlaşma yapabilmek amacıyla çaba göstermelidirler. Taraflar, davadaki uyuşmazlık konularını somutlaştırmak, bunlar üzerinde görüşmek, olası bir uzlaşma konusunun miktar veya değerini belirlemek ve yargılama başlamadan önce adil bir paylaşım yapabilmek için karar ağacı analizi yöntemini kullanabilirler.

Karar ağaçları, 1960'lerden beri işletme eğitiminde, çeşitli kararların alınmasında kullanılabilir esnek bir yöntem olarak geliştirilmiştir. Uzun yıllardan beri işletmeciler, ekonomistler, eğitimciler, doktorlar ve mühendislerin, karar verme sürecinde karşılaştıkları karmaşıklıkları sadeleştirmek ve belirsizlikleri gidermek amacıyla kullandıkları bu model, son zamanlarda, karmaşık davalarda karar vermeyi kolaylaştıran bir yöntem olarak hukukçuların da ilgisini çekmeye başlamıştır³². Karar analizi terimi, alınabilecek kararların neler olduğunu ve bunların bünyesinde bulunan belirsizlikleri, ağaç şeklindeki modellerle gösteren karar ağacı analizini ifade eder. Bu anlamda karar analizi, verilebilecek en doğru kararı bulmaya yarayan sistematik düşünce yöntemidir. Hukukçular karar ağacı analizini, karmaşık davalarda karar vermeyi kolaylaştıran bir metodoloji olarak kullanmaktadır³³.

Doktrinde “karar ağacı analizi” (*decision tree analysis*) terimi yerine, “karar analizi”

30 GOLDBERG, Stephen B./SANDER, Frank E.A./ROGERS, Nancy H./COLE, Sarah Rudolph: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003, s. 350; ÖZBEK s. 267.

31 AARON, Marjorie Corman/ HOFFER, David, P.: Decision Analysis as a Method of Evaluating the Trial Alternative (Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators, New York 1997, s. 307-334) (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 351'den naklen).

32 O'REILLY, Michael/MAWDESLEY, Michael: The management of disputes: a risk approach (ADRLJ 1994, Vol. 3, s. 260-268), s. 260.

33 HOFFER, David P.: Decision Analysis as a Mediator's Tool (Harvard Negotiation Law Review 1996, Vol. 1, s. 113-137), s. 134.

(*decision analysis*), “risk analizi” (*risk analysis*) veya “dava risk analizi” (*litigation risk analysis*) gibi terimler de kullanılmaktadır³⁴. Karar ağacı analizi veya karar analizi, risk analizine göre daha kapsamlıdır; zira karar analizinde, yalnız tarafların gelecekte karşılaşma ihtimali olan riskler ve belirsizlikler değil, kendi iradeleriyle alabilecekleri kararlar da değerlendirilir. Karar analizi aynı zamanda, bilgi toplamak ve karşı tarafa sunulabilecek uzlaşma tekliflerini belirlemek için kullanılır. Buna göre bir karar ağacında, verilecek belirli bir kararın sonuçlarını inceleyen “karar düğümü” ile daha sonraki sonuçları etkileyecek “şans düğümleri” bulunur³⁵. Bu düğümler, olasılıklar, riskler ve gerçekleşme ihtimali olan sonuçların yol açacağı giderleri tahlil ettiği için, ağacın “risk analizi” kısmını oluşturur. Arabuluculuğa sunulan tipik bir uyuşmazlıkta karar verilecek temel sorun, belli bir miktar üzerinde uzlaşmayı kabul etmek veya dava açmaktır. “Dava” kararına ilişkin düğümün ardından uç düğüme (yani nihaî rakama) kadar, diğer olasılıklara ilişkin düğüm ve dallar gelir. Böylece, karar verme sorununun temelinde risk analizi yatar³⁶.

B) Karar Ağacının Yapısı

Dava sürecinde verilebilecek kararları şematize eden bir karar ağacı hazırlayabilmek için, karar ağacının yapısını ve terminolojisini bilmek gerekir. Karar ağacı genel olarak, soldan sağa veya yukarıdan aşağıya, karar düğümlerinden türeyen dallarda değişik olasılıkların ve sonuçların gösterilmesi yöntemine göre inşa edilir. Başlangıçta bütün noktalar ağacın kökünde toplanır. Tahmini veriler kullanılır ve doğabilecek sonuçlar, seçilen olasılıklara göre bölümlenir. Olasılık ve sonuçların seçimi, tecrübe, kişisel sezgi veya belli bir istatistik bilgisine dayanır.

Karar ağaçları, soldan sağa, olay ve seçeneklerin zamana göre sıralanması suretiyle düzenlenir. Ağaç üzerinde, kronolojik sırayla tasvir edilen olayların gerçekleşme olasılıkları gösterilir. Karar ağaçları, “karar düğümü” (*decision node*), “şans düğümü” (*chance node*) ve “uç düğümü” (*terminal node*) olmak üzere, üç farklı noktadan (veya yapaktan) oluşur³⁷.

1) *Karar düğümü* (ağaç üzerinde kare ile gösterilir), karar verecek kişinin, iki veya daha fazla seçenekten biri arasında seçim yapmak zorunda olduğu noktayı gösterir.

2) *Şans düğümü* (ağaç üzerinde dairelerle gösterilir), karar verecek kişinin irade ve kontrolüne bağlı olmayan, gerçekleşme ihtimali olan sonuçların çıkış noktasını gösterir. Şans düğümünün ardındaki her dalda, gerçekleşme ihtimalleriyle birlikte karşılaşılabilecek olasılıklar belirtilir.

3) *Uç düğümü* (ağaç üzerinde üçgenlerle gösterilir), sonuç noktasını gösterir. Ağacın nihaî noktası olan uç düğümünden sonra, karar ile ilgili olarak göz önüne alınacak hiçbir

³⁴ Bu çalışmada “karar analizi” ve “karar ağacı analizi” terimleri, aynı anlamda kullanılmıştır.

³⁵ Bkz. aşa. § 1. B.

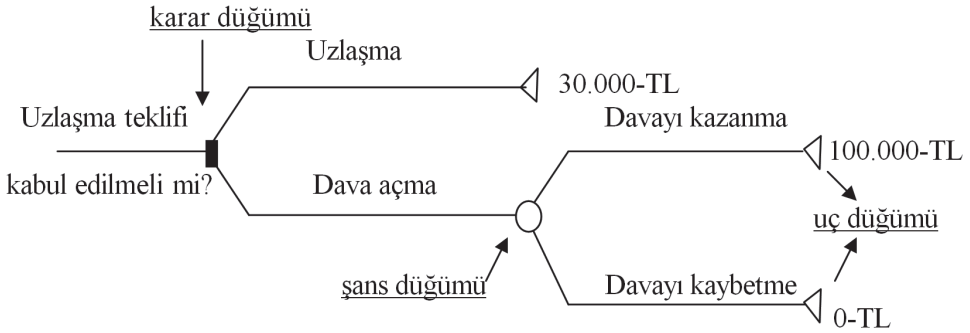
³⁶ AARON, Marjorie Corman: *Finding Settlement with Numbers, Maps, and Trees* (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 202-218), s. 216, dn. 1; VICTOR s. 309.

³⁷ HOFFER s. 134.

olay kalmaz. Ağacın en son noktası olan uç düğümlerinde, o daldaki olasılığın gerçekleşmesi halinde, bunun taraflara maliyetinin miktar veya değeri yazılır.

Örneğin aşağıdaki karar ağacı modeli, maddî tazminat talep eden bir kişinin, dava açarak 100.000-TL tazminat alma şansıya, uzlaşarak 30.000-TL alma seçenekleri arasında karar verme durumunu temsil etmektedir³⁸.

ŞEKİL 1



Talep sahibinin, “dava açma” veya “uzlaşma” şeklinde iki seçeneği vardır. Bu seçenekler, karar düğümünün ardından gelen iki ayrı dal (dava ve uzlaşma dalı) üzerinde gösterilmiştir. Talep sahibi uzlaşırsa, 30.000-TL alır ve uyuşmazlık sona erer. Talep sahibi dava açmayı seçerse, şans düğümünün ardından gelen, davayı kazanma (100.000-TL’lik uç düğümüyle gösterilmiştir) veya davayı kaybetme (0-TL’lik uç düğümüyle gösterilmiştir) şeklinde iki olasılıkla karşı karşıya kalır. Bu örnekte, yargılama harç ve giderleri, davanın kısmen kabulü veya karşılık dava açılması gibi dava sürecinin içinde bulunan diğer belirsizliklere yer verilmemiştir.

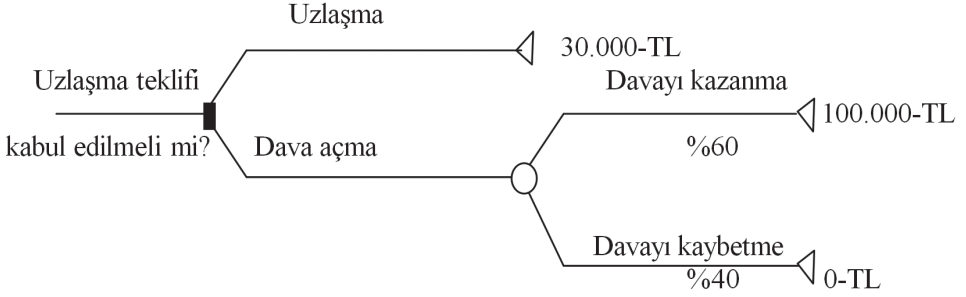
Talep sahibi, doğru bir karar vermek için, davayı kazanma şansını iyi değerlendirmelidir³⁹. Talep sahibinin davayı kazanma şansı yüksekse, 30.000-TL tutarındaki uzlaşma teklifi yetersiz kalır ve diğer tarafın teklifini yükseltmesi gerekir. Aksi halde talep sahibi, uzlaşma teklifini reddederek dava açmayı tercih edecektir. Buna karşılık davayı kazanma şansı düşükse, bu tutardaki teklif talep sahibi için cazip olabilir. Bu konuda daha emin olabilmek amacıyla, ağaç üzerinde şematize edilen belirsizliklerin olasılık oranları tayin edilmelidir.

Varsayalım ki bu örnekte, avukatın tahminine göre davanın kazanılma şansı %60’tır. Bu olasılık, şans düğümünden sonra, “davayı kazanma” adı altında gösterilir. Bu dalın altında da, %40 olasılıkla “davayı kaybetme” dalı yer alır.

³⁸ AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 352’den naklen); HOFFER s. 134.

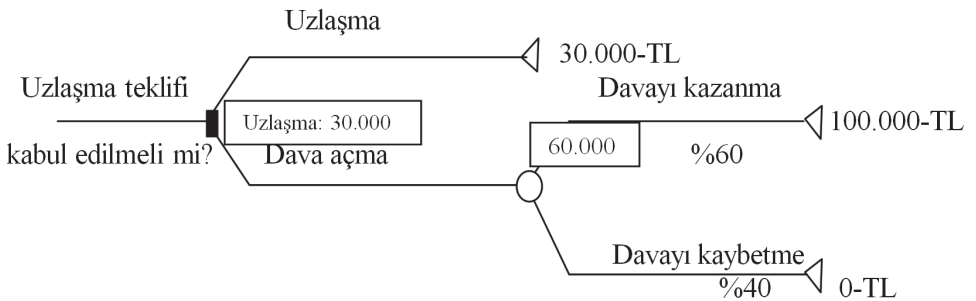
³⁹ Aynı şekilde davalı da, davayı kaybetme şansını iyi tahlil ederek, sonuçta daha fazla bir kayba uğramamak için, uzlaşma teklifinin miktar veya koşullarını doğru belirlemelidir.

ŞEKİL 2



Bu örnekte davayı kazanma şansı daha yüksek olduğu için, risk üstlenerek uzlaşma yerine dava açılması daha tercih edilebilir görünmektedir. Bu değerlendirme, “beklenen parasal değer” (veya beklenen değer) kavramına dayanılarak yapılmıştır. Bir düğümün beklenen parasal değeri, o düğümün sonundaki dalda geçerli olan olasılığa göre, elde edilme ihtimali olan para miktarıdır. Davanın bir çok defa görülmesi halinde elde edilecek ortalama değer, beklenen parasal değeri ifade eder. Buna göre, dava yüz defa görülürse, yaklaşık 60 defası davanın kazanılmasıyla sonuçlanırken, 40 defası kaybedilmesiyle sonuçlanabilir. Bu durumda ele geçecek ortalama miktar (beklenen parasal değer), 60 defa kazanılan davada dava başına 100.000-TL olmak üzere, toplam $(60 \times 100.000 =)$ 6.000.000-TL’dir. Buna karşılık 40 defa kaybedilen davada 0-TL ele geçecektir. O halde her iki değerın toplanarak $(6.000.000 + 0 = 6.000.000)$ 100’e bölünmesi suretiyle bulunan ortalama beklenen parasal değer 60.000-TL’dir⁴⁰.

ŞEKİL 3



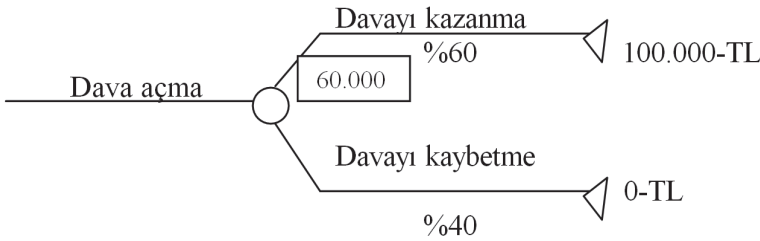
40 Aynı sonuç, davanın kazanılma şansını (0.6) hükmedilecek miktarla; davanın kaybedilme şansını (0.4) hükmedilecek miktarla çarpmak ve iki rakamı toplamak suretiyle de bulunabilir $(100.000 \times 0.6 + 0 \times 0.4 = 60.000)$ (HOFFER s. 135).

Bu örnekte, talep sahibi uzlaşma teklifini kabul etmeyebilir; ancak, talep sahibinin nakit paraya acil ihtiyacı olması veya davayı kaybetme riskini göze almak istememesi gibi diğer etkenler, uzlaşma teklifinin kabul edilmesini sağlayabilir. Bununla beraber, 60.000-TL üzerindeki bir uzlaşma teklifinin kabul edilmesi mantıklı olur. Bunun gibi, davayı kaybetme riskini almamak veya ortalama 2 yıl sürecek bir dava ve temyiz süreci ve buna ilaveten icra işlemleriyle uğraşmamak düşüncesiyle uzlaşma teklifinin kabulü mümkündür. Keza 2 yıl sonra ele geçebilecek bir para yerine, bugün alınacak nakit paranın satın alma gücü dikkate alındığında, 60.000-TL civarında ve hatta biraz daha düşük miktarda bir uzlaşma teklifinin kabul edilmesi akıllıca olacaktır⁴¹.

C) Farklı Karar Ağacı Türleri

Dava dalı, aynı zamanda dava sürecinde meydana gelebilecek çeşitli gelişmeleri temsil eden bir “şans ağacı” içerir. Karar ağacı yanında diğer bir ağaç türü olan “şans ağacı” (*chance tree*), karar ağacından farklıdır. Karar ağacının ilk düğümü (kök düğümü) “karar düğümü” olup, ağaç üzerinde modellenen olaylar, karar verecek kişinin başlangıçta vereceği bu karar düğümünün ardından gelişir. Şans ağacı (olay ağacı), kökü şans düğümü olan, herhangi bir karar verilmesini gerektirmeyen ağaçtır. Bu ağaç, karar verecek kişinin iradesine bağlı olmayan olayları temsil eder ve karşılaşılabilecek ihtimali olan belirsizlikleri rakamlarla gösterir.

