

AVUKATLIK KANUNU
TASARISI ÇALIŞMA METNİNİN
UZLAŞMA SAĞLAMAYA
İLİŞKİN 35/A MADDESİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ*

Av. Şamil DEMİR**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Barosu; LL. M. (Başkent).

ÖZ

Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan “1136 sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma Metni”, 21.03.2012 tarihinde görüşe açılmıştır. Metinde Avukatlık Kanunu’nda köklü değişiklikler önerilmiştir. Bu çalışmada yürürlükteki Av. K. 35/A maddesinin, Değişiklik Önerisi Çalışma metninde korunan kısmı ile maddeye eklenmesi düşünülen iki yeni fıkranın değerlendirmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Uzlaşma, Arabuluculuk, Sulh, Avukatlık.



EVALUATION OF ARTICLE 35/A
CONCERNING CONCILIATION
OF THE DRAFT ATTORNEYSHIP
ACT WORKING TEXT

ABSTRACT

Turkish Union of Bar Associations prepared a draft amendment in the name of the 1136 numbered Code of Lawyers’. The discussions related to this topic was opened on March 21, 2012. The study focuses on analysing the 35/A Article as well as the two new draft paragraphs of the same article of the aforementioned code.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Conciliation, Mediation, Compromise, Advocacy.

GİRİŞ

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, Avukatlık Kanunu m. 110'un verdiği yetkiye dayanarak 13.01.2010 tarih ve 51 sayılı kararı ile “**1136 sayılı Avukatlık Kanununda yapılması düşünülen değişikliklerin belirlenerek değişiklik metninin hazırlanması için**” bir çalışma grubu oluşturmuştur^[1]. Yapılan çalışmalar sonunda görüşe açılan Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metni şüphesiz avukatlık mesleği açısından önemli yenilikler içermektedir. Bu çalışma kapsamında, Av. K. m. 35/A'da düzenlenen ve doktrinde uygulamasında sorunlar olduğu kabul edilen avukatların “uzlaşma sağlama” yetkisi tekrar gündeme gelmiştir. Fakat ne yazık ki görüşe açılan metinle maddenin uygulamasını engelleyen sorunları ortadan kaldıracak bir yenilik ortaya konulamamıştır. Av. K. m. 35/A'ya yasalması muhtemel Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nda (HUAKT) düzenlenen arabuluculuk kurumuna rakip bir “uzlaştırıcı-avukatlık” statüsü getirilerek avukatların iyi düzenlenmediği için atıl kalmış mevcut yetkilerine bir yenisinin eklenmesi düşünülmektedir. Bu çalışmada, görüşe açılan Çalışma Metninin uzlaşma sağlamaya ilişkin 35/A maddesinin kabul görmesi halinde işleyip işlemeyeceğine dair bir benzetim (*simulation*) yapılacaktır.

A. MADDENİN YÜRÜRLÜKTEKİ HALİ İLE ÇALIŞMA METNİYLE KORUNAN KISMINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I. Uzlaşma Sağlamaya Başvurulabilecek Zaman Dilimi

Yürürlükteki Av. K. m. 35/A'da düzenlenen avukatların uzlaşma sağlama yetkisi, zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Düzenlemeye göre avukatlar, önüne gelen iş ve davayla ilgili olarak, iş sahibinin talimatını alarak, uyuşmazlık adliyeye intikal etmeden önce ya da dava açıldıktan sonra, fakat tahkikata ilişkin duruşma başlamadan önce karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilir. Avukatlar, tahkikata ilişkin ilk duruşmadan sonra uzlaşma teklif edemezler^[2].

Yürürlükteki Av. K. 35/A'da avukatların uzlaşma sağlama yetkilerini kullanabilecekleri son zamanı ifade etmek için, “*duruşma başlamadan önce*” ifadesi kullanılmıştır. Fakat “*duruşmaların başlaması*”, aşına olduğumuz bir medeni

[1] Avukatlık Kanunu Tasarısı Değişiklik Önerisi Çalışma Metni için bkz. <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=12465&Tip=Duyuru> (Son erişim tarihi: 23.03.2012)

[2] Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011 (Demir – Uzlaşma Sağlama) s. 88.

yargılama hukuku terimi değildir. Doktrindeki görüşlere göre duruşmaların başlamasından, tahkikata tâbi davalarda tahkikat başlamadan önceki dönemi anlamak gerekir^[3]. Kanımca sözü edilen ifadeyi “*ilk duruşmadan önce*” şeklinde yorumlamak doğru olacaktır^[4].

HMK m. 137 ve devamı maddeleri ile medeni yargılamada yeni bir aşama olan “*ön inceleme*” düzenlenmiştir. Karşılıklı dilekçelerin verilmesi, mahkemenin dava şartlarını ve ilk itirazları incelemesi, uyuşmazlık konularının netleşmesi, delillerin sunulması ve toplanması, tarafların sulhe teşvik edilmesi gibi işlemler artık ön inceleme aşamasında yapılacak ve bu işlemler tamamlandıktan sonra tahkikata geçilebilecektir^[5]. Bu yeniliğin uzlaşma sağlama yetkisi üzerinde de etkileri bulunmaktadır. Artık dava açıldıktan sonra ön inceleme aşamasında yapılması gereken işlemler tamamlanmadan, Av. K. m. 35/A anlamında sözü edilen duruşmalara başlanamayacaktır. Hâkim, ön inceleme aşamasında dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra tarafları, sulhe teşvik etmek ve bu mümkün olmazsa uyuşmazlık konularını tespit etmek için ön inceleme duruşmasına çağırarak yükümlüdür (HMK m. 139). Kanımca ön inceleme duruşmasının Av. K. m. 35/A anlamında “*ilk duruşma*” olarak kabul edilmesi mümkün değildir^[6]. Uzlaşma sağlamaya başvurulabilecek son zamanı ifade eden duruşmalar, HMK m. 147, II uyarınca mahkeme tarafından gönderilecek davetiyede belirtilen gün ve saatte başlayacak olan duruşmalardır^[7]. HMK m. 137 ve devamında düzenlenen ön inceleme aşaması, ilk duruşmaya kadar tamamlanması gereken işlemleri açıklığa kavuşturmaktadır. Hâkim ön inceleme duruşmasında tarafları sulhe teşvik ederek bunu tutanağa geçirmek zorundadır (HMK 137, I). Uzlaşma davetinin kabul edilmesi hâlinde müzakerelerin ne kadar süreceği, duruşmalardan (HMK m. 147, II) önce başlamış uzlaşma sürecinin duruşmalardan sonra da devam edip etmeyeceği, müzakerelerin mahkeme tarafından bekletici sorun

[3] Ulukapı, Ömer: Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen ‘İlam Niteliğinde Belge’ Üzerine Bir İnceleme (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 447-460) s. 456-457, Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği (EÜHFD 2004/3-4, s. 387-418) s. 407; Özbek, Mustafa Serdar: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli, Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010, s. 379-408) (Özbek–Uzlaşma) s. 389.

[4] Yılmaz, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856) (Yılmaz–Uzlaşma Sağlama) s. 848; Özbek–Uzlaşma s. 389; Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009 (Özbek–ADR) s. 737.

[5] Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, s. 69-78) s. 75-76.

[6] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 89.

[7] Pekcanitez/Atalay/Özkes’e göre; “*Yeni sisteme göre ilk duruşma, ön inceleme ilk duruşması olmalıdır*” (Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011 s. 368).

olarak kabul edilip edilmeyeceği Av. K. m. 35/A'da düzenlenmemiştir^[8]. Fakat hâkim ön inceleme aşamasında tarafların başlattığı uzlaşma sürecine dâhil olabilir, hatta uzlaşma sağlayabilmeleri için taraflara bir defaya mahsus ek süre verebilir (HMK m. 140, II). Ön inceleme aşaması, dava açıldıktan sonra ilk duruşmaya kadar geçen süre artık uzlaşma teklifi götürmek için kullanılacak pasif bir zaman dilimi olmaktan öte bir anlam kazanmıştır^[9]. Diğer yandan uzlaşma sürecinin işleyişini belirsizliklerden kurtarmak için uzlaşma teklifine belirli bir sürede cevap verilmezse, teklifin reddedilmiş sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç vardır^[10]. Bu süre HUAKT m. 13, I'deki gibi otuz gün olarak belirlenebilir^[11].

II. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler

Avukatlar uzlaşma sağlama yetkilerini kullanmak istediklerinde, uzlaşma görüşmelerine başlamış olmanın, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle bir etkisi yoktur. Ne Av. K.'nda ne de Av. K. Yönetmeliğinde görüşmelerin başlamasının zamanaşımı ve hak düşürücü süreleri durduracağına ilişkin bir düzenleme vardır. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin taraflar için sorun olduğu uyuşmazlıklarda, sadece bu sürelerin baskısı nedeniyle taraflar, uzlaşma sağlama yoluna gitmekten kaçınılabirler^[12]. Hâlbuki tarafların birbirlerini uzlaşmaya davet ettikleri tarihten itibaren geçecek sürenin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı düzenlenmiş olsaydı, tarafların uzlaşma sağlamayı tercih edilmesi kolaylaşır^[13]. Diğer yandan tarafların bir anlaşmaya varamaması hâlinde sürelerin tekrar hangi tarihten itibaren hesaba katılacağına da düzenlemesi gerekmektedir. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasına etki edecek bir düzenleme, maddi hukuka ilişkin sonuçlar doğuracağından, yönetmelikle değil kanunla yapılmalıdır. Böylelikle BK m. 132 (TBK m. 153)'de sayılan zamanaşımını durduran hallere özel kanunla bir yenisi eklenmiş olur^[14].

[8] Demir, Şamil: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri (THD 2008/2, s. 193-203) (Demir-35/A) s. 200; Demir-Uzlaşma Sağlama s. 352.

[9] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 91.