ŞEKİL 4



Şans ağaçları, genellikle karar ağaçlarının içinde yer alır. Örneğin yukarıdaki modelde, dava yolunun seçilmesi halinde karşılaşılabilecek olasılıkları gösteren dallar, şans ağacının dalları olup, bu ağacın beklenen parasal değeri 60.000-TL'dir⁴².

Daha karmaşık davalarda, şans düğümünden sonraki dallar daha fazla sayıda olabilir. Bütün karar ağaçlarında, hesaplamalar sağ taraftan başlar. Ağacın en sağ tarafına, üçgen

41 AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 352'den naklen).

42 HOFFER s. 136.

şeklindeki uç düğümle, sürecin sonunda beklenen para miktarı yazılır. Talep konusu olan miktarın tahmini başarı oranıyla çarpılması sonucunda, beklenen parasal değer bulunur. Buna göre, 100.000-TL talep edilen bir davada başarı şansı %60 ise, beklenen parasal değer 60.000-TL'dir.

Karar analizinin sonuçlarının sadece bir bilgi olduğu unutulmamalıdır. Yapılan değerlendirme sonunda mümkün olduğu kadar gerçeğe yakın bir tahmin yapılması isteniyorsa, düşük bile olsa akla gelen tüm olasılıklar ağaç üzerinde gösterilmelidir⁴³.

D) Karar Ağacının Hazırlanma Sebepleri

Hukukî karar ağacının iki temel bölümü (düğümü) vardır. Yargılama hukukunda dönüm noktası olan bu bölümler, karşılaşılma olasılığı olan sonuçlar ile bu sonuçların parasal değeridir. Müvekkilini, müzakere ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına hazırlamaya çalışan bir avukatın, onu bu usulî yol ayrımı (düğüm noktası) hakkında bilgilendirecek bir karar ağacı üzerinde düşünmeye yönlendirmesi, müvekkilin önündeki seçenekleri değerlendirmesini sağlar. Avukat dava açmadan önce, müvekkilinin de etkisiyle, müstakbel dava süreci hakkında tam anlamıyla objektif olamayabilir. Aksi halde, dava hakkında farklı düşünen avukatla, genelde duygusal davranan müvekkil arasına mesafe girebilir. Oysa avukatla müvekkil, karar ağacını birlikte oluşturarak, daha gerçekçi ve metodolojik bir düşünce yapısına sahip olabilirler. Karar ağacı sayesinde oluşan analitik düşünce yapısıyla tartışmalar, hukukî ve maddî olgular üzerinde yoğunlaşır. Böylece, mahkeme kararı belli ölçüde tahmin edilebilir. Oluşan metodolojik düşünce yapısı sayesinde, karşı tarafı haklı görmekten ziyade, karar ağacının aleyhe seçenekleri değerlendirilmiş olur. Bu süreç, davacının neden haksız olduğunu sorgulayan tartışmalardan daha ılımlı geçer. Avukat, müvekkilini aydınlatma yükümü sebebiyle, karar ağacı ışığında karşı tarafın teklifinin, davanın tamamen kazanılması veya kaybedilmesine nazaran nasıl bir kısmî çözüm getirdiğini müvekkiline anlatmalıdır. Müvekkiline, hukukî sorumluluğunun mahkemece kabul edilmesine yol açabilecek etkenleri açıklamak zorunda olan avukat, bu halde hükmedilebilecek tazminat miktarı konusunda da bilgi vermelidir. Müvekkilin hukuka aykırı eylemleri belirlendikten sonra, olası tazminat miktarı tahmin edilerek davanın kaybedilme veya kazanılma olasılığı; yani “beklenen parasal değeri” (*expected monetary value*) veya “beklenen değeri” (*expected value*) hesaplanır. Böylece müvekkilin, uzlaşma değeri üzerinde düşünmesi sağlanır.

Günümüz hukuk yargılama sisteminde, dava sürecinin sonucunu önceden kesin olarak bilmek mümkün değildir. Genellikle avukatlar, müvekkillerinin hukukî durumunu dikkatli bir şekilde tahlil edememekte veya değerlendirmelerini müvekkillerine aktarırken yeterince dikkatli ve açık olamamaktadırlar. Avukatlar, bazen duygusal hareket ederek riske girebilmektedirler. Avukatın objektif tahminlerini geri plâna iten ve taraf tutan yaklaşımı bir kenara bırakıldığında, çok dikkatli ve itibarlı avukatların bile, dava sürecinin

43 AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 353'ten naklen).

çeşitli aşamalarını ve olası sonuçlarını sistematik olarak öngörmeye bazen hata yaptıkları görülmektedir. Müvekkile karşı açılan davanın kabul edilmesi halinde, karşılaşılabilecek azami tazminat miktarını belirlemeye çalışan avukat, tazminata ilişkin her olasılığı ve bu kapsamda karşılaşılabilecek diğer sonuçları tahmin etmekte yetersiz kalabilecektir⁴⁴.

Oysa karar analizi yöntemini kullanan avukatlar, dava açmadan önce müvekkillerine, davadaki kazanma ve kaybetme şanslarını, katlanmak zorunda kalabilecekleri giderleri ve davanın kabulü halinde hükmedilebilecek miktarı gösteren bir karar ağacı hazırlamalarını tavsiye etmektedir. Karar ağacı hazırlanması müvekkili, talepleri, dava konusu maddî olaylar ve hukukî sebepler konusunda daha dikkatli düşünmeye sevk etmektedir. Karar ağacı, tarafların inatlarını ve saplantılarını kırarak, onlara kararlarını yumuşatma fırsatı sunar. Uyuşmazlığa düşen bazı kişiler ve onların avukatları, dava yoluyla karşı tarafa hemen saldırmak ister ve acele bir karar, sanki davayı hemen kazanacakmış gibi dava açma eğilimi gösterirler. Oysa dava yolu, hemen tamamlanacak bir süreç değildir. Tam tersine dava yolu, genellikle uzun zaman alan, her iki taraf için de yıpratıcı geçen ve yargılama boyunca, zor bir takım stratejik kararlar verilmesini gerektiren bir süreçtir. Karar ağacının hazırlanması, tarafları, sakin davranmaya ve ağacın her bir dalında katedilecek mesafeleri değerlendirerek durumlarını gerçekçi bir bakış açısıyla düşünmeye sevk eder⁴⁵. Karar ağacı, tarafların aceleci ve düşüncesiz davranmasını önler. Başından sonunda kadar düşünülmüş bir risk analizinde, her bir sorun üzerinde ayrıntılı olarak durulur ve dava yolunda alınması gerekebilecek kararlar tartışılır. Bu düşünme ve değerlendirme süreci, tarafların olduğu kadar, gereksiz davalarla uğraşmaması gereken mahkemelerin de yararına⁴⁶.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının çoğunun amacı, uzlaşmayı teşvik etmektir; fakat avukatlar ve müvekkiller, uzlaşmak için en uygun zamanın hangisi olduğunu belirlemede genellikle zorlanır ve tereddüt ederler. Bu zorluğu aşmak ve en uygun uzlaşma zamanını belirlemek için, “Müzakere Edilen Anlaşmanın En İyi Alternatifinden” (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, BATNA) yararlanılabilir⁴⁷. BATNA, tarafların, müzakerelerin başarısız olması halinde ne kaybedeceklerini ve ne kazanacaklarını; yani önlerindeki alternatifleri önceden belirlemeleri ve bu alternatifleri, müzakere edilmiş anlaşmayla karşılaştırarak anlaşmayı değerlendirmeleridir⁴⁸. Böylece taraflar, müzakere sonuçlarını kendileri açısından mümkün olduğu kadar avantajlı hale getirebilirler. Müzakereler BATNA sayesinde, uzlaşma tekliflerini değerlendirirken nesnel bir kriter elde etmiş ve

44 VICTOR s. 310.

45 MNOOKIN, Robert H./PEPPE, Scott R./TULUMELLO, Andrew S.: Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, Harvard University Press 2000, s. 232.

46 BÜHRING-UHLE, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, The Hague 1996, s. 295; BAGLEY, Constance E.: Managers and the Legal Environment, Strategies for the 21st Century, Minneapolis/St. Paul 1995, s. 133; AARON s. 203.

47 FISHER, Roger/URY, William/PATTON, Bruce: Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in, New York 1991, s. 97-106.

48 Doktrinde Fisher ve Ury tarafından, “sorun çözücü”, “menfaat esaslı”, “kazan-kazan” veya “işbirlikçi” müzakere olarak değişik tasniflere tâbi tutulan müzakere yöntemi, beş temel esasa dayandırılmıştır. Bunlar: 1) Müzakerelerde uyuşmazlığın tarafları, mevcut sorunlardan ayrılmalıdır. 2) Taraflar, müzakerelerde birbirlerini durumları üzerinde değil, kendi menfaatleri üzerinde yoğunlaşmalıdır. 3) Müzakerelerde her iki tarafın da kazançlı çıkacağı seçenekler geliştirilmelidir. 4) Müzakerelerde objektif bir kriterin esas alınması konusunda ısrar edilmelidir. 5) Taraflar, müzakere edilen anlaşmanın en iyi alternatifini önceden belirlemelidir (FISHER/URY/PATTON s. 17-106. GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 33-34).

öznel değerlendirmelerden uzak durmuş olurlar. Buna göre, yapılan uzlaşma teklifi kişinin BATNA'sından daha iyiyse, bu teklif kabul edilmeli ve müzakere bitirilmelidir. Buna karşılık, en azından BATNA kadar iyi olmayan bir uzlaşma teklifi kesinlikle kabul edilmemelidir⁴⁹. BATNA, müzakere edilen anlaşmanın alternatifinin ve uyumsuzluğun müzakere yoluyla çözülememesi halinde elde edilebilecek en iyi sonucun ne olduğunun belirlenmesidir. Uzlaşma müzakerelerinin başarısız olması halinde ne gibi sonuçlarla karşılaşacaklarının farkında olan taraflar, menfaatlerine uygun bir uzlaşma teklifini reddetme tehlikesinden kurtulurlar⁵⁰.

Ancak bu kez de, yapılan uzlaşma teklifinin, kişinin BATNA'sından daha iyi olup olmadığını nasıl tespit edileceği sorusu ortaya çıkar. Örneğin 50.000-TL tazminat talep eden davacıya, davalının 15.000-TL önermesi halinde, bu rakam davacının BATNA'sından daha iyi midir? Bu sorunun cevabı kısmen, davacının davadaki başarı şansını nasıl gördüğüne bağlıdır. İşte bu noktada, karar analizinin yapılması gündeme gelir⁵¹.

§ 2. KARAR ANALİZİNİN ETKİLERİ VE BELİRSİZLİKLERİN AÇIKLIĞA KAVUŞTURULMASI

A) Karar Analizi Yöntemiyle Dava Açma ve Uzlaşma Seçeneği Arasında Karar Verilmesi

Yukarıda da ifade edildiği gibi karar ağacı analizi, ihtilafı taraflara, dava yolunun alternatiflerini veya BATNA'larını değerlendirmelerinde kolaylık sağlar. Karar ağacının "uzlaşma" dalı, diğer tarafın en son teklifini yansıtır veya karşı tarafın kabul edebileceği uzlaşma miktarının ne olduğu konusunda avukatın tahminini içerir. Karşı tarafın yaptığı veya yapması beklenen uzlaşma teklifi esas alınmadan, sadece dava sürecinde karşılaşılabilecek olasılıkları gösteren bir karar ağacı yapılması bile bazen faydalı olur. Bu durumda, şans ağacı şeklinde çizilen karar ağacı, "dava" ve "uzlaşma" dallarından oluşan tipik bir karar ağacının dava dalından ortaya çıkan sonuçları gösterir ve davanın beklenen parasal değerini ortaya koyar⁵².

Beş numaralı şekilde, farazi bir iş uyumsuzluğunda, işveren şirketin karar seçeneklerini gösteren basit bir karar ağacı yer almaktadır. Bu varsayıma göre, (B) A.Ş.'nin eski çalışanı (A), cinsiyet ayrımcılığı sebebiyle işten çıkarıldığı iddiasıyla (B)'ye karşı, maddi ve manevî tazminat talebiyle dava açmıştır. Uzlaşma müzakereleri sonuçsuz kalırsa (B), (A)'nın maddi hukuk ve usûl hukuku yönünden dava sürecinde karşılaşacağı hukukî zorlukları kullanarak sorumluluktan kurtulmayı plânlamaktadır. Buna göre (A), davada ilk bakışta haklı olduğunu ve kanunda öngörüldüğü şekilde bir cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığını ispatlamak zorundadır. İkinci olarak (B), (A)'nın hizmet sözleşmesinin haklı nedenle

49 ERTEL, Danny: Müzakereyi Bir Şirket Yeterneği Haline Getirmek (Çev. İbrahim Bingöl) (Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü, Ankara 2000, s. 107-132, MESS-Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Yayın No: 329), s. 125.

50 FISHER/URY/PATON s. 97 vd.; ERTEL s. 123; GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 34; ÖZBEK s. 77.

51 GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 350.

52 AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 351'den naklen); HOFFER s. 114.

fesh edildiğini ileri sürerek bu haklı nedeni ispatlayacak; buna karşılık (A), (B)'nin ileri sürdüğü sebebin, cinsiyet ayrımcılığı için bahane olarak kullanıldığını ve feshin aslında bu sebebe dayadığını ispatla yükümlü olacaktır. İddiasını ispatlaması halinde tazminata hak kazanacak olan (A), bu kez de müstakbel kazanç kaybını ve manevî zarar miktarını kanıtlamalıdır.

Her dalın ucunda bulunan düğümler, olası bir sonucu yansıtır. Örneğin, yukarıdan aşağıya dördüncü dalın ucundaki düğüm, davanın orta miktarda bir tazminata hükmedilerek kabul edilmesi; fakat manevî tazminat talebinin reddedilmesi olasılığını gösterir⁵³.

Beş numaralı şekilde, yargılama giderlerine ve her daldaki olasılıklara da yer verilmiştir. Avukatlar genellikle tecrübelerine dayanarak, masraf miktarını tahmin edebilirler; fakat olasılıkların ve hükmedilecek tazminat miktarının tahmin edilmesi çok güçtür. Karar analisti, meslekî bilgi ve tecrübesine dayanarak, maddî olaylar, uygulanacak hukuk kuralları, yargılamanın seyri, karşı tarafın avukatının mahareti, hâkimin bilgi ve zekâsı, emsal temyiz mahkemesi kararları ve benzeri unsurları göz önünde tutarak makul bir tahminde bulunabilir. Örneğin beş numaralı şekilde görüldüğü gibi, bu unsurlar esas alınarak yapılan makul tahminlerin⁵⁴ karar ağacı üzerindeki her bir dalda ayrı ayrı gösterilmesi mümkündür⁵⁵. Bu davada, 13.000-TL tutarındaki bir uzlaşma teklifi, diğer tüm faktörler sabit olmak üzere (*ceteris paribus*), 13.887-TL tutarındaki tahmini tazminat tutarı esas alındığında, ekonomik olarak dava yoluna nazaran (B) için daha tercihe şayandır.

Karar ağacının hazırlanması ve olasılık hesaplamalarının yapılması, dava risk analizinin sadece ilk aşamasıdır. Dava açan kişilerin bir çoğu, özellikle tahminlere dayalı değerlendirmenin içinde barındırdığı belirsizlikler sebebiyle, uzlaşmanın dava yoluna nazaran daha tercihe şayan olduğunu gösteren bu basit hesaplamayla ikna olmayacaktır. Dava açan bir çok kişi, verecekleri kararın, sunulan uzlaşma teklifleri ve hükmedilebilecek tazminat miktarı gibi çeşitli unsurlara bağlı olarak ne ölçüde değişebileceğini bilmek isteyecektir. Bunun gibi avukatlar da, müvekkillerinin tolerans düzeyini dikkate alacaktır. Bu aşamada yapılacak bir "hassasiyet analizi", bu tür sorunların cevaplanması için yararlı bir yöntemdir⁵⁶.