[10] Bulur, Alper: Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Çözüm Önerisi (TBBD 2010/89, s. 197-241) s. 234.

[11] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 352

[12] Özbek-ADR s. 750; Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER, 2005/2, s. 353-369) (Sungurtekin-Özkan-Uzlaşma Sağlama) s. 358.

[13] Demir-35/A s. 194; Demir-Uzlaşma Sağlama s. 351.

[14] Özbek-Uzlaşma s. 391; Özbek-ADR s. 750.

Taraflar görüşmelere devam etmek istemelerine rağmen, müzakere konusu hukuki işlem ve ilişki nedeniyle zaman aşımı süresi dolmak üzere olabilir. Bu durumda taraflar, BK m. 127 ve TTK m. 6'nın kapsamına girmeyen konularda zaman aşımı sürelerinin uzatılması, durması ve kesilmesi anlamına gelecek sözleşmeler yapabilirler, zaman aşımı süresi dolduktan sonra bu def'iyeleri sürmekten feragat edebilirler^[15]. Fakat Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metni'nde tarafları süreleri düzenleyerek ek sözleşme yapmak zorunda bırakmayacak bir düzenleme önerisine ne yazık ki yer verilmemiştir.

III. Avukatın Uzlaşma Sağlama Sırasında Yerine Getireceği Görevin Ne Olduğu Konusundaki Belirsizlik

1. Uzlaşma Sağlamada Avukatlara Yüklenen Arabuluculuk Rolü

Uzlaşma sağlamanın uygulanmasını engelleyen etkenlerden birisi de konu hakkındaki kavram kargaşasıdır. Uzlaşma sağlama, özellikle arabuluculuk ve sulh kurumlarıyla sıklıkla karıştırılmaktadır. Bunun sonucu olarak sürece katılanların yetkileri, sorumlulukları ve uyuşmazlığın çözümlenebileceği zaman dilimi açısından belirsizlikler yaşanmakta, çözüm yolunun niteliği ve kapsamı, onu ifade eden kavramlardaki belirsizlik nedeniyle tam olarak anlaşılammaktadır^[16]. Doktrindeki görüşlere göre uzlaşma sağlama, diğer yetkileriyle birlikte değerlendirildiğinde, avukatların uyuşmazlıkların çözümünde bir aracı olmaktan çıkarılıp bizzat çözümü sağlamakla yetkilendirildiği bir yöntemdir^[17].

Av. K. m. 35/A'da düzenlendiği şekliyle uzlaşma sağlamanın, tarafların uyuşmazlığı karşılıklı görüşmelerle çözümlenmeye çalıştıkları bir "müzakere" yöntemi olduğu konusunda tereddüt yoktur^[18]. Avukatın uzlaşma sağlama sürecindeki rolünü belirsizliğe sokan esas problem uzlaşma sağlamanın uygulanmasına ilişkin Kanunun belirlediği çerçeveyi aşan Av. K. Yön.'nin 16. maddesinden kaynaklanmaktadır. Av. K. Yön. m. 16'da avukatlar, müzakereleri bir arabulucu gibi yönetmekle görevlendirilmişlerdir. Yönetmeliğin, Kanuna aykırı olduğunu göz ardı eden bazı yazarlar avukatların uzlaşma sağlamadaki işlevinin arabuluculuk olduğunu savunmuşlardır. Bu görüşlere göre; Av. K. Yön. m. 16'da sayılan ve

[15] Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Demir–Uzlaşma Sağlama § 6. G.

[16] Atalay, İbrahim Orkun: Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolu Olarak Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma, (Legal Hukuk Dergisi 2004/8, s. 2207-2223) s. 2222.

[17] İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003 s. 140; Özbek, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk (ABD 2001/3, s. 113-139) (Özbek–Arabuluculuk) s. 129; Atalay s. 2213.

[18] Özbek–ADR s. 734; Güner, Semih: Avukatlık Hukuku, Ankara 2009 s. 135; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 116.

tarafsız üçüncü kişi niteliğindeki arabulucuya mahsus yükümlülükler, uzlaşma sağlama yetkisinin uygulamasıyla örtüşmektedir. “Yine avukatlar, her ne kadar müzakerelere taraf vekili olarak katılsalar da kendilerine verilmiş bulunan kurumsal bir görevi yerine getirdiklerini unutmadan, tarafların uzlaşmasına eylemsel ve hukuki olarak uygun ortam yaratmaya çalışmalıdır”^[19]. Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere doktrinde uzlaşma sağlama sırasında avukatın yerine getireceği işlevin arabulucu ve uzlaştırmacıya benzetilmesi sıkça rastlanan bir durumdur. Kanımca bahsi geçen görüşleri savunmak “*taraf avukatlarına*” esas görevleri olan taraf vekilliği ile çelişen birçok işlev yüklemek anlamına gelecektir^[20]. Yönetmelikte avukatların arabuluculuk yaptığı düşünülerek kaleme alınan yükümlülükler, avukatın esas işlevi olan taraf vekilliğine ve meslek kurallarına uygun değildir. Meslek kurallarına uyararak görevini sadakatle yürütmesi gereken^[21] avukatlara, hakem, hâkim, arabulucu gibi tarafsız üçüncü kişilerin işlevi yüklenmemelidir^[22]. Bir müzakere sırasında avukatın müvekkilini temsil etmek ve onun menfaatlerini savunma görevini yaparken bir yandan yansız kalması, olanaksızdır. Bu açıdan meslek kurallarında düzenlenen özdeşleşme yasağı^[23] ile Yönetmelikle avukata yüklenmeye çalışılan yansızlık birbirine karıştırılmamalıdır^[24].

Kanunda öngörülmemesine karşın arabulucunun olmadığı bir arabuluculuk süreci Yönetmelikle düzenlenmeye çalışılmış, taraf avukatları birlikte hareket ederek arabuluculuk yapmakla görevlendirilmiştir. Ne var ki bu işlevi yerine getirebilecek tarafsız bir üçüncü kişi olmadığından arabulucunun ifa etmesi gereken yükümlülükler, tarafların avukatlarına yüklenmiştir. Fakat bu durumun yarattığı çelişki avukatlar tarafından fark edilerek uzlaşma sağlama yetkilerini kullanmaktan kaçınmalarına neden olmuştur. Çünkü “*avukatın davranışının yasalara uygun olması, onun mesleğini sadakatle icra yükümlülüğünün ihlaline mazeret sayılamaz*”^[25]. Kısacası, avukatlar Yönetmelik m. 16’ya uygun davranırlarsa meslek kuralları ihlal etmiş olacaklardır^[26]. Avukatın rolünün bahsedilen nedenlerle yeniden ele alınması gerektiğini daha önce savunmuştuk. Fakat bu çalışmanın konusu olan TBB’nin hazırladığı Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metni’nde, Av. K. m. 35/A’da düzenlenmeyip Kanuna aykırı olarak Yönetmelikte düzenlenen arabuluculuk işlevi, ileride değinileceği gibi yeni bir fıkra ile bu kez

[19] Özbek–ADR s. 734; Özbek–Arabuluculuk s. 129, 133; Güner s. 136; Sungurtekin–Özkan–Uzlaşma Sağlama s. 357-365.

[20] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 131.

[21] Avukatlık Meslek Kuralları m. 3.

[22] Aksi görüşler için bkz. Ildır s. 140-143; Sungurtekin–Özkan–Uzlaşma Sağlama s. 361; Özbek–Arabuluculuk s. 113, 129; Özbay s. 402.

[23] Avukatlık Meslek Kuralları m. 6.

[24] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 132.

[25] Erem, Faruk: Meslek Kuralları (Şerh), Ankara 2009 s. 61.

[26] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 133.

avukatların tarafsız üçüncü kişi olarak uyuşmazlığın çözümüne dâhil edilmesi suretiyle Kanuna taşınmıştır.

2. Uzlaşma Sağlamada Avukatların Taraf Temsili İşlevi

Kanımcı avukatların uzlaşma sağlama işlevindeki belirsizlikler ancak meslek kuralları çerçevesinde giderilebilir. Bu anlamda nazara alınması gereken en önemli mesleki yükümlülük Avukatlık Meslek Kuralları m. 6'da düzenlenen "özdeşleşme" yasağıdır. Özdeşleşme yasağıyla amaçlanan avukatların iş sahiplerinin ruh haline bürünmesini engelleyerek avukatların taraf vekilliği işlevini vurgulamaktır^[27].

Bireyler avukatlara hukuku iyi bilmeleri yanında "bağımsız temsilciler" olmaları nedeniyle ihtiyaç duyarlar. Hukuki bir uyuşmazlık yaşayan insanların uzlaşma gibi dostane bir süreçte avukata ihtiyaç duyması iki nedene dayanır. İlki avukatların kişi ve kurumları temsil etmekteki beceri ve tecrübeleridir. Bu nedenle müzakereler sonunda en elverişli anlaşmayı imzalamak için bir avukatla temsil edilmek akıllıca olacaktır. İkincisi ise avukatların iş sahibinden bağımsız ve işle özdeşleşmemiş kişiler olmaları nedeniyle sert pazarlık yapılmasının ilişkilere zarar vermesini önleyecek olmasıdır^[28].

Avukatların uzlaşma sağlama sürecindeki işlevi, çözüm üretmeye etkin olarak katılmayı ve bir yandan da ilgili tarafın temsili gibi bir görevi yürütmeyi gerektirdiğinden karma bir roldür^[29]. Kanımcı bu rol; avukatın meslek kurallarıyla belirlenmiş bağımsızlık ve özdeşleşme yasağına ilişkin yükümlülükleri ile bir vekil olmanın çizdiği sınırlar içerisinde icra edilebilecek bir tür kolaylaştırıcılıktır (*facilitation*). Avukatlar bu kapsamda iş sahiplerinin ihtiyaç ve beklentilerine cevap veren, uygulanabilir anlaşmalar geliştirmelidirler^[30]. Av. K. m. 35/A kapsamında yapılan görüşmelerde avukatların müvekkilleri adına oluşabilecek riskleri ve müvekkillerinin borçlanacakları edimleri belirlemeleri^[31] ve buna uygun stratejiler belirlemeleri gerekir^[32].