Basit de olsa bir karar ağacının hazırlanması, doğru kararlar alınmasını kolaylaştırabilir. Bir avukat, dava yolu ile uzlaşma seçeneği arasında karar vermeden önce, hazırlayacağı karar ağacı sayesinde, mahkemenin verebileceği hükmü ve tahmini yargılama giderlerini

53 Manevî tazminat talebi kabul edilirse 40.500-TL'ye hükmedilecek, reddedilirse 38.000-TL maddî tazminat alınabilecektir. Buna göre bu dalın beklenen parasal değeri $(40.500 \times 0.7 + 38.000 \times 0.3) = 39.750$ -TL'dir.

54 Beş numaralı şekilde yer alan ağaç formüle edilirken, şu varsayımlar esas alınmıştır: Davanın ilk görünüşte haklı görülme ihtimali %80, feshin haksız bulunma ihtimali %67; buna göre hükmedilebilecek tazminat miktarı 13.887-TL olacaktır. Yüksek, orta ve düşük miktarda maddî tazminata hükmedilme ya da hiç maddî tazminat alamama ihtimali, yukarıdan aşağıya %5, %15, %30 ve %50; buna göre hükmedilebilecek tazminat miktarı 65.250-TL, 39.750-TL, 24.250-TL veya 13.620-TL olacaktır. Manevî tazminata hükmedilme ihtimali %90, %70, %50 ve %25; buna göre hükmedilebilecek tazminat miktarı, beklenen parasal değer olarak 16.609-TL ve bu teklifin reddedilerek dava açılması halinde ortaya çıkabilecek yargılama harç ve gideri 3.000-YTL olacaktır.

55 HOFFER s. 116-117.

56 VICTOR s. 326.

öngörebilir ve benzeri davalardaki tecrübelerine dayanarak, dava süreci sonunda karşılaşılabilecek sonuçları daha sağlıklı şekilde tahmin edebilir. Hukuki kararları etkileyen çok sayıda ve çeşitli belirsizlikler bulunur. Karar analizi, dava sürecindeki olayları ve dağınıklıkları toparlayarak, bir çok mesele ve aşamanın önem sırasında göre değerlendirilmesine yardımcı olur⁵⁷.

Bazı davaların kazanılıp kazanılamayacağını önceden kestirmek çok güçtür; zira davanın kabulü, karmaşık tahkikat işlemleri, maddî olayların ispatındaki güçlükler, delil bulma zorlukları ve tanıkların güvenilirliği gibi birçok belirsizliklere bağlıdır. Yargılama sürecinin kesinlik taşımadığı bu tür davalarda, karar analizinden yararlanmadan davanın sonucu hakkında analitik bir değerlendirme yapmak çok zordur. Her ne kadar avukatlar, tecrübelerine dayanarak davanın seyri hakkında fikir yürütebilseler de, bıçak sırtında olan bazı konularda yapılan değerlendirmeler doğru olmayabilir. Üstelik sübjektif değerlendirmelerin isabetli olduğunu müvekkile açıklamak ve kanıtlamak da çok güçtür. Bu sebeple, açık, anlaşılır, esnek ve şeffaf bir karar analizi, davanın değerlendirilmesinde büyük kolaylık sağlar.

Yargılama sırasında karşılaşılabilecek olaylara ilişkin olasılıkların belirlenmesi, taraflar için mutlak bir kesinlik ifade etmese de, karar ağacının hazırlanması, sırf dava sürecinin değerlendirilmesine yardımcı olması bakımından yararlıdır. Karşılaşılabilecek engellerin aşılması için zihin yorulması, tarafların çözüm üretmelerine yardımcı olur. Bunun yanında, hassasiyet analizi gibi daha ayrıntılı hesaplamaların yapılması, davayı etkileyecek meselelerin belirlenmesini sağlar ki, bu da müzakere stratejisinin oluşturulmasını kolaylaştırır.

Tarafların, ihtilafı konulardan bir veya bir kaç üzerinde birbirleriyle veya arabulucuyla önemli ölçüde görüş ayrılığına düşmeleri halinde, bu konulardaki beklenen parasal değer ne kadar hassas olduğu araştırılmalıdır. Bu halde, “taraflardan birinin bu konu hakkındaki değerlendirmesi değişirse verilecek kararın ne olacağı” sorusu sorulmalıdır. Hassasiyet analiziyle bu soruya cevap bulunabilir⁵⁸.

Bir avukat, uzlaşma müzakerelerine veya arabuluculuğa hazırlanırken, müvekkiline, durumlarının güçlü olduğunu söyleyebilir. Avukat, örneğin müvekkiline, “kısa sürede lehimize bir karar alacağımıza kesinlikle eminim”, “yargılamada çok güçlü olacağız” şeklinde açıklamalarda bulunabilir. Örneğin, 250.000-TL'nin talep edildiği bir tazminat davasını davacı kazanırsa, bu tutarın tamamını davalıdan tahsil edebilir. Bu noktada, avukatın yaptığı nitelendirmelere bağlı olarak, avukat ile müvekkilin olası uzlaşma rakamının ne olacağı sorgulanabilir. Acaba 200.000-TL, 150.000-TL veya 125.000-TL üzerinde uzlaşmaya varılabilir mi? Bu soruya verilecek cevap, avukatın, davanın sonucu hakkında müvekkiline yaptığı, “kesinlikle eminim”, “çok güçlü olacağız” gibi yorumlara, müvekkilin

⁵⁷ AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 350'den naklen).

⁵⁸ AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 354'ten naklen); VICTOR s. 325.

vereceği anlama göre değişir.

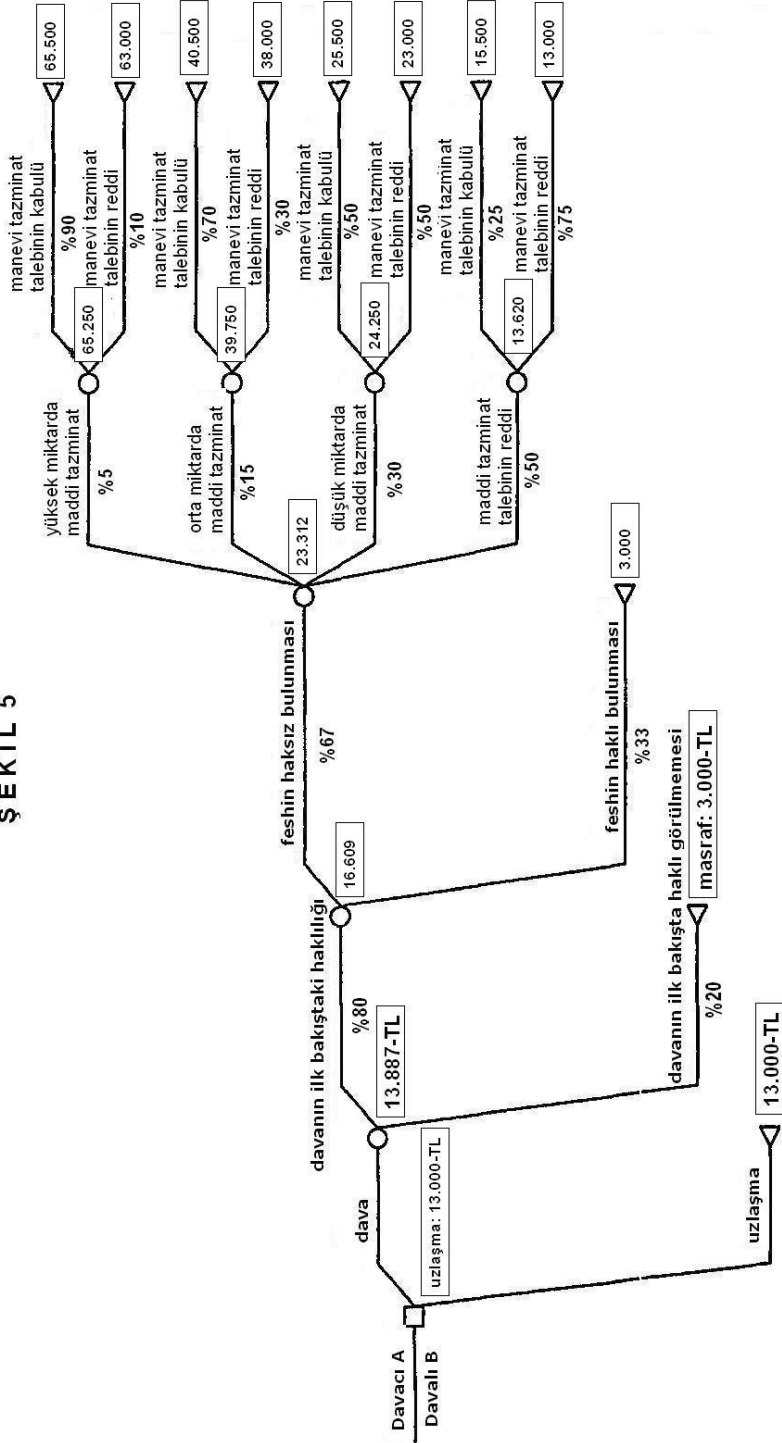
Amerika Birleşik Devletleri'nde, nazari bir davada tarafların hukukî durumuna yönelik bu tür yorumların müvekkiller üzerindeki etkileri hakkında, 1990 yılından bu yana bir grup üzerinde yapılan bir araştırmada çarpıcı sonuçlar elde edilmiştir. Bu araştırmada avukatlar, kişilere, “davayı kazanma olasılığımız çok yüksek”, “davada çok güçlüyüz”, “davayı kazanmamız gerek” gibi yorumlar yapmışlardır. Katılımcılara her defasında, davadaki başarı şansları konusunda bu açıklamaları duyduklarında, kazanma şansları hakkında ne düşündüklerini rakam olarak yazmaları; yani bu yorumun kendilerinde uyandırdığı düşünceyi, rakamla yaklaşık olarak ifade etmeleri istenmiştir. Sonuçta, avukatların yorumlarının hiçbirinde, müvekkillerin, başarı şansına ilişkin algılamalarının %15'in altında olmadığı görülmüştür. Başarı şansı, avukatın yorumuna bağlı olarak, genelde müvekkilce %20 ilâ %30 arasında tahmin edilmiş ve bu tahmin, bazen orta noktaya kaymıştır. Örneğin, “davada çok güçlüyüz” şeklindeki bir beyan, müvekkilde %65 ilâ %90 arasında bir başarı hissi uyandırmıştır. “Davayı kazanmamız gerek” şeklindeki bir yorumun etkisi, %30 ilâ %60 arasındadır⁵⁹.

Avukatla müvekkili arasında, davanın başarı şansı konusunda bir karar ağacı oluşturmak için yapılan görüşmeler, avukatların yorumlarıyla kastettiklerinin müvekkillerince farklı anlaşıldığını; kastedilenle algılanan başarı şansı arasında fark olduğunu ortaya koymuştur. Karar ağacı, avukatlarla müvekkillerinin birbirlerini daha doğru anlamalarına ve riskleri daha iyi değerlendirmelerine yardımcı olmaktadır. Örneğin, daha önce müvekkiline, davada “çok güçlü” olduklarını söyleyen bir avukatın, karar ağacı hazırlanırken, bunu oran olarak nitelendirmesi ve davada başarı şanslarının %60 olduğunu ifade etmesi, durumu müvekkilin zihninde somutlaştıracaktır. Zira müvekkil, avukatının, davadaki durumlarını “çok güçlü” olarak nitelendirmesi üzerine, %80 ilâ %90 civarında bir başarı şansını kast ettiğini düşünebilir. Bu durumda müvekkil, gerek dava gerek avukatlık ücreti için daha fazla masraf yapmayı göze alır. Avukat açısından davadaki %60'lık başarı şansı, masaya koyulan uzlaşma teklifi daha avantajlı olmadığı sürece, göze almaya değer bir risktir. Bu noktada, avukatın kendi ücretine ilişkin beklentisi de etkili olabilir. Avukatın her halükârda, davada daha yüksek bir rakam kazanılmasa bile, avukatlık ücretini %60 başarı şansı üzerinden hesapladığı varsayılırsa, bu yaklaşım daha gerçekçi olur. Müvekkil, genel olarak risk almaya karşı bir kişi olabilir veya nakit paraya hemen ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, %60 başarı şansı olan bir davada, uzlaşma müzakeresinde önerilen parayı reddetmek güçleşir. Belki de müvekkilin, uzlaşma teklifini rahatlıkla reddedebilmesi için gereken başarı şansı, %80 ilâ %90 civarında olmalıdır.

Karar ağacı analizi, avukatla müvekkilin, ağacın her bir dalı ve dava yolunun her bir düğümündeki (yaprağındaki) olasılıklar hakkında samimi olarak tartışmasını gerektirir. Böyle bir tartışmayı yapmaya her zaman değer. Karar ağacı kapsamında yapılan tartışma ve değerlendirmeler, sadece yargılamaya ilişkin alternatiflerin açıklığa kavuşturulması ve risk

⁵⁹ AARON s. 204.

ŞEKİL 5



düzei hakkında müvekkilin bilgilendirilmesi için bile yapılırsa, bir çok yarar sağlar.

B) Müvekkilin Beklentilerine Yön Verilmesi

Müzakerelerin rakamlar üzerinden yürütülmesi, avukatların, uzlaşma kararı ve davanın beklenen değeri konusunda müvekkillerine bilgi vermelerini kolaylaştırır. Hukukçu olmayan müvekkil, hukukî iddiaları ve karar verme stratejilerini yorumlamak için gerekli bilgiye sahip değildir. Üstelik avukatın ikna edici biçimde konuşarak müzakerelerde baskın olması halinde, müvekkilin davadaki zayıf yönünü görmesi iyice zorlaşır. Müvekkilin, karşı tarafın iddialarını doğrudan dinleme imkânı elde ettiği kısa yargılama (*mini-trial*) yönteminde olduğu gibi, karar analizi de, dava sürecinin sonunda karşılaşılma ihtimali olan en kötü sonuçları önceden görmesini sağlar⁶⁰.

C) Taraflar Arasındaki İşbirliğinin Güçlendirilmesi

Taraflar ve arabulucu, davanın esası hakkında tarafların neden farklı değerlendirmeler yaptıklarını anladıklarında zaman, arabulucu, uyumsuzluğun ortak bir sorun olarak algılanmasına yardımcı olabilir. Karar analizi, avukatları, enerjilerini birbirleriyle savaşmak yerine, taraflar arasındaki ayrılıkları bir uzlaşma anlaşmasıyla giderecek çözümler üretmek için harcamaya yönlendirir. Uzlaşmaya odaklanan bu sinerji, hukukî konulardaki anlaşmazlıkların soyut olarak değil, somut ve teknik olarak incelenmesini sağlayarak, uzlaşmanın önündeki duygusal engelleri ortadan kaldırır.

D) Uzlaşma Müzakerelerinin Meşru Kılınması

Dava sürecinin içinde barındırdığı riskleri tespit etmede karar analizi yönteminin kullanılmasına karar verilmesi ve mümkünse bu metodolojinin bilgisayar yazılım programlarıyla desteklenmesi, arabuluculuğa meşruiyet kazandırır. Bu meşruiyet, avukatları uzlaşmaları için motive ettiği gibi, yapılan uzlaşmanın makul ve kabul edilebilir olduğu konusunda avukatların müvekkillerini ikna etmelerini de kolaylaştırır.