IV. Uzlaşma Sağlama Yoluyla Çözülebilecek Uyuşmazlıklar

Uzlaşma sağlama yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıklar, kanun koyucu tarafından "tarafkların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konular" olarak genel bir çerçevede belirlenmiştir. Bu şekilde sayma yönteminin yaratabileceği

[27] Eğer iş sahibiyle avukat arasında aynı zamanda bir işçi-işveren ilişkisi varsa avukatın, etkin ve bağımsız müdahale şansı azalacaktır.

[28] Luecke, Richard: Müzakere (Çev. Meral Çıyan Şenerdi), İstanbul 2008 s. 148.

[29] Atalay s. 2216.

[30] Mnookin, Robert H./PeppetA, Scott R./Tulumello, Andrew S.: Beyond Winning Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, London 2000 s. 143.

[31] Mnookin / Peppet / Tulumello s. 144.

[32] Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama s. 134.

sorunların önüne geçilmek istenmiş, Kanunun değişen mevzuat karşısında güncelliğini koruması amaçlanmıştır. Doktrinde kanun koyucunun belirlediği kapsama ilişkin herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır^[33].

Buna karşın Yargıtay'ın, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri bazı konularda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olan tahkim hakkındaki daraltıcı yorumu, aynı kapsamdaki uyuşmazlıklara uygulanabilecek uzlaşma sağlama açısından tereddütlere yol açmıştır. Vardıkları anlaşmanın Yargıtay nezdinde geçerli olmasını isteyen taraflar, kapsamdaki belirsizlik nedeniyle uzlaşma sağlamaya başvurmaktan kaçınılabirler. Açıklanan nedenle, Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metni'nde bazı uyuşmazlık türlerinin örnekleme yöntemiyle sayılması yararlı olur^[34]. Bu sayede kapsama ilişkin tartışmalar büyük ölçüde sona erdirilerek uygulamanın önündeki engellerden birisi ortadan kaldırılmış olur^[35].

Tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri bazı konularda uzlaşma sağlama Türk vatandaşları arasında olduğu gibi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da uygulanabilmeli, bunun önünü açacak düzenleme yapılmalıdır^[36].

V. Uzlaşma Tutanağının Düzenlenmesindeki Şekilcilik

Sözleşmelerin şekle tâbi olması sağladığı güvence nedeniyle faydalıdır^[37]. Fakat bir sözleşme için sıkı şekil şartları belirlenmesi sözleşmenin yapılmasını güçleştirir ve zaman kayıplarına yol açar^[38]. Av. K. Yön. m. 17'de, bahsedilen sakıncalara yol açan ve Kanunla belirlenmiş unsurları aşan emredici şekil şartları getirilmiştir. İmzalanan bir tutanakta Yönetmelik'te belirlenen unsurlardan biri ya da birkaçının eksik olması –bu unsurlar aynı zamanda geçerlilik şartı olduğundan– tutanağın ilâm niteliğini zedeleyecektir. Bu nedenle uzlaşma tutanağının unsurları sadeleştirilmelidir^[39].

VI. Tutanağın İspat Gücündeki Eksiklik

Hukuk yargılamasında bir ispat vasıtası olarak uzlaşma tutanağının niteliği adi senettir. Bu nedenle tutanak üzerinde bulunan imzaların inkâr edilmesi halinde güçten düşürülmesi oldukça kolaydır. Bu durumun ortadan kaldırılması ve aynı

[33] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 355-356.

[34] Örneğin işçi–işveren, kiracı–kiralayan arasındaki uyuşmazlıklar, örnekleme yöntemiyle sayılabilir.

[35] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 356.

[36] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 356.

[37] Bkz. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 237-239

[38] Eren s. 239

[39] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 357-358.

zamanda ilâmlı icraya dayanak olabilecek uzlaşma tutanağının ispat vasıtası olarak gücünün artırılması için “*resmi senet hükmünde*” olacağının düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece uzlaşma tutanağı hak ettiği şekilde imtiyazlı bir ispat gücüne kavuşabilir. Bunun sonucu olarak taraflar, ayrıca tutanağın sıhhatini ispatla uğraşmaz. Uzlaşma tutanağının resmi senet gibi hüküm ifade edeceğinin düzenlenmesi, sahteliği ispat edilinceye kadar HMK m. 204 uyarınca kesin delil olmasını sağlar ve tutanağa karşı ancak HMK m. 208 vd. maddeleri uyarınca sahtelik iddiasında bulunulmasına cevaz verir^[40].

VII. Gizlilik ve Kullanılmayacak Delil ve Beyanların Düzenlenişi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına hâkim olan en önemli ilkelerden birisi olan gizlilik, Av. K. m. 35/A’da düzenlenmemiştir. Bu eksiklik, açılması muhtemel bir davada kullanılması mümkün olmayan delil ve beyanlar olarak Av. K. Yön. m. 16’da giderilmeye çalışılmıştır. “*Müzakerelerin gizliliği*” ile “*beyan ve delillerin kullanılmaması*” gibi konuların Kanun’un çerçevesini aştığı için geçerliliği tartışmalı bir Yönetmelikte değil, uygulama imkânını artırmak için Av. K. m. 35/A’da düzenlenmesi gerekir^[41].

Av. K. Yön. m. 16 ile gizliliği korumakla yükümlü olanlar taraflar ve avukatları olarak belirlenmiştir. Bu ise sayılanlar dışındaki kişiler açısından bir boşluğa neden olmuştur. Örneğin gizliliğin bilirkşi, tanık, tercüman tarafından ihlal edilmesi gibi ihtimaller göz ardı edilmiştir. Gizliliğin ihlalinin “*baksız fiil*” olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir fiil olarak düzenlenmesi gerekir (BK m. 41; TBK m. 49)^[42]. Söz konusu sakıncaların giderilebilmesi için gizlilikle yükümlü olanları “*müzakerelere katılanlar*” olarak belirlemek doğru olacaktır^[43]. Açıklanan nedenlerle tarafların, avukatlarının ve müzakereye katılan üçüncü şahısların, bir hukuk davasında veya tahkim yoluna başvurulduğunda, müzakereler sırasında ileri sürülen beyan veya belgelerle ilgili olarak tanıklık yapamayacağı, Avukatlık Kanunu’nda açıkça düzenlenmelidir (Bkz. HUAKT m. 5)^[44].

Uzlaşma sağlamada ileri sürülen beyan ve belgelerin kullanılmaması için HUAKT m. 5.’te olduğu gibi, hangi beyan veya belgelerin bir hukuk davası veya tahkimde delil olarak ileri sürülemeyeceği belirlenmelidir. Bu yapılırken

[40] Özbek–ADR s. 750; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000 s. 627 vd.; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 358.

[41] Demir–35/A s. 202; Özbek–ADR s. 750; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 358-359.

[42] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 359.

[43] HUAKT’nın 5. maddesinde gizlilik ve bununla yükümlü olanlar: “*Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

[44] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 359.

uzlaşma sağlamada ileri sürülen delillerin sadece müzakerelerde ileri sürüldüğü için hukuk yargılamasında kabul edilmeyecek deliller haline gelmeyeceği de düzenlenmelidir. Ayrıca taraflar müzakerelerdeki gizliliğin aksini kararlaştırabilmesi, görüşülen konuların gizli olup olmayacağı konusunda taraflara seçimlik hak tanınmalıdır”^[45].

B. ÇALIŞMA METNİYLE EKLENEN İKİNCİ VE ÜÇÜNCÜ FIKRA ÖNERİSİNİN DEĞERLENDİRMESİ

I. Uzlaşma Sağlamaya Başvurulabilecek Zaman

Avukatların uzlaşma sağlama yetkisine “*duruşma başlamadan önce*” şeklinde bir zaman sınırlaması getirilmesi doğru olmamıştır. Amaçlanan, tarafların uzlaşmaları olduğuna göre, avukatların uzlaşma sağlama yetkilerini her aşamada kullanmalarına olanak tanımak gerekir^[46]. Bu bakımdan Çalışma Metninde, uzlaşma sağlamanın ilk duruşmaya kadar uygulanabileceğine dair sınırlamanın kaldırılması yerindedir^[47]. Çalışma Metni m. 35/A, I’e göre taraflar herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın aralarındaki uyuşmazlığı, uyuşmazlığın her aşamasından “*uzlaşma sağlama*” yoluyla çözüme kavuşturabilecektir. Uyuşmazlık bir davaya konu edilmiş olsa bile taraflar müzakere ederek üzerinde anlaştukları uzlaşma tutanağını mahkemeye sunarak mahkeme içi sulhe dönüştürme seçeneğine sahiptirler (HMK m. 315)^[48].

Çalışma Metni m. 35/A, II’ye göre hâkim ön inceleme aşamasında tarafları sulhe teşvik ettiği ve bu hususta süre verdiği safhada taraflar bir uzlaştırmacı-avukat üzerinde anlaşarak atanması için mahkemeye başvurabilirler. Ön inceleme aşamasından sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik zorunluluğu bulunmadığından taraflar kendi iradeleriyle “*mahkeme içi uzlaşma*”^[49] (m. 35/A, II) veya sulh (HMK m. 313 vd.) yoluna başvurabilirler^[50]. Taraflar hüküm kesinleşinceye kadar mahkeme içi sulh olabilecekleri halde (HMK m. 314) Çalışma Metni m. 35/A, II’nin kendine has yapısı, uzlaşma sürecinin ancak nihai karar verilene kadar işletilebilmesine cevaz vermektedir. Çünkü m. 35/A, II ile uzlaştırmacı – avukat ataması mahkemenin vereceği bir ara karara bağlanmıştır. Mahkeme nihai kararını verip

[45] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 360.