E) Karar Ağacının Yargılamanın Yol Haritası Olması

Karar ağacı, tıpkı bir haritaya benzer. Bilindiği gibi harita, yeryüzünün tamamının veya bir bölümünün, kuşbakışı görünüşüne göre belli bir ölçekte küçültülerek, düz bir yüzey üzerinde çizgilerle gösterilmesi yöntemidir⁶¹. Bazı haritalar daha geniş alanları gösterip üzerinde çok az ayrıntıya yer verirken, diğer bazı haritalar, daha dar alanları gösterip daha fazla ayrıntıya yer verir. Kişiler, bir yeri tarif ederken veya yer ararken, kaybolmamak ve aradıkları yeri bulmada kolaylık olması için harita, coğrafi yön ve koordinatlardan yararlanır. Aynı şey, uyumsuzluğa düşmüş kişiler için de geçerlidir. Dava açmadan önce, yargılama hukuku kurallarının karmaşıklığı, hukukî duruma ilişkin farklı içtihat ve doktrin görüşleri, ispat ve delil konusundaki güçlükler, zarar ve tazminat miktarının hesaplanmasındaki

⁶⁰ HOFFER s. 128.

⁶¹ Bkz. <http://www.hgk.mil.tr-Harita> Genel Komutanlığı-Haritacılık Sözlüğü.

farklılıklar gibi belirsizliklerle karşılaşan taraflar ve avukatlar, bu belirsizlikleri bir ölçüde aydınlatmak ve adeta davada yönlerini bulmak amacıyla bir yol haritasına ihtiyaç duyarlar. Hukukî belirsizlik sebebiyle bu tür bir harita olmadan, müvekkilin, uyuşmazlığın gelecekteki seyri hakkında bilgi sahibi olması ve dolayısıyla sağlıklı kararlar verebilmesi çok güçtür. O halde karar ağacı, bir dava haritası olup, uyuşmazlık çözüm sürecinin tamamının veya bir bölümünün, yargılama usulü ve diğer uyuşmazlık çözüm yollarına göre özetlenerek, düz bir yüzey üzerinde çizgilerle gösterilmesi yöntemidir.

Karmaşık davalarda karar ağacı çizilmesi, tarafların ve avukatların belirsizlikleri, beklenmeyen durumları ve karşılaşılması muhtemel sonuçları önceden görmelerini sağlar. Müvekkil ve avukat, kağıt üzerinde, beyaz tahtada veya bilgisayarda çizdikleri, bir çok dalı ve yaprağı olan bir karar ağacı üzerinde dava yolunun olası sonuçlarını değerlendirip, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla mukayese ederek, içinde buldukları durumu daha açık görebilirler. Karar ağacı üzerinde, tarafların hedefledikleri sonuç için gerekli olan ve fakat önceden tahmini güç bulunan koşullar belirginleştirilir. Böylece müvekkil, yapılan uzlaşma tekliflerini, dava yolunun tahmini sonuçlarıyla karşılaştırarak, daha doğru kararlar verir. Bu sayede, karşı tarafın yaptığı bir uzlaşma teklifinin lehte olup olmadığı daha kolay anlaşılır. Dava yolundaki seçeneklerin haritasının çıkarılmasıyla oluşan ağaç, tarafların ve avukatların, olasılık yüzdeleriyle uğraşmadan, daha sade bir değerlendirmeye ve daha fazla masraf yapmadan karar vermelerine yardımcı olur⁶².

Karar ağacı analizi, el ile çizilebileceği gibi, ihtilafı tarafların bilgi ve kültür düzeyine bağlı olarak bilgisayar ortamında da hazırlanabilir. İşletmeciler, bilgisayar verilerinin doğruluğuna güvendiklerinden, ticarî uyuşmazlıkların çözümünde bilgisayar kullanımı çoğunlukla yararlı olmaktadır. Bir çok işletmeci, işletme fakültesinde, işletme stratejilerinin belirlenmesine yönelik karar analizi esaslarını öğrenmektedir⁶³. Bu sebeple, hukukî uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan karar analizi yazılım programları, işletmecilerin güvendikleri ve bildikleri bir teknolojidir.

Karar analizini anlamakta güçlük çeken veya bilgisayara yabancı olan kişiler açısından, karar ağacının kağıt üzerine çizilmesi ve hesap makinesi kullanılması, hantal bir yöntem olsa da uygun olur. Bir çok olayda, analize ilk önce elle çizilmiş karar ağacıyla başlanması; sonradan hassasiyet analizi yapılması, karar ağacının katılımcıların istekleri doğrultusunda değiştirilmesi veya karar verecek diğer kişilerce incelenecek bir rapor yazılmasına gerek duyulması halinde, bu ağacın bilgisayara kopyalanması en doğrusu olacaktır. Karar ağacı bilgisayar ortamına aktarıldığında, katılımcılar, bilgisayarda çizilen bu ağacın, daha önce hazırladıkları ağaçla tamamen aynı olduğunu anlamalıdır⁶⁴.

62 AARON s. 205; VICTOR s. 322.

63 BAGLEY s. 267; O'REILLY/MAWDESLEY s. 261 vd.

64 AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 355'ten naklen).

F) Karar Ağacında Dava Yolunun Alternatifleriyle Karşılaştırılması

Karar ağacının dava dalı, kolayca karmaşık bir hal alabilir. Karar ağacıyla, dava sürecinin mümkün olduğu kadar ayrıntılı bir haritasının çıkarılması amaçlandığı için, davanın seyri esnasında karşılaşılabilecek bütün olasılıklar öngörülme çalışılır ve bu olasılıklar, dikkatli ve tecrübeli bir gözle tahlil edilir. Tarafların zihnini uzun süre meşgul eden bu tahlil, yoğun emek harcanmasını gerektirir. Avukatlar karar ağacı hazırlarken, uyuşmazlık çözüm sürecindeki tek seçeneğin dava yolu olmadığını unutmamalı ve karar ağacı üzerinde uzlaşma veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ayrı bir dal olarak göstermelidirler.

Dava yanında uzlaşma seçeneğinin de düşünülmesi ve uzlaşma sürecinin yol haritasının çıkarılması, doğru kararlar verilmesi için büyük önem taşır; fakat bu aşama, uyuşmazlık çözüm sürecinde genellikle ihmal edilir. Bu sebeple, dava veya uzlaşma seçenekleri arasında bir karar vermeden önce, dava yolunun taşıdığı riskler ve belirsizliklerin iyi değerlendirilmesi ne kadar önemliyse, uzlaşmaya varılmasının sonuçlarının anlaşılması da o kadar önemlidir. Bunu anlamak için, dava sürecini temsil eden ve dava sonunda neler olabileceğini sıralayan bir ağaç çizmek gerekir. Bu ağaçta, uzlaşma teklifinin koşulları (örneğin teklif edilen tazminat miktarı) ile bu teklifin neler kazandıracığı da gösterilmelidir. Taraflar, birbirlerine çok değişik ve cazip uzlaşma koşulları sunabilirler. Dava ve uzlaşma yolunun fayda ve mahzurları yan yana koyularak mukayese edildiğinde, dava yoluna karşı uzlaşma seçeneği değerlendirilir ve bu mukayese, tarafların menfaatlerine en uygun kararı vermelerine yardımcı olur⁶⁵.

G) Karar Analizine Başvurulmasının Sonuçları

Karar analizine başvurulması, uyuşmazlık çözüm sürecinde değişik sonuçlar doğurabilir. Öncelikle dava hemen çözülebilir. Taraflar tam bir uzlaşma sağlayamasa bile, fer'i hususlar üzerinde anlaşmaya varabilir ve bu kısmî uzlaşmanın getirdiği olumlu havayla, daha karmaşık uyuşmazlıkların çözümüne yönelebilirler. Üzerinde anlaşmazlık bulunan hususları belirleyerek daraltan taraflar, bu hususlarda tahkime başvurabilir ve koşulları, kısmen veya tamamen tahkimden çıkacak sonuca bağlı olan bir uzlaşma paketi oluşturabilirler. Taraflar herhangi bir anlaşmaya varmasa bile, davadaki güçlü ve zayıf yönlerini daha iyi anlamış olacaklarından, ileride daha kolay uzlaşma imkânı bulabilirler⁶⁶.

§ 3. KARAR ANALİZİ BÜNYESİNDE YAPILAN RAKAMLARA DAYALI DEĞERLENDİRME VE TAHMİNLERİN ETKİSİ

A) Beklenen Parasal Değerin Belirlenmesi

Bir karar ağacı analizi yapıldığında, dava sürecinin her aşamasında karşılaşılma olasılığı

⁶⁵ AARON s. 214.

⁶⁶ HOFFER s. 129.

olan sonuçlar, ağaç şeklinde resmedilmiş olur. Her olasılık noktasının ardından, o aşamada ne olabileceğini gösteren ağaç dalları gelir. Her bir ağaç dalında, tarafların ve avukatların en iyi tahminlerine dayanan uygun olasılıklar tayin edilir. Gerekli ekleme ve çıkarmalar yapıldıktan sonra, net para miktarı belirlenerek, her olasılığın malî sonucu bulunur. Yargılamanın tahmini süresine bağlı olarak bu hesaplama, talep sonucundan yapılacak indirimini de içerebilir. Ağacın bütün dalları, olasılıklar ve masraflar değerlendirildiğinde, beklenen parasal değer etkili bir hesaplama yapılabilir. Uzlaşma değeri (*settlement value*) genellikle, tahmini sonuçların parasal değerinin, gerçekleşecek bir olasılıkla çarpılmasıyla bulunur.

Beklenen parasal değer, önemli bir veri noktasıdır. Bir davanın başarı yüzdesi karşısında tahmini parasal sonucu, beklenen parasal değerini oluşturur. Karar verecek kişi mantıklı hareket ederse, onun uzlaşma noktası, beklenen parasal değeri olacaktır. Tüm karar analizlerinin temelinde beklenen parasal değer yatar. Daha karmaşık karar ağaçlarında, beklenen parasal değer, her aşamada ayrı hesaplanır. Örneğin davada, duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilme imkânı varsa, teminat gösterilecekse, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istenecekse, bu taleplerin kabul edilme olasılıkları ayrıca gösterilebilir⁶⁷.

Bir davanın beklenen parasal değeri, davanın çeşitli unsurlarına bağlı olarak değişir. Bununla beraber, her unsur eşit ölçüde öneme sahip olmayıp, beklenen parasal değer üzerinde farklı ölçüde etki sahibi olabilir. Örneğin taraflar, görülmekte olan davada belirli bir tanığın tanıklığının kabul edilip edilmeyeceği veya maddî zarar miktarı hesaplanırken kâr mahrumiyetinin dikkate alınıp alınmayacağı gibi konularda derin bir görüş ayrılığına düşebilirler. Bu konuların yargılama sırasında nasıl karara bağlanacağı belirsiz olup, hassasiyet analizi, bu konuların sonuç üzerinde ne ölçüde etkili olacağını ortaya çıkarabilir. Başka bir ifadeyle taraflardan biri, tanığın tanıklığının kabul edileceğine veya kâr mahrumiyetinin esas alınacağına %100 (veya %90, %70 ya da %50) eminse, bu durum davanın beklenen parasal değerini ne kadar değiştirecektir? Beklenen parasal değer bu konuya çok duyarlıysa, bu konu için öngörülen olasılıktaki küçük bir değişiklik, beklenen parasal değerde büyük değişikliğe yol açacaktır. Dolayısıyla, dava süreci hakkında yapılan karar ağaçlarında, olasılık tahminlerinin yapılması çok güç olduğu için, hassasiyet analizi önem taşır⁶⁸.

Beklenen parasal değere dayalı bir tahlil, uzlaşma noktalarını etkilemede sınırlı kalabilir. Olasılık ve masrafların analitik olarak doğru tahlil edilmesi, davanın, ortaya çıkan beklenen parasal değerle sonuçlanacağını göstermez. Tarafların bu tahlili iyi anladığı varsayılsa bile, beklenen parasal değeri davanın çözümüyle ilgisiz görmeleri mümkündür. Beklenen parasal değer hesabı, tarafların veya avukatların alacakları veya tolerans gösterecekleri riski de hesaba katmaz. Örneğin, beklenen parasal değeri 50.000-TL olan iki davayı ele alalım. İlk davada taraflardan birinin 100.000-TL kazama şansı %50, herhangi bir şey

⁶⁷ HOFFER s. 137.

⁶⁸ AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 354'ten naklen).

kaybetmeden hiç bir şey kazanmama şansı %50 olsun. İkinci davada ise bu tarafın 100.000-TL kazanma şansı %60 ve herhangi bir şey kaybetmeden hiç bir şey kazanmama şansı %20; fakat aynı zamanda, karşılık davada 50.000-TL ödemek zorunda kalma riski %20 olsun. Bu durumda 50.000 TL tutarındaki beklenen parasal değer, uzlaşma noktasının sadece bir parçasını oluşturur. Tarafların mali durumlarına, risk toleranslarına ve her iki tarafın risk almaya yönelik kişisel tavırlarına bağlı olarak, bu davalar oldukça farklı miktarlar üzerinde anlaşılabilir. Karmaşık karar analizleri, risk tercihlerini de bu hesaplama dâhil edebilir; fakat bu denli karmaşık analizler, genellikle taraflara yardımcı olmamaktadır.

Beklenen parasal değer sınırları dâhilinde kalındığında bu değer, basiretli (müdebbir) davranmak isteyen tacirler (*prudent businessman*) için çok etkilidir. Ekonomik ve ticarî kararlarını doğru vermek isteyen basiretli tacirler, mümkün olduğu kadar mantıklı hareket etmek isterler. Bu da, fayda-maliyet analizinin doğru yapılmasını ve riske girmemeyi gerektirir.

Bunun gibi basiretli davranış, mali bir konuda karar verirken şu soruların sorulmasını gerektirir: “Kazanma şansımız nedir?”, “Ne kadar parayı riske atmak zorundayız?”, “Sonuçta ne kazanır ve ne kaybederiz?”.

Kazanma şansının az olduğu davalarda, riske atılan miktarın küçük tutulması veya gelecekte daha büyük kayıpların önlenmesi için, mevcut bir fırsatın reddedilmemesi, genellikle mali açıdan doğru bir karar olarak kabul edilir. Görülmekte olan bir davada karar ağacı yapılması ve davanın beklenen parasal değerinin hesaplanmasıyla, dava sürecinin birbirini izleyen aşamaları hakkında yukarıdaki sorular sorulur ve uzlaşma miktarı üzerinde ekonomik ve ticarî açıdan basiretli bir karar verilebilmesini sağlayacak olası sonuçlar araştırılır⁶⁹.

B) Rakamlara Dayalı Değerlendirmenin Tarafların Uzlaşması Üzerindeki Olumlu Etkisi

Uyuşmazlığa düşen kişilerin çoğu, konuları duygusal bir bakış açısıyla değerlendirmelerinin, ekonomik menfaatlerine en uygun olan kararı vermelerini engellediğini kabul eder. Kişisel gurur ve anlık öfkeler yüzünden mantıklı kararlar alınamayabilir. Gereksiz inatlaşma ve zıtlaşmalar, şirketlerin uyuşmazlıklar yüzünden çok miktarda masraf yapmasına yol açar.

Taraflar bazen, uyuşmazlığın “adil ve makul şekilde çözümü” için istekli olduklarını ifade etmekte ve menfaatlerine uygun mantıklı bir karar vermek istediklerini açıklamaktadırlar. Taraflar genelde, duygularının, sağduyulu hareket etmelerini önleyebildiğinin farkındadırlar. Bununla beraber taraflar, objektif olarak adil ve makul bir uzlaşma noktasının ne olduğunu belirleyebilecek somut bir yönteme sahip değildirlir.

69 AARON s. 206.

Örneğin, hizmet sözleşmesinin haksız fesh edilmesi yüzünden işsiz kalan, maddî ve manevî zarara uğrayan ve bu sebeple eski işverenine kızgın olan bir üst düzey şirket yöneticisinin eski işvereninden tazminat talep ettiğini varsayalım. Talep sahibi, arabuluculuktan önce eski işvereninden 100.000-TL istemekteyken, işveren 30.000-TL teklif etmiş olsun. Talep sahibinin avukatı, uzlaşma müzakerelerinde gelinen noktayı esas alarak, işverenin en fazla 40.000-TL tazminat ödemeye ikna edilebileceğini, buna ilaveten, bir emeklilik ve sağlık sigortası da yaptırabileceğini düşünmektedir. Talep sahibi dikkatli bir tahlil yapmadığı takdirde, bu teklifi kendisi için bir kayıp, karşı taraf için de bir zafer olarak görebilir. Buna karşılık talep sahibi ve avukatı, uzlaşma müzakerelerinin olası sonuçlarını hesaplayarak bir karar ağacı oluşturur ve beklenen parasal değeri 50.000-TL civarında hesaplarırsa, talep sahibi, işverenin teklifi hakkında farklı düşünebilir. Her ne kadar teklif edilen tazminat, talep edilen tutarın çok altında olsa da, talep sahibi, ilk talebinin duygusal etkenlerle yüksek olduğunu anlayabilir. Gerçekçi bir beklenen parasal değer, talep sahibinin, beklenen parasal değere yakın olan bu teklifi bir kayıp olarak değil, adil ve makul bir teklif olarak görmesini ve kabul etmesini sağlar⁷⁰.

Talep sahibi ve avukatı, karar analizlerini yaparken, talep sahibinin beklenen yaşam süresine ilişkin gerçekçi bir tahmine dayalı olarak, emeklilik ve sağlık sigortasının parasal değerini ve işverenin bu sigortaya ödeyeceği yıllık prim tutarını da hesaplamalıdır. Emeklilik ve sağlık sigortasının parasal değeri, peşin ödenecek olan tazminat tutarına eklendiğinde, talep sahibi, uzlaşma teklifinin “adil ve makul” olduğunu; zira kendisine, beklenen parasal değere eşit hatta ondan daha fazla bir rakam önerildiğini görecektir.

C) Davanın Psikolojik ve Parayla Ölçülemeyen Maliyetinin Hesaplanması

Dava yoluna ilişkin bir karar ağacı oluştururken, davanın yargılama giderleri dışında sebep olduğu diğer kayıplar genelde göz ardı edilir. Dava masrafları hesaplanırken, genellikle yargılama harç ve giderleriyle avukatlık ücreti dikkate alınır. Bununla beraber dava yolunun başka maliyetleri de vardır. Bunun en basit örneği, gerek yargılamaya hazırlanırken gerek yargılama sırasında, işletme personelinin harcadığı emek ve zamanın yol açtığı kayıplardır. Derdest bir dava, davaya taraf olan şirket yöneticileri ve personelinin, menfaatlerini korumak için birbirleriyle mücadele etmesine yol açar ve tüm şirketi psikolojik yönden olumsuz etkiler. Dava sürecinin belirsizliği, her iki taraf için de yıpratıcı olması, yöneticilerin huzursuz ve gergin olmasına sebep olur. Örneğin yargılama sırasında personelin tanıklık yapacak olması veya şirketin muhasebe kayıtları ve ticarî defterlerinin, yerinde inceleme yetkisi alan bilirkişilerce incelenmesi personeli tedirgin eder. Bu gibi etkenler, dava yolunun diğer olumsuz sonuçları olarak gösterilebilir. Buna karşılık davanın taraflarından biri, hakkını dava yoluyla ispatlamak, ilâma bağlatmak veya karşı tarafı dava yoluyla sıkıntıya sokmak istiyorsa, davanın sürdürülmesi, karar ağacı üzerinde olumlu değer olarak hesaplanacak ya da davanın yol açabileceği kayıp miktarından düşülecektir⁷¹.

70 AARON s. 207; VICTOR s. 325.

71 AARON s. 210.

Bu hesaplamalar, mühendislik, müşavirlik ve inşaat şirketleri gibi bazı gerçek ve tüzel kişiler için çok yararlı olmakta ve tarafların, uyuşmazlığın parayla ölçülemeyen kayıplarının maliyetini göz önüne almasını sağlamaktadır. Avukatlar, müvekkillerine, şirket yöneticilerinin veya tanıklık yapacak diğer kişilerin zamanının ne kadar değerli olduğunu hatırlatmalıdır. Bu durum özellikle, harcanacak zamanın faturası müvekkile kesilecekse, dürüst ve açık sözlü bir yaklaşım olacaktır. Kaybedilecek zamanın maliyeti kesin olarak hesaplanamasa bile, yaklaşık maliyet hesabı yapılabilir. Bir şirket yöneticisinin yıllık ücreti esas alınarak, saatlik çalışmasının yaklaşık değeri belirlenebilir. Harcanan zamanın önemli olmadığı bazı sektörlerde bile dava yolu, işletmecilerin zihninin sürekli meşgul olmasına, dikkatinin dağılmasına ve yeni iş fırsatlarını kaybetmesine yol açarak, şirketin kârlılığı ve verimliliğini azaltır. Parayla ölçülemeyen kayıpların hesaplanmasının amacı, uydurma rakamlarla tarafların uzlaşmaya teşvik edilmesi olmayıp, bir avukatın tipik dava bütçesinde yer almayan masraf kalemlerini gözler önüne sererek bu masraflardan kaçınabilmektir.

Dava sürecinin yol açtığı başka kayıplar da vardır. Örneğin, ticarî itibarın zedelenmesi veya müşteri çevresinin zarar görmesi gibi kayıpların verdiği zararı kesin olarak belirlemek daha zordur. Karar ağacının amacı, dava yolunun tüm risklerini gözler önüne sererek, alınacak kararların fayda ve zararlarını belirlemek olduğuna göre, tüm bu manevî zararlar değerlendirilmelidir.

D) Arabulucunun Gerektiğinde Uyuşmazlığın Esası Hakkında Değerlendirme Yapması

Uygulamada değerlendirmeye dayalı arabuluculuk, bazı görüşlerce arabuluculuğun tabiatına aykırı ve özülle çelişen bir müzakere yöntemi olarak görülürken, diğer bazı görüşlerce, arabuluculuk uygulamasının vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu konudaki farklı görüşler bir kenara bırakılırsa, arabulucuların çoğunun, belirli durumlarda uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmanın çok uygun olduğuna inandığı ve uygulamada bu yöntemi kullandığı tartışmasızdır⁷².

Uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapılması, özellikle partizan bakış açısıyla sergilenen taraflı yaklaşımlara karşı koymak için gereklidir. Arabulucu, her iki tarafın da talep ve iddialarını dinledikten, dayandıkları bilgi ve belgeleri gördükten sonra, taraflar kabul ederse müzakere sürecinin sonunda, dikkatli ve özenli bir değerlendirme yapmalı veya taraflarca arabulucudan değerlendirme yapması istenecekse, bu aşamada istenmelidir. Arabulucunun değerlendirme yapmasının riski, bu değerlendirmenin bir tarafın aleyhine olması halinde, artık tarafsız görülemeyebilmesidir. Değerlendirmeden çıkan sonuç aleyhine olan taraf, arabulucuyu hasım veya karşı tarafın avukatı olarak ya da diğer tarafın yanında görerek, arabulucunun sonradan yaptığı önerileri, karşı tarafın ileri sürdüğü uzlaşma koşulları sanabilir ve arabulucunun bu koşulları kendisine kabul ettirmeye çalıştığını düşünebilir. Müzakerelere böyle bir şüphe hâkim olursa, arabulucunun

⁷² GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 125.

tarafsız görünümü anlamını yitirebilir ve arabulucu artık tarafsız bir üçüncü kişi olarak görülmediğinden, etkin bir şekilde faaliyet gösteremez.

Uygulamada, tarafsızlığı ile tanınan, tarafların güvenini kazanmış tecrübeli arabulucular, değerlendirme yapmadan önce tarafların bu konuda rızasını almak ve bu değerlendirmenin bağlayıcı olmayacağını vurgulamak suretiyle bu riski ortadan kaldırmaktadırlar. Karar analizi, arabulucu ile yapılan değerlendirmenin sonucu arasına bir mesafe koyarak bu tehlikenin doğmasını önler. Zira, yapılan değerlendirme artık arabulucunun subjektif görüşü olmayıp, karar analizinin analitik sonucudur. Ağaç üzerinde yapılan hesaplamalardan çıkan sonuç, taraflardan birinin önceki uzlaşma teklifinden çok farklıysa, bu sonuç matematik yoluyla bulunduğu için, arabulucu suçlanamaz. Arabulucu, taraflara, karar analizi yoluyla olasılık ve sonuçların değerlendirilmesinde yardım etmeyi teklif eder ve beklenen parasal değer hesabını bu şekilde kendi subjektivitesinden uzaklaştırırsa, ortaya çıkan değerlendirme sonucuyla kendisi arasındaki mesafeyi korumuş olur. Böylece elde edilen bulguları açıklayan arabulucu, hayal kırıklığı yaşayan tarafa, analitik bir analizin sonuçlarını göstermekten başka bir şey yapmadığını hatırlatabilir. Bundan böyle, bir tarafın aleyhine olarak ortaya çıkan sonucun arabulucuyla ilişkilendirilmesi mümkün değildir. Zira analitik değerlendirme sürecinin şeffaflığı, arabulucudan herhangi bir şekilde şüphelenmeyi olanaksız kılar. Bu sayede, yapılan değerlendirmeye rağmen, arabuluculuğun olmaz ise olmaz koşulları (*conditio sine qua non*) arasında yer alan “arabulucunun tarafsız görünümü” zedelenmemiş olur⁷³.

Arabulucu her iki tarafın da güvenini kazanmak istiyorsa, değerlendirme yaparken dikkatli olmalı ve mümkün olduğu kadar tarafsız davranmalıdır. Tarafların açıklama ve taleplerini iyi incelemeli ve yapacağı tarafsız değerlendirmede bunlara mümkün olduğu kadar çok yer vermelidir. Arabulucunun karar ağacı hazırlaması, tarafsızlığını koruması, tarafların taleplerini incelemesi ve ihtilafı konuları duygusal değil objektif bir gözle incelenmesini kolaylaştırır. Örneğin arabulucu, taraflardan birine, davadaki başarı şansının %85'ten %50'ye kadar düşebileceğini belirttiğinde, bu tarafa “davada zayıf olduğunu” söylemek zorunda kalmaz. Yüzde ve paraya dayalı tahminlerle davadaki olasılıkların bir karar ağacı üzerinde resmedilmesi, bu konuda arabulucuya çok yardımcı olur.

Karar ağacı, arabulucunun yaptığı değerlendirmeyi, objektif şekilde anlatması için en uygun yöntemdir. Arabulucu, taraflara, kişisel kanaatine göre davada zayıf veya güçlü olduklarını söylememeli; bunun yerine, karar ağacı üzerinde beklenen parasal değeri hesaplayarak, ortaya çıkan sonuçları objektif bir tahlil şeklinde sunmalıdır. Karar ağacı yardımıyla ortaya çıkan beklenen parasal değer hesaplaması, tarafsız bir değerlendirme kriteri olup, uzlaşma noktasının analitik yolla hesaplanma yöntemidir. Böylece arabulucu, beklenen parasal değer doğrultusunda ortaya çıkan olası uzlaşma rakamlarını, kendi önerisi olarak sunmayı da tercih edebilir.

73 AARON/HOFFER s. 307-334 (GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 355'ten naklen).

Uyuşmazlıklarda karar ağacının kullanılması, arabulucunun, karar ağacı üzerinde taraflardan biri lehine ortaya çıkan bazı olasılıkları veya miktar ve değerleri, bir varsayım olarak esas almasına imkân tanır. Böylece arabulucunun değerlendirmesi, şahsi düşüncelerine değil, karar ağacından çıkan sonuç ve rakamlara dayanır. Arabulucunun değerlendirmesi, sadece birkaç dalda veya parasal tahminde taraflardan birinin talebinden önemli ölçüde farklı çıkarsa, arabulucu, müzakereler sırasında bu tahlilin neden farklı olduğunu taraflara açıklayarak, sadece bu hususlar üzerinde durabilir. Arabulucunun değerlendirmesi, tarafların talepleriyle büyük ölçüde örtüştüğü takdirde, taraflar, beklenen parasal değer kendi taleplerinden farklı sonuçlar içerse bile, artık bu değerlendirmeyi tamamen reddedemezler. Bir uyuşmazlıkta %100 haklı olduğunu düşünecek kadar kendine güvenen kişi azdır. Bu sebeple, beklenen parasal değerle, tarafsız ve dikkatli bir arabulucunun yaptığı değerlendirmedeki farklılıklar, taraflar üzerinde güçlü bir etkiye sahip olur ve tarafların “adil ve makul” bir uzlaşma noktası belirlemelerini kolaylaştırır⁷⁴.

§ 4. UZLAŞMA MÜZAKERELERİNDE KARŞILAŞILAN ENGELLER VE KARAR AĞACI YÖNTEMİ

A) Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculukta Karar Ağacı Yönteminden Yararlanılması

Bir çok uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın her iki tarafı ve avukatlar, davayı kazanacaklarına kesin olarak inanırlar. Her iki taraf da, taleplerinin haklı olduğu inancıyla, kendisini davada güçlü, karşı tarafın iddia ve delillerini zayıf görür. Partizan anlayışla taraf tutan bir yaklaşım, objektif bir gerekçeye dayalı değilse genellikle hatalı olur. Özellikle, tarafsız bir değerlendirme yapmamayı taahhüt eden kolaylaştırıcı bir arabulucu için, partizan taraf tutma anlayışı, aşılması en güç sorunu teşkil eder⁷⁵.

Arabulucu genellikle, ihtilafli taraflar arasında çeşitli engeller yüzünden tıkanan uzlaşma müzakerelerinde, bu engellerin aşılmasını kolaylaştırarak, tarafların uzlaşmasına yardım eden tarafsız üçüncü kişi olarak tanımlanır⁷⁶. Arabulucu, tarafların beklenti ve kararlarının yerindeliğini tartışmaya açarak, abartılı taleplerin geri alınmasını ve gerçeki taleplerde bulunulmasını sağlayabilir. Gerçekçi düşünce tarzının temsilcisi olan arabulucu, tarafların aşırı iyimser düşünmeleri (örneğin BATNA'larını olduğundan daha iyi görmeleri) halinde, uyuşmazlığı daha gerçekçi bir gözle değerlendirmelerine yardımcı olur. Bu bağlamda BATNA'larının, düşündüklerinden daha kötü olduğunu taraflara açıklayarak, onların

74 AARON s. 213.

75 MNOOKIN/PEPPE/TULUMELLO s. 157.

76 BROWN, Henry/MARRIOTT, Arthur: ADR Principles and Practice, London 1999, s. 127; FOLBERG, Jay/TAYLOR, Alison: Mediation, A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, San Francisco 1984, s. 95; KOVACH, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004, s. 26; WARE, Stephen J.: Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001, s. 201; NOLAN-HALEY, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001, s. 62; MACKIE, Karl/MILES, David/MARSH, William/ALLEN, Tony: The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution, London 2000, s. 48; COUNCIL OF EUROPE: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003, s. 13; BÜHRING-UHLE s. 272; GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 111; ILDIR s. 88; ÖZBEK-Arabuluculuk Yönergesi Önerisi s. 189; ÖZBEK s. 201.

uzlaşma alanlarını genişletmeye çalışır⁷⁷.