[46] Yılmaz – Uzlaşma Sağlama s. 848-849; Demir – Uzlaşma Sağlama s. 92.

[47] Demir, Şamil: Avukatlık ve Arbuluculuk, http://independent.academia.edu/SamilDemir/Papers/1588095/Avukatlik_ve_Arbuluculuk (Son erişim tarihi: 09.05.2012) s. 7.

[48] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 92-93.

[49] Av. K. çalışma metni m. 35/A, I’de düzenlenen yöntemi “*mahkeme dışı sulh*” ten ayırmak için “*mahkeme dışı uzlaşma*” ifadesi kullanılacaktır.

[50] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 91.

dosyadan elini çektikten sonra uzlaştırmacı–avukat ataması yapamaz. Taraflar nihai karar verildikten sonra mahkeme içi uzlaşma yoluna değil, müzakere (m. 35/A, I, mahkeme dışı uzlaşma) ya da sulh yoluna başvurabileceklerdir. Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere Çalışma Metni m. 35/A, I’ e uyuşmazlığın dava dâhil her aşamasında başvurulabileceği halde m. 35/A, II’ ye sadece yargılama sırasında başvurulabilir. Bu açıdan tarafların, uyuşmazlığı doğrudan müzakere etmek (m. 35/A, I) ya da hâkimden belirledikleri uzlaştırmacı–avukatın atanmasını talep etmek suretiyle arabuluculuk yoluna başvurmak (m. 35/A, II) konusunda seçimlik hakkı vardır.

II. Çalışma Metnine Göre Yargılama Sırasındaki Uzlaşma Sağlama ile Sulh Yöntemlerinin Karşılaştırması

Çalışma Metni m. 35/A, I’ de düzenlenmek istenen yöntem uygulama bulabileceği zaman açısından, mahkeme dışı sulh ile paralellik arz etmektedir. Mahkeme dışı uzlaşma, uyuşmazlığın her aşamasında, hatta mahkemenin uyuşmazlığa ilişkin verdiği nihai karar kesinleştikten sonra dahi uygulama bulabileceğinden mahkeme dışı sulh ile benzer niteliktedir^[51]. Fakat mahkeme dışı uzlaşma yazılı şekle tâbi olduğundan, belirli bir şekle tâbi olmayan mahkeme dışı sulhten ayrılmaktadır.

Öte yandan Çalışma Metni m. 35/A, II ile düzenlenmek istenen uyuşmazlık çözüm yolunun niteliği m. 35/A, I’ de düzenlenen müzakere yönteminden tamamen farklıdır. Çalışma Metni m. 35/A, II’ de tarafsız üçüncü kişi olan uzlaştırmacı-avukatın katılımıyla yürütülecek “arabuluculuk” yöntemi düzenlenmektedir. Çalışma Metni m. 35/A, II’deki arabuluculuk yöntemin uygulanabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir davaya konu edilmesi ve davanın derdest olması gerekmektedir. Çalışma Metni m. 35/A, II’ de ifade bulan arabuluculuk yöntemi, yargılama sırasında ön inceleme aşamasından itibaren, nihai karar verilinceye kadar yürütülebileceğinden mahkeme içi sulh niteliğindedir. Fakat bu yöntem mahkeme içi sulhten, sürece tarafsız üçüncü kişi olarak hâkim tarafından atanacak uzlaştırmacı-avukatın katılımı nedeniyle ayrılır.

[51] Bkz. Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2001 C. IV s.3750, 3801-3802; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 153, 165.

III. Çalışma Metniyle Getirilmek İstenen İkili Uyuşmazlık Çözüm Yönteminin Sakıncaları

1. Yeni Bir Arabuluculuk Türüne İhtiyaç Olup Olmadığı

Uzlaşma sağlama doktrinde yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak avukatların katılımıyla ve fakat tarafsız bir üçüncü kişi olmaksızın yerine getirilebilen özel şekle tâbi bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmektedir. Çalışma Metninin ikinci fıkrasında ifade edilen yöntem ise doktrinde uzlaşma veya arabuluculuk olarak tanımlanan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla gerçekleşen alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna karşılık gelmektedir^[52].

Avukatlar arasındaki genel kanı, Av. K. m. 35/A'nın yürürlükteki halinin bir tür arabuluculuk olduğu, avukatların arabuluculuk gibi bir mesleğe ihtiyaç duyulmaksızın taraflar arasında arabuluculuk yapabilecekleri yönündedir^[53]. Arabuluculuk kurumunun yeterince anlaşılmasından kaynaklanan bu durum, Av. K. Yönetmeliği'ne de yansımış, avukatların uyuşmazlık çözüm yolundaki rolü, arabuluculara mahsus bazı yükümlülükler esas alınarak düzenlenmiştir. Çalışma Metninde de bu anlayışın bir devamı olarak, yargılama sırasında gerçekleştirilecek uzlaşmanın, usul olarak tarafların yargılama öncesinde karşılıklı müzakere ettiği uzlaşma sağlama (m. 35/A, I) ile aynı olduğu düşüncesiyle, tarafsız üçüncü kişi olarak görev yapacak “uzlaştırıcı – avukat” statüsü getirilmek istenmektedir (m. 35/A, II). Hâlbuki avukatın işlevi birinci fıkrada taraf vekilliği/müzakereciliği iken ikinci fıkrada arabuluculuktur. Müzakere ve arabuluculuğun, süreci yönetenlerin işlevleri yönünden benzer yöntemlermiş gibi aynı madde ve başlık altında düzenlenmesi doğru değildir. Bu durum uygulamadaki geçmişten gelen karışıklığı artırmaktan başka işe yaramayacaktır^[54].

HUAK Tasarısında dört yıllık lisans mezunu olan ve arabuluculuk eğitimi alarak sınavlarda başarılı olan herkesin arabulucu olabileceği öngörülmekteydi (HUAKT m. 20). Fakat basına yansıyan haberlere göre, TBMM Adalet Komisyonu tasarıda değişikliğe giderek, sadece hukuk fakültesi mezunlarının

[52] Ildır s. 88 vd., 141; Özbek - Arabuluculuk s. 123; Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177) s. 165, 166; Özbek – ADR s. 491-492, 498, 500, 512; Özbay s. 390-391; Kekeç, Elif K.: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011 s. 23, 25; Özkes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Çözüm Önerisi (HPD 2006/7 s. 40-45), s. 43; Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I, İstanbul 2004, s. 261-292) s. 272; Demir – Uzlaşma Sağlama s. 16-21.

[53] Bkz. İstanbul Barosu basın açıklaması: <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=5637> (Son erişim tarihi: 20.05.2012)

[54] Demir – Avukatlık s. 6.

arabulucu olabileceğini kabul etti^[55]. Adalet Komisyonu kararının, TBMM Genel Kurulunda da kabul görmesi halinde sadece hukukçular arabuluculuk yapabilecektir. Dolayısıyla Avukatlık Kanunu çalışmalarında, hukukçu olmayanların arabuluculuk yapmasına bir tepki olarak kaleme alınan ve HUAK tasarısıyla getirilmek istenenden daha cazip bir arabuluculuk türünün avukatlar tarafından icra edilmesini amaçlayan öneriye gerek kalmayacaktır^[56]. HAUKT sadece hukukçuların arabuluculuk yapmasına imkân verecek şekilde yasalaşırsa arabuluculuk, avukatların mesleklerini icra ederken sundukları hizmetin çeşitliliğini artırmaya yarayacağından, avukatların faaliyet alanlarında bir daralmaya neden olmayacaktır.

2. Uzlaşma Sağlama Başlığı Altında İki Ayrı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolunun Getirilmesi

Çalışma Metni m. 35/A, II ile avukatlara arabuluculuk yapma yetkisi verilmek istenmektedir^[57]. Ancak avukatlara verilmek istenen arabuluculuk yetkisi aynı maddede daha önce düzenlenen ve küçük bir değişikliklerle korunan “uzlaşma sağlama” yetkisiyle gerek yöntem ve gerek terminoloji olarak benzeşmemektedir. Av. K. m. 35/A’da düzenlenen uzlaşma sağlama, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul görmüştür ve taraflarının avukatlarının yardımıyla, tarafsız herhangi bir üçüncü kişinin katılımı olmaksızın karşılıklı olarak müzakere ettikleri bir yöntem olarak tasarlanmıştır. Fakat Çalışma Metni m. 35/A, II ile uzlaşma sağlamanın kapsamı genişletilmiş maddede ilk fıkradan tamamen farklı yeni bir yöntem düzenlenmektedir. Getirilmek istenen çözüm yolu, bir ADR yöntemi olarak arabuluculuktan farklı olup olmadığı tartışmalı olan “uzlaşma” ve CMK m. 253-254’te düzenlenen uzlaşma yöntemini yürütecek kişiler için belirlenen sıfat olan “uzlaştırmacı” gibi terimler birlikte kullanılarak ciddi bir kavram kargaşası içerisinde kaleme alınmıştır. Müzakere (m. 35/A, I) ve arabuluculuk (m. 35/A, II) yöntemleri aynı yöntemlermiş gibi aynı maddede ve tek başlık altında kaleme alınmış, farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve çözüm usulü getirilmesine rağmen ikisi için ortak şekli şartlar benimsenmiştir.

Getirilmek istenen arabuluculuk yoluyla avukatlardan, müzakere yeteneklerine ek olarak hukuk fakültesinde ve avukatlık stajında eğitimini almadıkları arabuluculuk becerileri sergilemeleri istenmektedir^[58]. Mesleğinde hep taraf vekilliği yapmış avukatlardan, nasıl yapacakları hakkında bilgi sahibi olmadıkları

[55] CNN Türk “TBMM Komisyonu’nda “arabuluculuk” görüşüldü” haberi: <http://www.cnnturk.com/2012/turkiye/04/25/tbmm.komisyonunda.arabuluculuk.gorusuldu/658679.0/index.html> (Son erişim tarihi: 05.05.2012).

[56] Demir – Avukatlık s. 6.

[57] Demir – Avukatlık s. 6.

[58] Aynı yönde, Atalay s. 2222.

halde m. 35/A, I'de taraf müzakerecisi olmaları, m. 35/A, II'de ise tarafsız üçüncü kişi olarak görev yapmaları beklenmektedir. Hâlbuki bu işlevler birbirinden tamamen farklı olup her biri ayrıca eğitim almayı gerektirmektedir. Ülkemizde henüz hukukçulara müzakere ve arabuluculuk eğitimi verebilecek kapsamda hukuk eğitimi, avukatlık stajı ve meslek içi eğitim programı bulunmamaktadır^[59]. Çalışma Metni kaleme alınırken avukatların arabuluculuğa mahsus yöntemleri nasıl uygulayacağına, müzakere yeteneklerini ne şekilde edineceğine ve uygulayacağına^[60] ilişkin hiçbir öneri getirilmemiştir^[61].

Kanun koyucuda, avukatlara arabuluculuk yapma yetkisi tanıma iradesi gelişirse bunun, TBMM gündemindeki HUAKT kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Av. K.'nda, HUAKT kapsamında düzenlenen arabuluculuk mesleğine rakip olacak, avukatlara özel bir arabuluculuk türü düzenlenmesi doğru değildir. Çünkü arabuluculuk; uygulanışı, arabuluculara yüklenen mesleki yükümlülükler, iş sahiplerine karşı takınılması gereken tutum açısından avukatlıktan tamamen farklı bir meslektir. Arabuluculuğa has yükümlülüklerin düzenlenmesinde Av. K. yetersiz kalacaktır. Avukatlara arabuluculuk yapma yetkisi verilmek isteniyorsa bu HUAKT kapsamında avukatların arabuluculuk yapmasına olanak verilerek yapılmalıdır. Avukatlara, avukatlık mevzuatıyla arabuluculuk yetkileri tanımak, yürürlükteki kanunların çelişmesine, farklı eğitim ve yeterlilik standartlarının oluşmasına sebep olacak ve uygulamada birliğinin sağlanması zorlaşacaktır^[62].

IV. Uzlaştırıcı–Avukatın (Arabulucunun) Mahkeme Tarafından Atanmasının Sürece Etkisi

Çalışma Metni m. 35/A, II'de, yargılama sırasında taraflardan birinin istemi ve diğer tarafın kabulü halinde, tarafların mutabık kalacağı bir avukatın, hâkim tarafından uzlaştırıcı olarak atanabilmesi ve bu suretle de uzlaşma sürecinin işletilebilmesi önerilmektedir. Buna göre derdest bir dava sırasında taraflardan biri diğer tarafa uzlaşma teklif edebilecek^[63], teklifin kabulü halinde tarafların üzerinde anlaştıkları baroya kayıtlı bir avukat mahkeme tarafından uzlaştırıcı (arabulucu) olarak atanacak ve uzlaşma sürecini yürütecektir. Mahkemenin 35/A, II uyarınca uzlaştırıcı-avukat atayabilmesi için dava konusunun

[59] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 353.

[60] Avukatların müzakereler sırasındaki yükümlülükleri, müzakerelerdeki davranış kuralları Amerikan Barolar Birliği Model Davranış Kuralları dikkate alınarak birer meslek kuralı olarak düzenlenmelidir (Demir–Uzlaşma Sağlama s. 142, 246).

[61] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 353.

[62] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 354.

[63] Uyuşmazlık çözüm yolunun Av. K. kapsamında uzlaşma olarak nitelenebilmesi için uzlaşma teklifinin mahkeme huzurunda mı yoksa celse arasında mı yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Teklifin kabul edilebileceği ya da reddedilmiş sayılacağı bir sürenin belirlenmesi gerekir.

tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzenine ilişkin olmayan bir konuda olması gerekir. Taraflar ön inceleme aşamasında ve tahkikatta davanın bölünebilen ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kısmı için de uzlaşma sağlama yoluna gidebilir ve mahkemeden uzlaştırmacı avukat atanmasını isteyebilirler.

Uzlaştırmacı –avukatın mahkeme tarafından atanması önerisi, yargılama sırasında uzlaşma sağlama kapsamında gerçekleştirilecek arabuluculuk için HMK m. 313 ve devamında düzenlenen mahkeme içi sulhe ilişkin hükümlerin uygulanmasını zorlaştıracaktır. Hâkim sulhe teşvik yükümlülüğü kapsamında uzlaşmak isteyen taraflara ancak bir defaya mahsus yeni bir ön inceleme duruşması günü verebilir (HMK m. 140, II). Tarafların kendilerine verilen bu süre içerisinde bir avukat üzerinde anlaşmaları, üzerinde anlaştıkları avukatı mahkemeye bildirmeleri, uzlaştırmacı-avukatın mahkeme tarafından atanması – ücretinin mahkeme veznesine ödenmesi – ve nihayet tarafların uzlaştırmacı –avukatın yardımıyla bir anlaşmaya vararak bunu mahkemeye bildirmesi gibi işlemleri tamamlayabilmelerinin mümkün olmadığı kanısındayım. Fakat taraflar ön inceleme duruşmasına çağrı davetiyesinde bulunan ihtara uymak suretiyle, duruşmaya uzlaşma sağlama için gerekli hazırlığı yaparak (örneğin, uzlaştırmacı-avukat üzerinde anlaşarak) gelirlirse (HMK m. 139) süreç kılacaktır. Öte yandan tahkikatta gerçekleşecek uzlaşma teklifleri için ön inceleme aşamasındaki benzer bir sınırlama bulunmamaktadır. Tahkikat aşamasında hâkim taraflara bir uzlaştırmacı avukat üzerinde anlaşmak ve uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak üzere -usul ekonomisini gözeterek- gerektiğinde birden fazla süre verebilir^[64].

Çalışma Metni m. 35/A, II’de getirilmesi önerilen arabuluculuk, her ne kadar ihtiyari arabuluculuk olarak kaleme alınmış olsa da uzlaştırmacı-avukatın (arabulucunun) hâkim tarafından “*atanması*” usulünün benimsenmiş olması, akıllara alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde tamamen farklı bir anlayış olan “*mahkeme bağlantılı arabuluculuk –ADR*” kurumunu getirmektedir^[65]. Fakat mahkeme bağlantılı arabuluculukta (ADR’de) arabuluculuğun genellikle mahkemenin dâhil olduğu bir program çerçevesinde yürütülmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa yönlendirilmesinin gönüllü veya zorunlu olabilmesi, taraflara arabuluculuk dışında çözüm yollarının da önerilebilmesi, arabulucuların çoğunlukla mahkeme listesine kayıtlı arabulucular arasından mahkeme tarafından atanması gibi uygulamalar^[66] dikkate alındığında, Çalışma Metniyle önerilen usulün mahkeme bağlantılı arabuluculuktan farklı olduğu anlaşılmaktadır.

[64] HUAKT m. 15, V’e göre: “... tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç aya kadar ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir.”

[65] Demir – Avukatlık s. 6.

[66] Bkz. Özbek – ADR s. 260 vd.

Kanımcı tarafsız üçüncü kişi olan uzlaştırmacı–avukatın atanmasının mahkemenin ara kararıyla yapılması önerisinin sebebi, uzlaştırmacı–avukatın ücrete ilişkin haklarının bilirkişilere benzer şekilde davaya bakan mahkeme aracılığıyla güvenceye alınmak istenmesidir. Fakat bu yapılırken tarafların ihtiyarı ile belirlenmiş uzlaştırmacı–avukatın sadece uyuşmazlığın taraflarına karşı değil; adli mercilerce verilen bir görev icra edeceğinden, mahkemeye karşı da sorumlu olacağı unutulmamalıdır. Diğer yandan avukatı himaye etmeye yönelik bu tercih, istenmediği halde yargılama sırasındaki uzlaşmaya ancak hüküm açıklanıncaya kadar başvurulabilmesine yol açacaktır. Uzlaştırmacı–avukatın atanması görevini mahkemeye vermek, mahkemenin atama yapmak için bir ara karar vermesini gerektireceğinden, sürecin – mahkeme içi sulhte olduğu gibi nihai karar kesinleşinceye kadar değil –, mahkeme duruşmalara son verip hükmü açıklayıncaya kadar başlatılabilmemesine neden olacaktır. Çünkü mahkeme, hükmü açıklayarak dosyadan elini çektikten sonra uzlaştırmacı–avukat ataması yapamaz. Bu nedenle mahkeme için sulhte olduğu gibi (HMK m. 314) hüküm kesinleşinceye kadar arabuluculuk (m. 35/A, II) yoluna gidilebilmesi isteniyorsa uzlaştırmacı–avukatı mahkemenin ataması usulü yerine, tarafların üzerinde anlaşmış uzlaştırmacı–avukatı nihai karar verilmeden önce mahkemeye bildirme usulü; nihai karar verildikten sonra temyiz incelemesi sırasında ise sadece varılan anlaşmayı mahkemeye bildirmesi usulü benimsenebilir^[67]. Atama yerine bildirim tercih edilmesi, uzlaştırmacı–avukatın tarafların mutabakatı ile seçilmesine ilişkin öneri ile de uyumlu olacaktır. Mahkemenin yargılama sırasında Çalışma Metni m. 35/A, II'ye göre yapılmak istenen arabuluculuğu dikkate alması için bildirimle birlikte uzlaştırmacı–avukatın ücretinin taraflarca mahkeme veznesine yatırılması şartı getirilebilir. Fakat nihai karardan sonra temyiz incelemesi sırasında mahkemeyi ücret yönünden sürece dâhil etmek mümkün görünmemektedir. Öte yandan uzlaştırmacı–avukata ödenecek ücretin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesiyle belirlenmesi gerekecektir.