Arbuluculuk teorilerine göre arabulucu, “kolaylaştırıcı” veya değerlendirici” olabilir. Her iki arbuluculuk yönteminin temel farklılığı, arabulucunun, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esası hakkında kendi görüşlerini bildirme ölçüsünde yatar. Müzakerelerin kolaylaştırılması, arabulucunun daima temel işlevidir. Doktrindeki ayrılık, arabulucunun müzakereleri kolaylaştırırken ne kadar aktif olacağı noktasındadır. Salt kolaylaştırıcı arabuluculuğu savunan görüşe göre, arabulucunun müzakerelere müdahalesi asgari düzeyde kalmalı ve arabulucu, sadece tarafların bir araya gelmesi için uygun ortamı oluşturarak müzakereleri yönetmelidir. Değerlendirici arabuluculuğa göre ise, arabulucu gerektiğinde bazı uzlaşma önerileri ortaya atabilmeli ve tarafları, bu önerileri benimsemesi için teşvik edebilmelidir. Her iki görüşün de ittifakla kabul ettiği esas, arabulucunun gerektiğinde aktif bir kolaylaştırıcı olabilmesi; fakat kendi tercih ettiği çözümü kabul etmeleri için tarafları zorlamaması gerektiğidir⁷⁸. İşte bu noktada, her iki arbuluculuk yönteminde de karar ağacından yararlanılabilir. Karar ağacı, uyuşmazlık konusu hakkında yapılan değerlendirmenin taraflara izah edilmesi ve gerekçelendirilmesi için bir vasıta şeklinde kullanılabilirdiği gibi, sadece bir kolaylaştırma yöntemi olarak da kullanılabilir. Bu sayede, değerlendirme yapmayan, salt “kolaylaştırıcı” olarak çalışan arabulucuların “tarafsızlıklarını” kaybedecekleri korkusuyla karar analizi yapmaktan çekinmeleri önlenmiş olur⁷⁹.

B) Uzlaşma Müzakerelerinde Karşılaşılan Engeller

Uzlaşma müzakerelerinde taraflardan kaynaklanan çeşitli engeller yüzünden müzakerelerin tıkanması mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri’ndeki uyuşmazlık çözüm kurslarının bir çoğu, uyuşmazlıkların çözümünü engelleyen duygusal, kişilerarası ve sosyal engeller üzerinde özel olarak durmaktadır. En sık karşılaşılan sosyal engeller, taraflar arasındaki iletişim ve anlayış eksikliğidir. Doktrinde uzlaşma müzakerelerindeki engeller, duygusal, kurumsal ve stratejik engeller olarak da tasnif edilmekte ve bu kapsamda temsilciden kaynaklanan engellerle taraflar arasındaki anlayış farklılığına özel bir önem verilmektedir⁸⁰. Arabulucu tarafından tespit edilen bu engellerin aşılması için, başta karar ağacı analizi olmak üzere farklı yöntemler kullanılabilir. Uyuşmazlık çözüm sürecinin ekonomik analizi, stratejik engellerin aşılmasını kolaylaştırmaktadır⁸¹. Uzlaşma müzakerelerinde karşılaşılan ortak engeller ve bu engellerin karar analiziyle aşılma şekli şu şekilde açıklanabilir:

77 BÜHRING-UHLE s. 291; ÖZBEK s. 264.

78 SCANLON, Kathleen M.: Mediator’s Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999, s. 2; BROWN/MARRIOTT s. 348; ÖZBEK-Arbuluculuk Yönergesi Önerisi s. 196.

79 HOFFER s. 120, dn. 13.

80 MNOOKIN, Robert H.: Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1993, Vol. 8, s. 235-249), s. 239-247.

81 BROWN, Jennifer Gerarda: Insights from Economics (Journal of Legal Education 2004/1, Vol. 54, s. 30-33), s. 30.

1) Tarafların Davanın Sonucu Hakkındaki Tahminlerinin Farklı Olması

Tarafların avukatları, davanın sonucu hakkında farklı tahminlerde bulunurlarsa, uzlaşma sağlanamayabilir. Tarafların yaptıkları değerlendirmelerdeki çelişkiler, karar ağacı üzerinde gösterilebilir. Örneğin davanın başarı şansı, belirli bir maddî olayın veya davanın kabulü halinde hükmedilecek tazminat miktarı gibi hususlarda yapılan tahminler farklı olabilir ve bu durum tarafların anlaşma alanını daraltır⁸². Bu çelişkili değerlendirmelerin ağaç üzerinde gösterilmesiyle, hem müzakere konuları daraltılmış hem de avukatlar, arabuluculuk sırasında davaya ilişkin görüşlerinde emin olmak için, iddialarını ve dayandıkları gerekçeleri tekrar gözden geçirmeye zorlanmış olur. Karar ağacı üzerinde değerlendirme yapılmasıyla, tarafların davanın tamamına ilişkin bakış açılarında da değişme görülebilir.

2) Taraflardan Birinin Uyuşmazlık Konusu Hakkında Diğer Tarafın Bilmediği Bilgilere Sahip Olması

Taraflardan biri, diğer tarafın bilmediği bir bilgiye sahipse, uzlaşmak güçleşir. Bir tarafın elinde, diğer tarafın haberdar olmadığı gizli bir bilgi veya belge mevcut olduğunda, bu tarafın dava sonucundaki beklentisi (beklenen parasal değeri) farklıdır ve arabulucunun yardımı olmadan uzlaşmak mümkün değildir.

Karar ağacı, tarafların gizli kalmasını istediği bilgiler açıklanmadan, taraflar arasında bilgi paylaşımını kolaylaştırır. Karar ağacı sayesinde avukatlar, birbirlerinin davanın başarı şansı ve beklenen parasal değeri konusundaki tahminlerini öğrenir. Böylece, hasmının talep ve beklentilerinin dayanağını anlayarak davadaki tüm hususları birlikte dikkate alan avukat, davayı “karşı tarafın gözüyle” değerlendirme fırsatı bulur. Sonuçta tarafların, davanın sonucuna ilişkin beklentilerinde bir yakınlaşma görülür.

3) Duygusal Konular

Taraflar ve avukatlar, uyuşmazlık hakkında duygusal hareket ederlerse, bu durum uzlaşma konusunda mantıklı düşüncelerine engel olur. Tarafların meselelere duygusal olarak yaklaşmayı bırakıp, uyuşmazlığı ticarî bir sorun olarak görmelerini sağlayan arabulucu, karar ağacını kullanarak, duygusal meseleleri aşabilir ve tarafları uyuşmazlığın mantıklı çözümüne odaklayabilir. Davanın esası hakkında soyut ve genel tartışmalar yapmak yerine, uyuşmazlık konusu olan somut olaylar üzerinde olasılık değerlendirmeleri yapılması suretiyle, duygusal düşünceler geri plâna itilmiş olur. Bu sayede karar analizi, tarafların mevcut sorunlardan ayrılmasına yardımcı olur. Başka bir ifadeyle taraflar, ilişkilerindeki gerginliklerle, üzerinde uyuşmazlık bulunan hususları birbirinden ayırarak, bu iki tür anlaşmazlığı bağımsız olarak değerlendirirler⁸³.

82 BROWN s. 30.

83 FISHER/URY/PAITON s. 19-39; GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 33.

4) Taleplerin Dayanağı Olan Maddî Olayların Farklı Değerlendirilmesi

Taraflar, taleplerinin dayanağı olan ve bu taleplerini haklı göstermeye elverişli bulunan maddî olayları farklı yorumladığı takdirde, davayı da farklı değerlendirirler. Tarafların, davanın olası sonucu hakkındaki tahminleri farklıysa uzlaşmak zorlaşır. Karar analiziyle, uzlaşmak için çözülmesi zorunlu olan uyuşmazlıklarla, çözümü gerekmeyen uyuşmazlıklar birbirinden tefrik edilir. Hassasiyet analizi, tarafların, uzlaşabilmeleri için çözümü önem taşıyan maddî olayları ayıklayarak bu olaylar üzerinde yoğunlaşmalarına yardımcı olur⁸⁴.

5) Müzakerecilerin Temsilci Olması Halinde Temsilden Kaynaklanan Sorunlar

Müzakerelere katılan avukatların veya diğer kişilerin, bir gerçek veya tüzel kişinin temsilcisi olması halinde, yapılan uzlaşmanın geçerli olması için temsil olunanın onayı gerekir. Bu halde uzlaşma süreci zorlu geçer. Zira müzakerelelere katılan temsilciler, hem birbirleriyle hem de temsil olunan kişiyle görüşme halindedirler. Böyle durumlarda yetkili temsilciler, yaptıkları anlaşmayı temsil olunana açıklamak için karar ağacı oluşturabilirler. Müzakereci daha sonra, taraflar arasında sağlanan uzlaşma taslağını temsil olunana sunar ve hazırlanan karar ağacı üzerinde olası riskleri de belirterek, varılan uzlaşmanın neden makul olduğunu açıklar. Hazırlanan karar ağacı, müzakerecinin, temsil ettiği kişiye, yapmış olduğu uzlaşmanın haklılığını gerekçelendirmesi ve temsil olunanın onayını alması için somut bir yöntem sunar.

Diğer yandan, müzakerelerde bazı avukatların kendi menfaatlerini öne çıkarması da, müzakereleri tıkayan bir başka engeldir. Avukatlık ücretinin saat üzerinden ödendiği Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde, avukatların saiklerinin müvekkillerinden farklı olduğu görülmüş, müvekkille avukatın menfaatlerindeki bu farklılık, müzakereleri tıkayabilmiştir⁸⁵. Karar analizi, müvekkilin gerçek menfaatlerini gün ışığına çıkartarak, avukatının aksi yöndeki telkinlerine rağmen, menfaatlerine uygun bir uzlaşma teklifini kabul etmesini sağlar. Karar ağacının hazırlama süreci, müvekkili ve avukatı objektif düşünmeye zorlar. Tarafların net gelirlerini azamileştirmeye ve masrafları asgariye düşürmeye çalıştıkları karar analizi yöntemi, müvekkilin menfaatine en uygun çözümü açıkça ortaya koyacağından, avukatın başka düşüncelerle uzlaşmayı olumsuz göstermesi önlenir.

6) Taraflar Arasında İletişim Eksikliği Olması

Taraflar arasındaki iletişim eksikliği, olası bir uzlaşma için hayati önem taşıyan, yapıcı bilgi alışverişinin doğurduğu dostane ilişkilere zarar verir. Karar analizi, ihtilafı konuları daraltarak, talepleri netleştirerek ve tarafların birbirini daha iyi anlamasını sağlayarak müzakereleri verimli bir mecraya sokar. Taraflar, anlaşamadıkları hususlarda daha olumlu

⁸⁴ HOFFER s. 124.

⁸⁵ MNOOKIN s. 242; ZUCKERMAN s. 2; ÖZBEK-Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler s. 216; GOTTWALD s. 15.

bir bakış açısı kazanır. Bu yapıcı müzakere ortamında taraflar ve arabulucu, uyuşmazlığın önemli noktaları üzerinde durur; böylece soyut ve gergin tartışmalar yerini, somut uzlaşma seçeneklerinin değerlendirildiği fayda-maliyet tahliline bırakır.

7) Uzlaşma Teklifine Tepkisel Olarak Karşı Koyulması

Taraflardan biri uzlaşma teklif ettiğinde, diğer taraf, psikolojik bir tepkiyle, yapılan uzlaşma teklifinin aleyhine olduğunu düşünerek teklifi reddedebilir. “Karşı taraf teklif ettiğine göre bu teklifte mutlaka aleyhe bir yön vardır” düşüncesi, uzlaşmayı zorlaştırır⁸⁶. Karar analizi, uzlaşma konusunda mantıklı bir çerçeve oluşturulması suretiyle, tarafların uzlaşma tekliflerini kabul etmesini kolaylaştırarak, yapılan uzlaşma tekliflerinin tepkiye dayalı olarak reddedilme riskini azaltır. Müzakerelerin sadece teklif ve karşı teklif sunma şeklinde yürütülmesi yerine, karar analizi yapılarak tarafların uzlaşma teklifinin dayanaklarını ve avantajlarını anlamasının sağlanması daha doğru bir yaklaşımdır.

8) Taraflar Arasında Bağlantılı Başka Uyuşmazlıklar Olması

Mevcut uyuşmazlığın çözümü başka bir anlaşmazlığın çözümüne bağlı olduğu takdirde, bu anlaşmazlık yapılacak uzlaşma kapsamına alınmazsa, uzlaşma sağlanması güçleşebilir. Aslı ve talı uyuşmazlıkların tümünü kapsayan bir karar ağacı modeli, olası uzlaşma seçeneklerinin tespitine yardımcı olur. Asıl uyuşmazlıkla bağlantılı uyuşmazlıkların olası sonuçlarını ve mevcut belirsizlikleri gösteren toplu bir karar ağacı yardımıyla, bütün uyuşmazlıkların çözümünü kapsayan uygun bir “uzlaşma paketi” oluşturulabilir⁸⁷.

9) Tarafların Risk Almaya İstekli Olması

Taraflar, az da olsa uzlaşma teklifiyle önerilen miktarı, garanti olduğu için kabul ederek, daha fazla kazanmak amacıyla dava açmayı göze almayabilir. Buna karşılık taraflardan biri, diğer tarafın önerdiği teklifi kabul etmektense, hepsini kaybetme riskini göze alarak davayı sürdürmek isteyebilir. Davacı ve davalı risk almak istemeyen kişilerse, uzlaşmak daha kolay olur; zira, her iki taraf da kaybetme riskini göze alamaz. Buna karşılık, taraflar riske girme eğilimindeyse uzlaşmak zorlaşır. Örneğin davalı, uzlaşarak davacıya bir miktar ödeme yapmak yerine, davayı kaybetme ve talep sonucunu tamamen ödeme riskini üstlenebilir⁸⁸.

Müzakerelerde taraflar, yaptıkları blöflerin anlaşılması için genellikle risk tercihleri ve tahammül noktalarını gizleseler de, karar analizi, tarafların risk tercihlerini ortaya koyar. Taraflar karar ağacını kullanarak, hasım tarafın risk tahammülünü test edebilirler.

86 MNOOKIN s. 246.

87 HOFFER s. 126.

88 MNOOKIN s. 243-245.

10) Samimi Olmayan ve Stratejik Davranışlar

Bazı avukatlar, müzakerelerde işbirliğine yanaşmayan katı bir tavır içine girerek, pazarlığın çitasını yükseltmeye çalışırlar. Müvekkilinin taleplerinde kararlı olduğu ve fazla bir pazarlık payı bulunmadığı izlenimini vermeye çalışan avukatlar, dava konusu olan taleplerini abartabilirler. Bu baskıcı talepler, avukatı inatçı olmaya iter ve uzlaşma müzakerelerinde avukatın geri adım atmasını zorlaştırarak hareket serbestisini daraltır. Bu da müzakerelerin verimsiz geçmesine yol açar⁸⁹.

Arabulucu, karar analizi yöntemini kullanarak tarafları, ortak bir çözüm bulmaları için çaba göstermeye yönlendirebilir. Böylece samimi olmayan, stratejik davranışlar aşgariye iner. Karar ağacının ayrıntıları çizildikçe, bazı stratejik itirazların yapılması mümkündür; fakat talep konusu hakkında aşırı inatçı olmak yerine bu tür girişimlerde bulunmak, müzakerelerin ilerlemesine daha az zarar verir⁹⁰.

11) Tarafların İlke Kararları Alması

Bazı uyuşmazlıklarda taraflar, dava sonunda alınabilecek aleyhe bir kararla kişisel veya ticari itibarlarının sarsılmaması veya emsal teşkil edebilecek bir karar yüzünden aynı konuda başka davaların açılma tehlikesiyle karşılaşmamak gibi sebeplerle aleni bir dava sürecine girmek istemezler. Bu gibi durumlarda tarafların uzlaşma değerini belirlemek güç de olsa arabulucu, karar ağacı yardımıyla azami uzlaşma değerini belirleyebilir. Örneğin 5 numaralı şekildeki farazi uyuşmazlıkta, (B) A.Ş.'nin ilke kararı olarak 5.000-TL'den fazla bir uzlaşma teklifini kabul etmediğini ve dava açılmasını tercih ettiğini varsayalım. Arabulucu, davalının kabul edebileceği uzlaşma teklifiyle, davanın beklenen parasal değeri arasındaki farkı belirlemek için (B)'ye, 8.800-TL üzerinde bir miktarı kabul edip etmeyeceğini sorabilir. Böylece davalının, temelsiz bir talebi kabul edip etmeyeceği, fedakârlık yapıp yapmayacağı öğrenilebilir. Davalı bunu reddederse, uzlaşma müzakereleri ve arabuluculuğun sonlandırılması yararlı olur. Buna karşılık davalı, karar ağacıyla modellenen davayı kaybetme ve bu durumun duyulması riskini almaktansa, mantıklı karar vermek adına 5.000-TL'lik uzlaşma miktarında esnek olduğunu açıklayabilir.

C) Arabulucuların Uzlaşma Müzakerelerinde Karşılaşılan Engelleri Aşmada Karar Ağacı Yöntemini Kullanması

Arabulucular, uzlaşmanın önündeki bazı engelleri⁹¹ daha kolay aşabilirler. Örneğin arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi güçlendirdiği ve duygusal tikanıklıkları ortadan kaldırdığı takdirde, tarafların birbirlerini doğru anlamalarına yardımcı olur. Arabulucu, davanın olası sonuçları hakkında tutarlı tahminlerde bulunmakta her zaman başarılı

89 MNOOKIN s. 239-241.

90 HOFFER s. 127.

91 Bu tür engellere örnek olarak, davanın sonucuna ilişkin tahminlerin birbiriyle çelişmesi, taraflar arasındaki duygusal gerginlikler, iletişim eksikliği ve bağlantılı başka uyuşmazlıklar olması gösterilebilir (Bkz. yuk. § 4. B).

olamayabilir; zira taraflar, yargılamaya hazırlanırken zayıf yönlerini görmezden gelerek güçlü yönleri üzerinde yoğunlaşırlar. Arabulucu, taraflarla müşterek bir model geliştirmek için çalışarak, uzlaşmanın önündeki engellerin aşılmasını kolaylaştıracak bir karar analizi yapabilir⁹². Bu yöntem, şekil 5'te görüldüğü gibi, dava yolunun her iki taraf için ne tür sonuçlar doğurabileceğini temsil eden bir şans ağacının yapılmasını gerektirir. Böylece taraflar, tartışmalarını bu ortak karar ağacının belirli yönleri üzerinde yoğunlaştırarak, müzakere sürecini daha etkin ve verimli hale getirebilirler⁹³.

Kolaylaştırıcı arabulucular (*facilitator mediators*), taraflara yardım etmek ve onların gerçeği görmesini sağlamak için, genellikle gerçeği ortaya çıkaracak sorular sorulmasını tavsiye eder. Tarafsız şekilde ortaya koyulan bu tür sına soruları (*probing questions*), tarafların ve avukatların davadaki zayıf, karşı tarafın ise güçlü yönlerini görmelerini kolaylaştırır. Bu tür sorgulayıcı soruların tarafsız bir tarzda sorulması uygulamada güçtür. Avukatların, müvekkillerine, dava konusu üzerinde araştırma yaptıklarını ve davada “kaya gibi sağlam” olduklarını söylemesi mümkündür. Arabulucu, tecrübelerine dayanarak formüle ettiği ve sorduğu sına sorularıyla, tarafların bu düşüncelerinin temelinde somut delil ve dayanakların olup olmadığını araştırır ve taraflar bu soruları, kendilerini savunacak şekilde yanıtlar. Arabulucunun, sorduğu doğrudan ya da dolaylı sorularla avukatların, müvekkillerine daha önce beyan ettiği görüşlerin isabetliliğini sorgulaması, diğer tarafı tutan bir izlenim vermesine yol açabilir. Arabulucunun soruları, doğrudan talep sahibinin zihnine yerleşir ve tarafların, daha önceki görüşlerine şüpheyle bakmasına, aynı zamanda arabulucunun da tarafsızlığı ve güvenilirliğini düşünmesine sebep olur⁹⁴.

Bununla beraber, tarafların kişisel tahminlerine dayalı abartılı talepleri, arabulucuyu ümitsizliğe düşürmemelidir. Karar ağacı analizi, arabulucunun tarafsız görünümünü zedelemeyen, tarafların taleplerini yumuşatmalarına yardımcı olabilir. Örneğin, yapım sözleşmesini fesheden bir yüklenicinin tazminat talebiyle açtığı davada, karar ağacı hazırlanırken davacının avukatı, mahkemenin, sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini kabul etme olasılığının %85 olduğunu ileri sürmüş olsun. Davacı avukatının diğer tahminleri arabulucuya bir ölçüde iyimser gelebilir; fakat arabulucu, arabuluculuk müzakerelerinde ileri sürülen bilgi ve belgelere dayanarak, %85 oranındaki başarı şansını aşırı yüksek bulabilir. Arabulucu, bu tahmin hakkında talep sahibine sına soruları yöneltmek yerine, şu şekildeki bir açıklamayla aynı amaca ulaşabilir⁹⁵:

“Elbette ki tüm bu olasılıklar sadece tahminlerinize dayalıdır. Başarı şansını %50, 60 veya 85 olarak ifade ettiğinizde, yüz defa yargılama yapılması halinde, bunun 50, 60 veya

92 Arabulucu, her iki tarafla birlikte bir karar ağacı hazırlayabileceği gibi, tarafların “dava açma” veya “uzlaşma” kararı vermelerine yardımcı olacak kendi karar ağaçlarını oluşturmalarına da yardım edebilir. Bu tür kişisel karar ağaçlarının üzerindeki seçeneklerin değerlendirilmesinde tarafsız ve sağlıklı bir bakış açısı geliştirilmesine yardımcı olan arabulucu, taraflarla yapacağı özel toplantılarda (*caucuses*) karar ağacı üzerinde istişare yapılmasını sağlayabilir. Karar ağacının hazırlanmasında arabulucunun taraflara yapacağı öneriler, tarafların dava ve uzlaşma seçeneği hakkında doğru karar vermelerini kolaylaştırır (**HOFFER** s. 121, dn.15).

93 **HOFFER** s. 121.

94 **AARON** s. 211.

95 **AARON** s. 212.

85 defasında başarılı olabileceğinizi belirtmiş olursunuz. Ancak davada sadece bir kez yargılama yapılacak ve hüküm verilecektir. Hiç kimsenin, bu tek kez yapılacak yargılamanın sonucunu önceden kesin olarak bilmesi mümkün değildir. Tahminimin güçlü olduğunu söylediğimde bile, başarı şansı tahminen %60 ilâ 70 arasındadır; fakat asla bir kesinlik sözü konusu değildir ve başarı şansı daima bu limitler arasında değişebilir. Tecrübelerime veya emsal bir davaya dayanarak başarı şansımızın %70 olduğunu söylesem bile, bu kesinlikle %68, 65 gibi daha düşük veya %72, 75 gibi daha yüksek bir olasılığın mevcut olmadığı anlamına gelmez. Dava bir kez görüleceği için, hiç kimsenin kesin bir şey söylemesi mümkün değildir. Benim amacım, tahminleriniz üzerinde tekrar düşünmenizi sağlamaktır. Davada feshinizin haklı bulunma olasılığının %85 olduğuna inanmaktasınız. Kendinizi bu hususta davada güçlü gördüğünüzü anlıyorum; fakat güçlü olmanız, başarı şansınızın %70 ve hatta %65 olduğu anlamına gelirse ne olacak? Bu durumda başarı şansınız, hâlâ %50'nin üzerinde olur ve beklenen parasal değeri yeni oranları dikkate alarak hesaplamamız uygun olur”.

Arbulucu bu şekilde, talep konusu hakkındaki görüşünü açıklamadan, davacının avukatını, talepleri üzerinde tekrar düşünmeye sevk etmiş olur. Böylece arbulucu, talep sahibinin başarı şansının, düşündüğünden farklı olabileceğini ve bunun, beklenen parasal değeri nasıl etkileyebileceğini talep sahibine göstermiş olacak; bu sayede de davacının bakış açısından “adil ve makul” bir uzlaşma noktası tespit edilebilecektir⁹⁶.

§ 5. KARAR ANALİZİ YÖNTEMİNE BAŞVURULMASINI ENGELLEYEN UNSURLAR VE YÖNTEMİN SINIRLARI

A) Arabuluculukta Karar Analizi Yönteminin Kullanılmasının Önündeki Engeller

Taraflar ve onların avukatları, karar analizi yöntemine yabancı oldukları için, bu yöntemin kullanılmasına soğuk bakabilirler. Karar analizi yönteminin başarılı olabilmesi için, arabulucular genellikle karşılaşılan engelleri ve bu engellerin aşılması için neler yapılması gerektiğini bilmelidirler.

1) Matematik İşlemlerine Yabancı Olma

Taraflar, matematik işlemleri yapmaktan çekinebilirler. Avukatlar, olasılık hesaplaması ve sonuçların tahliline dayanan bu yöntemi iyi bilmedikleri için, hasım taraf karşısında yetersiz kalacaklarını düşünebilirler. Arabulucu, tarafları karar analizi yapmaya ikna etmek için, ilk aşamada, tahmini para miktarı ve olasılık hesaplarını içermeyen sade bir karar ağacı yapmakla işe başlayabilir ve süreç ilerledikçe, avukatların isteği doğrultusunda matematik işlemlerine geçilebilir. Arabulucu bu aşamada, basit örneklerle taraflara, karar analizinin esaslarını anlatabilir ve taraflar bunları kavradıktan sonra matematik işlemleri yapabilir.

96 VICTOR s. 313.

2) Bilgisayara Yabancı Olma

Bilgisayar kullanmadan karmaşık karar analizlerinin yapılması verimli olmaz. Bu konuda geliştirilmiş yazılım programlarıyla, karmaşık karar ağaçları kolaylıkla hazırlanabilmektedir. Tarafların bilgisayara yabancı olmaları sebebiyle arabuluculukta karar analizinden çekinmeleri durumunda arabulucu, başlangıçta kağıt ve kalem kullanıp, tarafların sıkılması üzerine onları bilgisayara yönlendirebilir.

3) Kontrolü Kaybetme Korkusu

Matematik ve bilgisayara çok yatkın olan bir avukat bile, arabuluculukta sahip olduğu kontrol gücünü karar analizinde kaybedeceği endişesiyle, bu yönetime uzak durabilir. Avukat, dava sürecini temsilen bir karar ağacı modeli hazırlandığında, arabulucunun bu modeli, kendi istediği sonucu verecek şekilde hazırlayabileceğini ve tarafları bu sonucu kabul etmeleri yönünde ikna edebileceğini düşünebilir.

Arbulucu bu endişeyi yok etmek için, karar analizini, tarafların verecekleri kararları düşündükleri basit bir süreç şeklinde düzenleyebilir. Arabulucu, tarafların karar analizine başvurmakla bağlayıcı bir taahhütte bulunmuş olmayacaklarını ve bu çabanın, sadece dava sürecini değerlendirmekten ibaret olduğunu vurgulayarak, tarafların süreç üzerindeki kontrollerini kaybetme korkusuna kapılmalarını önleyebilir⁹⁷.

4) Davayı Kazanma Şansı Konusundaki Düşüncelerin Arabulucuyla Paylaşılma İstenmemesi

Avukatlar, arabulucuya samimi davranmayabilir ve özellikle değerlendirici arabuluculukta, arabulucuyu, haklı oldukları hususunda ikna etmeye çalışabilir. Bu sebeple taraflar, davayı kazanma şansları konusundaki düşüncelerini arabulucuyla paylaşmak istemeyebilir. Davayı kazanma şansının çok az olduğunu bilen bir avukat, olasılık değerlendirmesi yapılmasına ve davadaki durumlarının zayıf olduğunu kabule yanaşmaz. Her arabuluculukta görülebilen bu sorunlar, arabulucunun kullandığı gerçeklik testi ve şarta bağlı uzlaşma anlaşmasının hazırlanması gibi yollarla aşılabilir.

5) Tarafların Karar Analizi Sürecinde Yapıcı Davranmaması

Karar analizi modeli, tarafların umduğu sonucu ortaya koymazsa, genellikle taraflarca benimsenmez. Bu durumda, arabuluculuk müzakerelerinin de ilerlemesi zorlaşır. Arabulucu, ilk aşamada hazırlayacağı ağaç üzerinde, olasılık ve rakamlara yer vermeden, ağacın yapısını taraflarla birlikte kararlaştırarak bu sorunu aşabilir. Taraflar, ağacın şekli hakkında müşterek bir karar verdikten sonra, karar analizine daha yapıcı katılabilirler.

97 HOFFER s. 130.

6) Tarafların Karar Analizinden Çıkacak Sonuca Göre Müzakerelerde İsrarcı Olması

Karar ağacı modeli hazırlandığında, modele göre hukukî yönden daha avantajlı görünen taraf, taleplerinde ısrar edebilir ve yeni ayrıcalıklar isteyebilir. Taraflar, müzakerelerde böyle bir durumla karşılaşmamak ve diğer tarafı geri adım atmaya yanaşmayacağı bir müzakere ortamına sokmamak için, karar analizi yöntemini kullanmaktan çekinebilir.

Taraflar genelde bu tereddütlerini açıkça beyan etmediklerinden, karar analizine başvurulmasının önündeki engellerden aşılması en zor olanı budur. Arabulucu, karar analizinde esas alınan rakamların, doğru bir model oluşturmak amacıyla ortaya koyulan bir öngöründen ibaret olduğunu ve yalnızca bir dizi olasılığı temsil ettiğini vurgulayarak bu sorunu aşabilir⁹⁸.

B) Karar Analizi Yönteminin Bünyesinde Bulunan Eksiklikler

Karar analizi yönteminin kullanımı çok yaygın değildir. Bu durumun sebepleri arasında, yöntemin karmaşıklığı ile bir çok müzakereci ve arabulucunun bu yöntemde yabancı olması sayılabilirse de, bunun asıl sebebi, yöntemin bir kesinliğe değil, varsayıma dayalı olmasıdır. Taraflar, karar analizi sonucunda ortaya çıkan rakamlara güven duymakta zorlanabilirler. Ayrıca bu yöntem, bazı davalarda hayati rol oynayabilecek olan, değeri parayla ölçülemeyen etkenleri göz ardı eder. Bunun tipik örneği, risk alma korkusudur. Karar analizi, tecrübelerden yola çıkarak yapılan tahminlere dayandığı için, bu tahminler bazen yanıltıcı olabilir. Örneğin, bir avukat, müvekkiline, 5.000-TL talep ettikleri bir davayı kazanma şanslarının %20 olduğunu; buna karşılık karşı tarafın 800-TL ödemeyi teklif ettiğini söylerse, %20 gibi düşük bir başarı şansını göze alarak riske girmek istemeyen müvekkil, karşı tarafın uzlaşma teklifini kabul ederek kolayca yanılabilir. Bunu önlemenin yolu, gerçekleşme ihtimali olan her sonucu, gerçekleşme olasılığıyla çarparak, beklenen parasal değeri bulmaktır. Buna göre avukat, müvekkiline, gerçekleşmesini muhtemel gördüğü olasılıkları açıklamak yerine, beklenen parasal değeri hesaplamalı ve müvekkilinin kendi tercihini yapmasına izin vermelidir. Bu bağlamda avukat, 5.000-TL kazanma şanslarının %20; dolayısıyla davayı kaybetme olasılıklarının %80 olduğunu söylemek yerine, beklenen parasal değer (5.000 × 0.2 =) 1.000-TL olduğunu belirtmelidir.