Kanımcı taraflar, Çalışma Metni m. 35/A, II uyarınca arabuluculuğa başvurmak isteyip de bir uzlaştırmacı–avukat üzerinde anlaşamamaları halinde uzlaştırmacı–avukatın mahkeme tarafından atanması usulü benimsenmelidir. Bu durumda da mahkemenin atamayı nasıl ve hangi ölçütlere göre yapacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorun, Avukatlık Kanunu'na, mahkemelerin yargı çevresindeki barodan uzlaştırmacı–avukat tayin edilmesini isteyebileceğine, baro yönetim kurulunun da mahkemeler tarafından görevlendirilmesi istenen uzlaştırmacı–avukatları atamakla görevli olacağına ilişkin hükümler eklenerek giderilebilir.

[67] Demir–Uzlaşma Sağlama s. 153-154.

V. Avukatla Temsil Zorunluluğu

Çalışma Metni m. 35/A, I'de –küçük bir değişiklik haricinde– korunan uzlaşma sağlama yöntemi, avukatla temsil zorunluluğuna açık bir örnek oluşturmaktadır^[68]. Buna karşın m. 35/A, II'de önerilen arabuluculuk yöntemi için taraflara avukatla temsil zorunluluğu getirilmemiş, sadece taraflarının bir uzlaştırıcı-avukat üzerinde anlaşacakları kaleme alınmıştır. Uzlaştırıcı –avukat arabuluculuk görevini ifa edecek taraflardan bağımsız üçüncü bir kişi olacağından, uzlaştırıcının aynı zamanda avukat olmasının önerilmesi avukatla temsil zorunluluğu getirildiği anlamına gelmez. HMK m. 71 uyarınca, tarafların bir davada kendilerini avukatla temsil ettirme zorunluluğu yoktur^[69]. Bu nedenle yargılama sırasında m. 35/A, II kapsamında yapılacak uzlaşma teklifi için, tarafların kendilerini avukatla temsil ettirmemesi sorun olarak görülmeyebilir. Ancak Avukatlık Kanunu'nda düzenlenecek bir uyuşmazlık çözüm yolunu kendisini avukatla temsil ettirmeyen bir tarafın normal şartlar altında bilmesi mümkün değildir. Özellikle ön inceleme aşamasında hâkim, tarafları sulhe teşvik ederken, tarafları kendilerine verilen sulh imkânını nasıl değerlendirebilecekleri konusunda bilgilendirse bile bunun tarafların uzlaşma sağlamayı tercih etmelerinde yeterince etkili olmayacağı kanaatindeyim. Hal böyle olunca maktu harç ve harç iadesi gibi önerilerle avantajlı hale getirilmeye çalışılan uzlaşma sağlama yöntemi, kaleme alındığı şekliyle ancak taraflardan en az birinin avukatla temsil edildiği davalarda, arabuluculuğa (m. 35/A, II) başvurmayı akılcı bulan bir avukatın diğer tarafa yapacağı teklifle işlerlik kazanabilecektir.

VI. Yargılama Sırasında Sağlanan Uzlaşmanın Şekli

Yukarıda açıklandığı gibi Çalışma Metni m. 35/A, I'de düzenlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile m. 35/A, II'de kaleme alınan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu aynı değildir. Dolayısıyla uzlaşma sağlamayı uyuşmazlık hakkında derdest bir dava olup olmamasına göre iki aşamada düzenlemeyi öneren metindeki çözüm yollarının birbirinden tamamen farklı olması, birinci fıkradaki şekle ilişkin şartların, ikinci fıkrada yargılama sırasında gerçekleşecek uzlaşma için de uyulması gereken kurallar olarak kabulünü güçleştirmektedir. Çünkü derdest bir davaya konu olmayan uyuşmazlığın çözüme kavuşması için gereken usulî ve şekli şartlarla, bir davaya konu uyuşmazlığın mahkeme nezaretinde çözüme kavuşması için belirlenebilecek usulî ve şekli şartlar aynı olamaz.

Çalışma Metni m. 35/A, II'de yargılama sırasında tarafsız üçüncü kişi olan uzlaştırıcı-avukatın katılımıyla gerçekleşecek uzlaşma sağlamanın ne

[68] Özbek–ADR s. 743-744; Sungurtekin–Özkan–Uzlaşma Sağlama s. 360; Sungurtekin–Özkan, Meral: Avukatlık Hukuku, İzmir 2009 s. 150; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 100-102.

[69] Kuru–Usul C. II s. 1226, 1231; Demir–Uzlaşma Sağlama s. 100-102.

şekilde tamamlanacağı belirlenmemiştir. Çalışma Metni m. 35/A, II kapsamında gerçekleşecek olan uyuşmazlık çözüm faaliyeti, gerek ön inceleme aşamasında hâkimin teşviki, gerek tahkikat aşamasında tarafların girişimi ile gerçekleşebilecek mahkeme içi sulhle “*kural olarak*” aynı nitelikte olduğundan; mahkeme içi sulhte şekli düzenleyen HMK m. 154, III, ç bendinin, mahkeme içi uzlaşma için de uygulanması mümkündür. Dolayısıyla Çalışma Metni m. 35/A, II’de uyuşmazlığın mahkeme nezdinde sonlandırılmasında, “*mahkemenin uyacağı şekil*” açısından ayrı bir düzenlemeye gerek olmadığı kanaatindeyim. Fakat uyuşmazlığın Çalışma Metni m. 35/A, II’ye göre sonlandırıldığı için mahkeme tarafından belirlenebilmesi için tarafların, mahkemeye uyuşmazlığın m. 35/A, II’e göre çözüme kavuştuğunu gösteren, icra edilebilir eda hükümleri içeren, tarafların ve uzlaştırmacı–avukatın imzalarını taşıyan bir uzlaşma tutanağı (sulhname) sunmaları ve mahkemeden buna göre karar verilmesini talep etmeleri gerekir (HMK m. 315). Açıklanan nedenlerle, Çalışma Metni m. 35/A, II uyarınca uzlaştırmacı–avukat yardımıyla çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar için mahkemeye sunulmak üzere m. 35/A, I’de belirtilen şekli şartlara^[70] ek olarak uzlaştırmacı–avukatın da imzasını taşıyan asgari bir uzlaşma tutanağı şekli belirlenmeli ve Çalışma Metnine eklenmelidir.

VII. Mahkemenin Varılan Anlaşmayı İncelemesi

Mahkeme gerek ön inceleme aşamasında gerek tahkikatta, m. 35/A, II’ye göre varılan anlaşmayı inceleyecektir. Mahkeme yapacağı incelemede, öncelikle uyuşmazlığın hangi uyuşmazlık çözüm yoluyla sonlandırıldığını tespit edecektir. Bunun için mahkeme, sunulan tutanakta, mahkeme tarafından atanan uzlaştırmacı avukat ve tarafların imzalarını kontrol etmelidir. Eğer taraflar, mahkemeden atanmasını istedikleri uzlaştırmacı–avukatın yokluğunda müzakere etmiş ve anlaşmaya varmışlarsa, varılan anlaşmaya m. 35/A, II ve harca ilişkin m. 35/A, III önerisi uygulamayacak, mahkeme davayı sonlandırırken sadece mahkeme içi sulhe ilişkin HMK m. 313 vd. hükümlerini nazara alacaktır. Tarafların m. 35/A, III uyarınca harç avantajından yararlanabilmeleri için mahkemeye imzalı bir uzlaşma tutanağı sunmaları gerekir. Bu mahkemenin, uzlaşma sağlamanın varlığını tespit etmesi için gereklidir. Diğer bir ifadeyle, tarafların uzlaştıklarını mahkemeye sözlü olarak beyan etmeleri ve tutanağı imzalamaları (HMK m. 154, III, ç) davanın m. 35/A, II ve III’e göre sona ermesi için yeterli değildir.

Mahkeme şekle ilişkin incelemesinden sonra varılan anlaşmanın esasını incelemeli, tarafların üzerinde uzlaştıkları hususların icra edilebilir eda hükmü

[70] “...Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ve müvekkilleri tarafından imza altına alınır...”

içerip içermediğini denetlemeli ve sunulan tutanağı huzurda bulunanlara okuyarak müzakerelerin ve tutanak sonucunun iradelerine uygun olup olmadığını sorduktan sonra, bu hususları tutanağa geçirerek taraflara imzalatmalıdır (HMK m. 154, III, ç). Tarafların mahkeme nezaretinde başvuracakları uzlaşmanın konusunu, görülmekte olan davanın konusu oluşturacaktır. Fakat dava dışı bir hak ve menfaatin uzlaşmaya dâhil edilmesi mümkündür. Bu husus HMK m. 313, III'te, "*Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dahil edilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

Uzlaştırıcı avukatın yönettiği müzakereler sonunda şarta bağlı uzlaşma sağlanması mümkündür. Fakat uzlaşmanın şarta bağlı sağlanması halinde (HMK m. 313, IV) şart hükme yazılamaz. HMK m. 313, IV gerekçesine göre; şarta bağlı sulh olunabilmesi, mahkeme tarafından şarta bağlı bir hüküm verilebileceği anlamına gelmez. Çünkü sulh, mahkemenin bir hükmüne gerek kalmaksızın davayı sona erdiren usulî bir sözleşmedir. Bu durumda mahkemenin şarta bağlı sulh ya da uzlaşma sebebiyle, karar verilmesine yer olmadığını tespit ederek yargılamayı sona erdirmesi gerekecektir. Mahkeme, sunulan tutanak içeriğinin dava konusunu çözüme kavuşturmadığına, edimlerin kanuna ve ahlâka aykırı ya da icra edilebilir olmadığına kanaat getirirse tutanağı dikkate almayarak yargılamaya devam etmelidir.

VIII. Yargılama Sırasındaki Uzlaşma Sağlamanın Niteliği

1. Usul İşlemi Olarak Niteliği

Dava açılmadan önce Çalışma Metni m. 35/A, I gereğince yapılacak uzlaşma sağlama, tarafların avukatlarının katılımıyla karşılıklı olarak müzakere ettikleri bir süreçtir. Çalışma Metninde kaleme alındığı şekliyle, bir uyuşmazlıkla ilgili henüz dava açılmadan önce yapılan görüşmelerin, yargılama hukukuna etkisi yoktur. Bununla birlikte, Çalışma Metni m. 35/A, II'ye göre yargılama sırasında başvurulabilecek arabuluculuk faaliyeti, başarılı olması halinde sulh, kabul ve feragat gibi özel kanunla yargılamayı sonra erdiren bir usul işlemi gibi kaleme alınmıştır. Fakat HMK'nın sulhe ilişkin hükümleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda mahkemeye sunulan her türlü anlaşmayı hükme esas alarak yargılamayı sona erdirecek şekilde tasarlandığından, sulh kapsamında ele alınabilecek uzlaşma sağlamadan ve diğer ADR yollarından, müstakil olarak yargılamayı sona erdiren birer usul işlemi olarak bahsetmeye gerek yoktur.

Mahkemenin uzlaşma sağlamadaki görevi, ön inceleme aşamasındaki sulhe teşvik yükümlülüğü kapsamında taraflara anlaşmaları için yeni bir ön inceleme duruşması günü vermek gibi herhangi bir uyuşmazlık çözüm yolunu işaret etmeyen pasif bir işlem değildir. Mahkeme tarafların talebi üzerine uzlaştırıcı-avukat atayarak aktif bir şekilde arabuluculuk (m. 35/A, II) sürecine

dâhil olmaktadır. Bu nedenle, Çalışma Metni m. 35/A, II ile getirilmesi önerilen yöntem, mahkeme içi sulhten farklıdır. Bu yönüyle uzlaşma sağlamanın, usul hukukundaki örtüştüğü kurumlarla etkileşiminin iyi değerlendirilmesi ve uygun şekilde konumlandırılması gerekmektedir. Neticede m. 35/A, II uyarınca gerçekleştirilen faaliyetin adı ne olursa olsun başarılı olması halinde dava HMK m. 315'in sağladığı seçeneklere göre sonuçlanacaktır. Bu da uzlaşma m. 35/A, II'de hüküm bulunmayan hallerde sulh hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kıldığından, gerek Av. K. ve gerekse muhtemel Yönetmelik düzenlemelerinin sulh hükümleriyle çelişmeyecek şekilde ele alınmasını gerektirmektedir.

2. Varılan Anlaşmanın İlâmlı İcraya Dayanak Belge Niteliği

Çalışma Metni m. 35/A, I'de, yapılacak müzakereler sonunda imzalanacak uzlaşma tutanağının ilâmlı icraya dayanak belge niteliğinde olduğu açıkça düzenlenmiştir. Fakat m. 35/A, II'de önerildiği şekliyle derdest bir davada başvurulacak arabuluculuğun sonunda varılan anlaşmanın ilâm niteliği taşıyacağı belirtilmemiştir. Kanımca bu durum varılan anlaşmanın mahkemeye sunulduktan sonra mahkeme kararına dönüştürüleceği varsayımından kaynaklanmaktadır. Fakat mahkeme önünde gerçekleşen sulhlerin dâhi şekle ilişkin şartlar tamamlandıktan sonra (HMK m. 154, III, ç), İİK m. 38 ile ilâm niteliğinde olduğunu düzenleme ihtiyacı hisseden kanun koyucunun, benzer bir durumda aksini vazetmesi düşünülemez. Çünkü kural olarak mahkeme içi sulhün bir mahkeme kararına dönüşmesine gerek yoktur (HMK m. 315). Taraflar anlaşmışları hususları mahkeme huzurunda tutanağa geçirip imzaladıkları anda ya da mahkeme kendisine sunulan sulhname kapsamını tutanağa geçirdiği ve taraflara imzalattığı anda sulh gerçekleşmiş ve (sulhname) ilâm niteliği kazanmış olur^[71]. Fakat uygulamada Yargıtay'ın da benimsediği şekliyle mahkeme huzurundaki sulhler, mahkeme kararına dönüştürülüp kesinleştikten sonra doğrudan ilâm olarak icra edilmektedir^[72]. İşte 35/A'ya eklenmek istenen ikinci fıkrada da uygulamadan kaynaklanan böyle bir varsayımın yapıldığı anlaşılmaktadır. Kanımca yanlış gelişen uygulama, kanuni düzenlemeyle usul kuralı haline getirilmemelidir. Çünkü HMK m. 315 gerekçesine göre, mahkeme içi sulh, mahkeme tarafından “hüküm verilmesine gerek kalmadan” davayı sona erdiren usuli bir işlemdir. Mahkeme huzurunda gerçekleşen sulhlerin ilâm niteliği m. 35/A, II ile getirilmek istenen arabuluculuk sonucu varılan anlaşmaları da kapsayacak niteliktedir. Önerinin kabul görmesi halinde, bahsedilen karışıklıklara mahal vermemek ve yargılamayı sona erdirirken varılan anlaşmaya ilâm niteliği kazandırmak için sulh hükümlerine gönderme yapılması yerinde olacaktır.

[71] Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 96-98.

[72] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 161-162.

IX. Harca İlişkin Düzenleme Önerisinin Kabul Görme Olasılığı ve Uzlaşma Sağlamanın Uygulamasına Etkisi

Çalışma Metni m. 35/A, III'te yargılamanın uzlaşmayla sona ermesi halinde sadece maktu harç alınması, peşin alınan harç belirlenecek maktu harçtan fazlaysa maktu harcı geçen tutarın iade edilmesi önerilmektedir. Kanımca avukatlara Avukatlık Kanunu ile arabuluculuk yapma yetkisi verme fikri ile birlikte gelişen harca ilişkin öneri, HUAKT nedeniyle gündeme gelmiştir. Bu şekilde, avukatlar tarafından yapılacak arabuluculuk, HUAKT kapsamındaki arabuluculuktan daha cazip hale getirilmek istenmekte^[73]; avukatların, sahip olmaları gereken yetenekler ve sorun çözme becerileri ile değil, avukatlık mevzuatının sağladığı olanaklarla rekabette öne geçmesi amaçlanmaktadır. HMK gibi sulhe teşvik zorunluluğu konusunda ciddi yenilikler getiren ve esas olarak sulh kurumunun gelişmesini amaçlayan bir kanunda ve HUAKT gibi metinlerde dahi çözümü özendirme niyetine rağmen bu denli harç avantajı sağlama iradesi yoktur^[74].

HUAKT m. 18, III'de ifade bulan maktu harç, HUAKT uyarınca yapılan arabuluculuk sonunda imzalanan belgeye ilâm niteliği kazandırmak için yapılacak olan icra edilebilirlik incelemesi için getirilmiştir. Mahkeme bu belgeyi dosya üzerinden ve çekişmesiz yargı işi olarak inceleyecektir. Fakat Çalışma Metni m. 35/A, III'ün uygulanabilmesi için taraflar arasında derdest bir dava olması gerekir. Davanın sonuçlanması üzerine ödenecek harca ilişkin öneri ile mahkemenin arabuluculuk sözleşmesi üzerinde yapacağı icra edilebilirlik incelemesinin bir benzerliği, dava çeşidi ve konusuna bakılmaksızın davayı maktu harçla sona erdirmenin de makul bir emsali yoktur. Kanımca sulh hükümlerine göre sonuçlanacak “*yargılama sırasındaki*” uzlaşma sağlama için maktu harç alınması önerisi, yaratacağı harç kaybı nedeniyle kabul görmeyecektir. Harçlar Kanunu m. 22'de sulh ile sona eren davalar için geçerli olan düzenleme, uyuşmazlığın benzer şekilde sona ermesini sağlayan uzlaşma sağlama açısından da dengeli bir düzenlemedir. Öte yandan m. 35/A, I'e göre çözüme kavuşturulan ve sulh hükümlerine göre (HMK m. 315) davayı sona erdirecek uzlaşma sağlama için benzer bir öneride bulunulmaması –gerekli olmamakla birlikte– çelişkilidir.

Çalışma Metninde yargılama harçları taraflar için bir uzlaşma sağlama engeli olmaktan çıkarılmak istenmiş olsa da tarafları özendirmek için harç düzenlemesi tek başına yeterli değildir. Tarafların yargılama giderlerinde anlaşmış olmaları halinde herhangi bir sorun olmamakla birlikte yargılama giderleri ve maktu harcın kime yükleneceği konusunda anlaşamamaları halinde nasıl bir yol izleneceği belli değildir. Ödenmesi öngörülen maktu harç, yargılama giderleri ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 15'te düzenlenen uzlaşma sağlama ücretinin,

[73] Demir – Avukatlık s. 6.

[74] Bkz. Harçlar Kanunu m. 22.

hangi tarafa yükleneyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Çalışma Metnine göre fazla harcın iadesinden sonra ödenmiş sayılan maktu harçtan davacı sorumludur. Harç avantajı, yerine uzlaşma sağlamayı avukatlık ücretleri yönünden cazip hale getirmenin daha olumlu neticeler doğuracağı kanaatindeyim. Böylece hâlihazırda sulh ile sonuçlanacak uyuşmazlıklarda, düzenleme önerisinin getirdiği olanağın harçtan kaçınma yöntemi olarak kullanılma olasılığı da ortadan kalkmış olur.