Karar analizi yöntemiyle, tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinde parayla ölçülemeyen duygularının (örneğin öfke ve korkularının) değerlendirilmesi mümkün değildir; oysa bu etkenler, müzakerelerde önemli etkiye sahip olabilir. Örneğin, müzik kabiliyeti olan bir çocuğun hatalı tedavi edilmesi sonucu ölmesi sebebiyle, pediatri cerrahına karşı açılan bir tazminat davasında, davacı olan çocuğun kanunî temsilcileri ile davalı doktor arasında tazminat miktarı üzerinde yapılan uzlaşma müzakereleri tıkanmıştır. Bunun üzerine arabulucu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın salt paradan ibaret olmadığını anlayarak,

98 HOFFER s. 132.

davalı doktorun davacı ailenin hassasiyetlerini anlayabilmesi ve karşılayabilmesi için gayret göstermiştir. Böylece, davalı doktorun samimi üzüntü ve pişmanlığını açıklayarak, ailenin acısına ortak olması ve doğuştan müzik kabiliyeti olan çocukların eğitimine katkıda bulunmak üzere, vefat eden çocuğun adını taşıyan ufak bir ödül vermeyi taahhüt etmesiyle uzlaşma sağlanmıştır. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi, arabuluculuk veya uzlaşma müzakerelerinde karar analizi yönteminden yararlanmak isteyen taraflar, bu tür sorunlarla karşılaşmamak için, müzakerelerin belli noktalarda tıkanabileceğini bilmeli ve tarafların bu noktalardaki ısrarlarının sadece paraya dayalı çözümlerle giderilemeyeceğini, bu tür tıkanıklıkların parayla ölçülemeyen faktörlerle aşılması için çaba gösterilmesi gerektiğini unutmamalıdır⁹⁹.

Karar ağacı analizine karşı yapılan en haksız eleştiri, bu yöntemin faydasız olduğunu ileri sürmektir. İyi düşünüldüğü ve dikkatli bir tahlil yapıldığı takdirde karar ağacı yönteminin yararlı olacağına kuşku yoktur. Taraflar, avukatlar veya arabulucular, karar ağacını hazırlarken dava sürecinde karşılaşılabilecek olasılıkları iyi düşünmez, yol ayrımlarını dikkatle hesaplamaz, dava ile ilgili maddî olayları, hukukî sebepleri doğru tahlil etmez, taleplerinin ispatının mümkün olup olmadığını incelemeyen ve konuyla ilgili içtihatları araştırmazlarsa, ağacın ortaya koyduğu sonucun bir değeri olmayacaktır.

Buna karşılık, her dalda karşılaşılabilecek olasılıkların, tecrübeye dayalı ve objektif bir analizle belirlendiği, maddî olayların, zarar miktarının veya yargılama giderlerinin hukukî sebeplerle (kanun hükümleriyle) uyumlu olduğu ve taleplerin uygun delillerle desteklendiği bir karar ağacı, dava sürecindeki aşamaların titiz bir haritasını ortaya koyacağından, karar verecek kişiler için büyük değer taşıyacaktır.

Karar ağacı analizinde taraflar, sonuç hakkındaki tahminlerini rakamlarla belirtir ve belirli bir sonucun gerçekleşme olasılığını yüzdelerle gösterirler. Haksız fiilden veya sözleşmeden doğan borçlara ilişkin alacak veya tazminat davalarında yapılan bu tür nicelik değerlendirmeleri daha gerçekçi olur. Maddî ve manevî tazminat veya alacak talepleri gibi malvarlığı haklarına ilişkin olan; yani konusu para veya parayla ölçülebilen taleplerin nicelik değerlendirmesinin yapılması uygundur. Buna karşılık, dava sürecinin yol açtığı stres, tarafların harcadıkları emek ve zaman gibi kayıpların parayla ölçülmesi pek uygun değildir. Konusu para veya parayla ölçülebilen taleplerin dışında kalan konulara kaydıkça, karar ağacı analiziyle yapılan değerlendirmeler daha yapay ve subjektif olacak ve hatta bu konuların parasal bakış açısıyla irdelenmesi hoş karşılanmayacaktır. Bu sebeple arabulucular, karar ağacı hazırlarken, kural olarak taraflardan, taleplerinin parasal değerlendirmesini yapmalarını istememeli¹⁰⁰; bunun yerine, dava ve uzlaşma seçeneğinin parayla ölçülemeyen, olumlu ve olumsuz sonuçlarını sıralamalıdır.

Karar ağacı analizine karşı getirilebilecek haklı bir eleştiri, bu yöntemin kesin bir

99 BÜHRING-UHLE s. 299; GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 356.

100 Kaybedilen zamanın taraflara olan maliyeti gibi parayla ölçülebilen hususlarda, istisnaen taraflardan bu tür değerlendirmeler yapmaları istenebilir.

doğruluğu ortaya koymasının mümkün olmamasıdır. Örneğin bir avukat müvekkiline, davanın kazanılma şansının %70 olduğunu ifade ettiğinde, dava yüz defa görülmedikçe, bu oranın doğru olduğu kanıtlanamaz. Bunun gibi bir başka avukatın, aynı davada başarı şansını % 68 veya 72 olarak tahmin etmesi mümkündür ve bu konuda bir tartışmaya girilmesi de anlamsızdır. Bu tür oranlar, sadece kişilerin tahminlerinde ne kadar güçlü olduklarını göstermek için kullanılır. Ayı şekilde karar ağacının sağ uç düğümündeki rakamlar da herhangi bir kesinliği ifade etmezler. Örneğin bir karar ağacının tazminat miktarını belirleyen noktasında, mahkemece hükmedilebilecek manevî tazminatın 50.000-TL olduğu yazıyorsa, bu rakam, tazminatın 40.000 ilâ 60.000-TL arasında kalacağına ilişkin avukatın tahminini gösterir. Karar ağacının bu aşamadaki riski, tarafların, ağaç üzerindeki yüzde ve rakamları kesin kabul ederek bunlara tamamen güvenmesidir. Bunu önlemek için avukatların, karar ağacını hazırlarken ihtiyatlı davranarak taraflara, bu analizin sadece olasılıklara dayandığını ve mevcut rakamların tahminleri ifade ettiğini vurgulaması gerekir. Bu sayede, özenle ve dikkatle hazırlanan bir karar ağacı, dava sürecinin sisli atmosferini dağıtabilir, dava sürecini taraflar için daha öngörülebilir ve şeffaf hale getirerek tarafların mantıklı kararlar vermesine yardımcı olabilir¹⁰¹.

Karar analizi yönteminin bünyesinde bulunan eksiklikler şu şekilde özetlenebilir¹⁰²:

- 1) Karar analizi yöntemiyle ortaya koyulan rakamlar bir kesinlik ifade etmediğinden, tarafların aldanmasına izin verilmemelidir. Karar analizi, bir karar ağacı oluşturulması ve taraflar arasında diyalog başlatılması suretiyle, anlaşmazlıkların ortaya koyulmasını sağlayan bir yöntemdir. Taraflar arasında ihtilafı olan konular belirlendikten sonra, diğer yöntemlerden (örneğin ihtilafı konu hakkında bilirkişi görüşü almak gibi) yararlanılabilir.
- 2) Karar analizinde, sadece tarafların ekonomik çıkarları üzerinde durulmamalıdır. Zira, uyuşmazlığın çözümünde ekonomik etkenler dışında, değeri parayla ölçülemeyen etkenler de belirleyici olabilir.
- 3) Karar analizi, diğer uyuşmazlık çözüm yollarıyla birlikte, ihtiyatla ve dikkatle kullanılması gereken ve daima yanılma payı olan, fakat yararlı bir yöntemdir.

SONUÇ

Tıpkı arabuluculuğun her uyuşmazlığa uygun olmaması gibi, karar analizi de her arabuluculuğa uygun değildir. Arabuluculukta bu metodolojiden yararlanmanın uygun olup olmadığını belirlemek için esas alınacak kesin kurallar yoktur. Bu sebeple, her somut olayın özelliği dikkate alınarak, karar analizi yönteminin kullanılıp kullanılmayacağına arabulucu karar vermelidir. Arabulucu bunu yaparken, uyuşmazlığın niteliğine, tarafların durumuna ve uzlaşmanın önündeki engellere bakarak en doğru kararı vermeye

101 AARON s. 216; BÜHRING-UHLE s. 298.

102 GOLDBERG/SANDER/ROGERS/COLE s. 356.

çalışmalıdır. Örneğin tarafların uzlaşmamasının temel sebebi, dava sürecinin sonucuna ilişkin beklentilerinin farklı olmasıysa, karar analizine başvurulması yararlı olur.

Tarafların özellikleri de hiç kuşkusuz karar analizine başvurulmasına karar verirken belirleyici bir unsurdur. Örneğin tarafların bilgisayar ve matematik kavramlarına tamamen yabancı olması halinde, bu eksikliklerinin giderilmesi için büyük çaba gösterilmesi gerekebilir ki bu da çoğu zaman verimli olmaz. Bu nedenle arabulucu, tarafların kültür ve anlayış düzeyine uygun bir strateji geliştirmelidir.

Karar analizi yönteminin başarısında kilit süje arabulucudur. Arabulucu her iki tarafın da güvendiği, arabuluculuk hünerleri ve dava risk analizinde tecrübeli bir kişi olmalıdır. Bu bağlamda arabulucunun, dava sürecine ilişkin öngörüsünün mümkün olduğu kadar gerçekçi olabilmesi için, maddî hukuk ve yargılama hukuku bilgisi de önem taşır. Taraflar arabulucuya itimat etmez, arabulucunun kendilerini doğru yönlendireceğine inanmazlarsa, bu yöntem sonuçsuz kalır. Böylece arabulucu, karar analizi yöntemini iyi tanımalı, arabuluculukta bu yöntemden azami ölçüde faydalanabilecek beceriye sahip olmalı ve yeterli bilgisayar bilgisiyle donatılmış olmalıdır. Arabulucu, karar analizi yöntemini kullanmadan önce, bu yöntemin faydalarını ve eksikliklerini bilmelidir. Çözümü zor olan bir çok uyuşmazlıkta karar analizi, uzlaşmaya giden süreci kolaylaştırabilir. Müzakere hünerleri arasında karar analizi yöntemini de katan bir arabulucu, tarafları daha objektif bir temelde, kısır tartışmalar yapmak yerine yapıcı çözüm seçeneklerinin üretildiği bir müzakere ortamında daha kolay uzlaştırabilir.

Metodolojik düşünce tarzının hukukçulara kazandırılmasında, hukuk eğitiminin büyük önemi vardır. Bu sebeple, metodolojik düşünce tarzı, hukuk fakültesinde verilen eğitimden başlayarak, tüm hukukçulara öğretilmelidir¹⁰³. Hukuk fakültelerinin müfredatlarında, bilhassa hukuka giriş ve medenî usûl hukuku derslerinde müzakere hünerleri, arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında, karar ağacı analizine de yer verilmelidir. Hukuk eğitiminde öğrenciler, dava yolu ve yargılama hukuku kurallarından önce, aslı uyuşmazlık çözüm yolu olan müzakere ve arabuluculuk gibi dostane uyuşmazlık çözüm yollarını öğrenmeli, bu kapsamda karar analizi yapma yeteneğini kazanmalı, bundan sonra dava yolu ve yargılama usûlü kurallarını kavramalıdır. Böylece hukukçular, önlerine gelen uyuşmazlıkları “dava merkezli” bir yaklaşımla değil, “müzakere ve uzlaşma merkezli” bir yaklaşımla değerlendirebileceklerdir.

BİBLİYOGRAFYA

AARON, Marjorie Corman: Finding Settlement with Numbers, Maps, and Trees (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 202-218).

AARON, Marjorie Corman/

103 **BROWN** s. 31.

HOFFER, David, P. : Decision Analysis as a Method of Evaluating the Trial Alternative (Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators, New York 1997, s. 307-334).

AKINCI, Ziya : Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.

BAGLEY, Constance E. : Managers and the Legal Environment, Strategies for the 21st Century, Minneapolis/St. Paul 1995.

BROWN, Jennifer Gerarda : Insights from Economics (Journal of Legal Education 2004/1, Vol. 54, s. 30-33).

BROWN, Henry/

MARRIOTT, Arthur : ADR Principles and Practice, London 1999.

BÜHRING-UHLE, Christian : Arbitration and Mediation in International Business, The Hague 1996.

COMMITTEE OF EXPERTS ON

EFFICIENCY OF JUSTICE : Report on “What place is there for civil mediation in Europe”, Strasbourg 2001.

COSTELLO, Edward J.: To mediate or not to mediate... (The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1998, Vol. 7, s. 25-30).

COUNCIL OF EUROPE : Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003.

ERTEL, Danny: Müzakereyi Bir Şirket Yeteneği Haline Getirmek (Çev. İbrahim Bingöl) (Müzakere ve Anlaşmazlık Çözümü, Ankara 2000, s. 107-132, MESS-Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası, Yayın No: 329).

EUROPEAN COMMITTEE ON

LEGAL CO-OPERATION : 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice, London 2000.

FISHER, Roger/**URY**, William/

PATTON, Bruce: Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in, New York 1991.

GOLDBERG, Stephen B./

SANDER, Frank E.A./

ROGERS, Nancy H./

COLE, Sarah Rudolph: Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, New York 2003.

GOTTWALD, Peter: Medenî Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz (Çev. Sema Taşpınar) (AÜHFD 2002/1, s. 1-17).

HOFFER, David P.: Decision Analysis as a Mediator's Tool (Harvard Negotiation Law Review 1996, Vol. 1, s. 113-137).

ILDIR, Gülgün : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

KOVACH, Kimberlee K.: Mediation, Principles and Practice, St. Paul 2004.

MACKIE, Karl/

MILES, David/

MARSH, William/

ALLEN, Tony: The ADR Practice Guide, Commercial Dispute Resolution, London 2000.

MNOOKIN, Robert H.: Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1993, Vol. 8, s. 235-249).

MNOOKIN, Robert H./

PEPPET, Scott R./

TULUMELLO, Andrew S.: Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, Harvard University Press 2000.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M.: Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, St. Paul 2001.

O'REILLY, Michael/

MAWDESLEY, Michael: The management of disputes: a risk approach (ADRLJ 1994, Vol. 3, s. 260-268).

ÖZBEK, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004.

ÖZBEK, Mustafa: Avrupa'da Arbuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502).

ÖZBEK, Mustafa: Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin

Öngörülen Tedbirler (AÜHFD 2006/1, s. 207-292).

ÖZBEK, Mustafa : Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231).

PEKCANITEZ, Hakan : Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler (İz. B.D. 1995/2, s. 103-113).

SCANLON, Kathleen M. : Mediator's Deskbook, CPR Institute for Dispute Resolution, New York 1999.

ŞANLI, Cemal : Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002.

VICTOR, Marc. B. : Litigation Risk Analysis and ADR (Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 307-332).

WARE, Stephen J. : Alternative Dispute Resolution, St. Paul 2001.

WILKINSON, John H. : Advantages and Obstacles to ADR (Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 11-29).

YILMAZ, Ejder : Medenî Hukuk ve Usul Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalet (Yeni Türkiye, 1996/10, s. 470-493).

YILMAZ, Ejder : Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76).

ZUCKERMAN, Adrian A.S.: Reforming civil justice systems: trends in industrial countries, The World Bank Notes 2000/46.

OTURUM BAŞKANI Prof. Dr. KEMAL DAYINLARLI - Bu kıymetli açıklamaları için değerli meslektaşımız Sayın Özbek'e çok teşekkür ederiz.

Verdiği açıklamalar doğrusunu söylemek lazım gelirse benim için de yeni konular içermektedir. Bu bakımdan ben de bu açıklamalardan dolayı son derece müstefit oldum.

Şimdi sırada İstanbul Barosuna kayıtlı, avukat olarak Genç Avukatlar Birliği Başkanlığını da yapan İstanbul Barosu üyesi Avukat Hakları Merkezi Genel Sekreteri, İstanbul Barosu Medya Komisyonu Yürütme Kurulu Üyesi, İstanbul Barosu Bölge Temsilcisi sayın Hasan Kılıç Beyefendiye sözü bırakıyorum.

Av. HASAN KILIÇ (İstanbul Barosu)- Teşekkür ederim.

Değerli meslektaşlarım; hepinize öncelikle hoş geldiniz diyorum.