X. Uzlaştırmacı-Avukat Olabilmek İçin Eğitim Gerekmemesi

Çalışma Metni m. 35/A, II'de avukatlara özgü bir arabuluculuk türü düzenlenmesine rağmen, avukatların kendilerine verilmek istenen bu işlevi yerine getirebilmek için ne gibi niteliklere sahip olması gerektiği, bu görevi yerine getirebilmek için bir eğitim gerekip gerekmediği üzerinde durulmamıştır. Böylece avukatlardan sahip olmadıkları ya da hâlihazırda sahip oldukları varsayılan bir takım yetenekler sergilemesi beklenmektedir. Hâlbuki HUAKT nedeniyle gündemde olan arabuluculuk ve CMK^[75] kapsamında uygulanan uzlaştırmacılık faaliyetini yürütmek için eğitim almak zorunlu tutulmuştur. HUAKT'na göre arabulucuların hukuk fakültesinden mezun olmaları, mesleklerinde beş yıllık deneyim sahibi olmaları, arabuluculuk eğitimi almaları ve Adalet Bakanlığı tarafından açılacak yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmaları gerekmektedir (HUAKT m. 20). Buna karşın avukatlar hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra bir yıllık avukatlık stajından sonra avukatlık yapmaya başlamaktadırlar. Arabuluculuk eğitimi, tamamı adaylara arabuluculuk becerileri kazandırmaya yönelik en az yüz elli saatlik bir eğitimken (HUAKT m. 22)^[76]; avukatlık stajı kapsamında stajyer avukatlara ADR yollarına ilişkin çok az bilgi verilmektedir. Arabulucuların aldıkları eğitimden sonra Adalet Bakanlığı tarafından yapılacak yazılı ve uygulamalı sınavı geçmeleri gerekirken, avukatların uzlaşma sağlama bir yana dursun, mesleklerini icra edebilmek için gereken donanımına sahip olup olmadıkları herhangi bir sınavla ölçülmemektedir. Avukatlara gereken yetenekler kazandırmadan uzlaşma sağlama yetkisi verilmesi, uyuşmazlık çözümü konusunda geniş kapsamlı eğitim almış ve yeterlilikleri sınavla ölçülmüş arabuluculardan rekabette geride kalmalarına neden olacaktır^{[77], [78]}.

[75] Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre uzlaştırmacı olacak avukatların bu görevi yerine getirebilmeleri için Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 30 uyarınca eğitim almaları gerekmektedir. Uygulamadaki bu örnek de dikkate alındığında avukatların uzlaşma sağlama konusunda eğitim almasının zorunlu olmaması büyük bir eksikliktir.

[76] Bkz. Özkes – Arabuluculuk s. 45.

[77] Kuru'ya göre avukatların arabuluculuk eğitimi almasına gerek yoktur. Çünkü avukatlık, arabuluculuktan daha kolay bir iş değildir (Kuru – Arabuluculuk s. 245).

[78] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 57.

Tüm bunlara rağmen HUAKT kapsamında arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesi olan üniversiteler, Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği tarafından verilmeye başlandığında, ister istemez hukuk bilimi ile ADR yollarının temel aldığı diğer disiplinler arasında yakınlaşma olacak, hukukçular zamanla uyuşmazlık kavramına, insanlar arasındaki sorunların esas nedenlerine ve çözüm seçeneklerine daha geniş açıdan bakabileceklerdir.

SONUÇ

TBB tarafından görüşe açılan Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metni ile Av. K. m. 35/A'da düzenlenen avukatın uzlaşma sağlama yetkisinde değişiklikler önerilmektedir. Çalışma metninde önerilen maddeyle avukatların katılımıyla gerçekleştirilen müzakere yönteminin işleyişindeki sorunlar ve yapısal eksiklikler giderilmemiştir. Bununla birlikte maddeye iki yeni fıkra eklenerek, maddenin esas konusu olan müzakere yöntemi ile uyumlu olmayan avukatlara mahsus bir tür arabuluculuk kurumu önerilmektedir. Kısa bir öneri yapmak uğruna, müzakere ve arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının barındırması gereken ilkeler göz ardı edilmiştir. Hâlbuki Çalışma Metni m. 35/A,II'de bir cümle ile kaleme alınmaya çalışılan arabuluculuk, HUAKT'nda otuz yedi maddelik bir metin olarak gündeme gelmiştir. Öte yandan yargılama sırasındaki uzlaşma sağlama için önerilen usul, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkelere usul ekonomisine de uygun değildir (HMK m. 30).

Çalışma Metninde, yürürlükteki Av. K. m. 35/A'nın işlerlik kazanması için doktrinde ifade edilen görüşler^[79] dikkate alınmadan, uygulanma ihtimali zayıf değişiklikler önerilmektedir. Kullanılmadıktan sonra avukatların yetkilerini görünüşte artırmanın fiili bir yararı yoktur. Çalışma metninin ilgili maddesi, gelecekte nelere yol açabileceği hesaplanmadan kaleme alınmıştır. Öneri kabul görürse, uygulamada ciddi sorunlara yol açacaktır. Avukatları mesleki çalışmalarında dava takip etmekten başka, gerektiğinde bir masa etrafında uyuşmazlık çözme imkânlarıyla donatan uzlaşma sağlama yetkisi, hak ettiği şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

[79] Demir – Uzlaşma Sağlama s. 362 vd.

KISATMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ADR	: Alternative dispute resolution (Alternatif uyuşmazlık çözümü)
Av. K.	: Avukatlık Kanunu
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HUAKT	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
m.	: Madde
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
s.	: sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
THD.	: Terazi Hukuk Dergisi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Yön.	: Yönetmelik
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Atalay, İbrahim Orkun: Türk Hukukunda Alternatif Çözüm Yolu Olarak Avukatlık Kanunu 35/A Maddesi Anlamında Uzlaşma, (Legal Hukuk Dergisi 2004/8, s. 2207-2223).
- Avukatlık Kanunu Tasarısı Değişiklik Önerisi Çalışma Metni: <http://www.barobirlik.org.tr/Detay.aspx?ID=12465&Tip=Duyuru> (Son erişim tarihi: 23.03.2012)
- Bulur, Alper: Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Çözüm Önerisi (TBBD 2010/89, s. 197-241).
- Demir, Şamil: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesinin Uygulanması Sorunu ve Çözüm Önerileri (THD 2008/2, s. 193-203) (Demir - 35/A).
- Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011 (Demir – Uzlaşma Sağlama).
- Demir, Şamil: Avukatlık ve Arabuluculuk, http://independent.academia.edu/SamilDemir/Papers/1588095/Avukatlik_ve_Arabuluculuk (Son erişim tarihi: 09.05.2012) (Demir-Avukatlık).
- Erem, Faruk: Meslek Kuralları (Şerh), Ankara 2009.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Güner, Semih: Avukatlık Hukuku, Ankara 2009.
- Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.
- Kekeç, Elif K.: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011 (Kekeç-Taktikler).
- Kuru, Baki: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler (MİHDER 2010/2, s.237-246) (Kuru-Arabuluculuk).
- Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku, C. I, II, III, IV, V, VI., İstanbul 2001 (Kuru-Usul).
- Luecke, Richard: Müzakere (Çev. Meral Çıyan Şenerdi), İstanbul 2008.
- Mnookin, Robert H. / PeppetA, Scott R. / Tulumello, Andrew S.: Beyond Winning Negotiating to Create Value in Deals and Disputes, London 2000.
- Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği (EÜHFD 2004/3-4, s. 387-418).
- Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009 (Özbek-ADR).
- Özbek, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk (ABD 2001/3, s. 113-139) (Özbek - Arabuluculuk).
- Özbek, Mustafa Serdar: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli, Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010, s. 379-408) (Özbek-Uzlaşma).
- Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bakış (Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. I İstanbul 2004, s. 261-292) (Özbek-Genel Bakış).
- Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Çözüm Önerisi (HPD 2006/7, s. 40-45) (Özekes-Arabuluculuk).
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011 (Pekcanitez/Atalay/Özekes).
- Pekcanitez, Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (HPD 2006/8, s. 69-78) (Pekcanitez – HMK).
- Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Hukuku, İzmir 2009 (Sungurtekin Özkan-Avukatlık Hukuku).
- Sungurtekin-Özkan, Meral: Avukatlık Kanununun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (MİHDER, 2005/2, s. 353-369) (Sungurtekin-Özkan- Uzlaşma Sağlama).
- Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk (TBBD 2006/64, s. 151-177) (Tanrıver - Hukuk Uyuşmazlıkları).
- Tanrıver, Süha: İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (Tanrıver-İlamlı İcra).

Ulukapı, Ömer: Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen İlam Niteliğinde Belge' Üzerine Bir İnceleme (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 447-460) (Ulukapı-Avukatlık).

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000 (Üstündağ-Usul).

Yılmaz, Ejder: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856) (Yılmaz-Uzlaşma Sağlama).

EK-1 KARŞILAŞTIRMA CETVELİ

UZLAŞMA SAĞLAMA

Madde 35/A– (Eklenmiş Madde RGT: 10.05.2001 RG No: 24398 Kanun No: 4667/23)

Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38’nci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.

UZLAŞMA SAĞLAMA

Madde 35/A– Avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara ilişkin olmak kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ve müvekkilleri tarafından imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38’nci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

Yargılama sırasında, taraflardan birinin istemi ve diğer tarafın da kabulü halinde tarafların mutabık kalacağı bir avukat, hâkim tarafından uzlaştırmacı olarak atanmak suretiyle de uzlaşma süreci işletilebilir.

Bu surette uzlaşma ile sona eren davalarda sadece maktu harç alınır. Peşin alınan dava harcı, maktu harçtan fazla ise fazlası iade edilir. Bu maddeye göre yapılacak uzlaşmaya ilişkin hususlar yönetmelikte belirlenir.”

