Yazar Av. Ender Dedeağaç
Perşembe, 10 Şubat 2011 11:53

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, onaylanmak için, Cumhurbaşkanı'na sunulan kanunlar arasında yer almaktadır. Büyük bir olasılıkla da onaylanarak 2011 senesinin 10. ayında yürürlüğe girecektir. Bu nedenle bir an evvel, kanunun irdelenmesi ve uygulamada karşılaşılması olası problemlerin nasıl çözüleceğinin tartışılarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir diye düşünüyorum.(Kanun, bu yazının kaleme alınmasını takiben onaylanarak 04.02.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

Daha önce, tasarı hakkındaki çalışmalarımı, kişisel düşüncelerimi de içerecek şekilde sizlerle paylaşmıştım. Şimdi ise, yasanın TBMM de kabul edilmiş olmasını da göz önüne alarak, aradan geçen zaman içinde, benim düşüncelerimde oluşan değişikliklerle birlikte, kanun hakkındaki düşüncelerimi de sizlerle paylaşmak istedim ve bu nedenle bu yazıyı oluşturdum ve yasa hakkında yazmaya devam etmeye de karar verdim.

Öncelikle, Devletimizin, kendi yapısı içinde yer alan ve onun vazgeçilmez güçlerinden birini oluşturan, yargı mercileri/mahkemeler aracılığı ile kullanılan yargı erkini, paylaşmayı düşünüp düşünmediğini, eski yasadan yola çıkarak tasarıyı da dikkate alarak, yeni yasaya kadar geçen zaman diliminde izlemek istedim.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı HMUK ta sulh ile ilgili olarak bir tanım, bir hükümler bütünü olmamakla beraber 1086 sayılı HMUK'un 213. maddesi, tahkikat hakimini, tarafları sulhe teşvik etmekle yükümlendirmiştir. HMUK 213. maddesinde yer alan hüküm, tahkikat hakimi için bir seçenek olmayıp, yasal koşullar varsa yani "sonuç vereceği umuluyorsa" yerine getirilmesi gereken bir görevdir.

Bu husus Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, kanun tasarısının 145/2 maddesinde de yer almış ve eğer hakim "sonuç alınacağı kanaatine varırsa" ön inceleme sırasında, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tespitini takip eden aşamada, taraflara sulh önerir. Gerekirse bir defalık süre verir, yeni bir oturum günü tayin eder, şekli ile ifadesini bulmuştur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140/2 maddesi de bu hükümlerin bir tekrarı olarak karşımıza çıkmıştır. 6100 sayılı yasada da hakim ön inceleme aşamasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığı saptarken, sulh önerisinin sonuç doğuracağı kanaatine varırsa, taraflara sulh önerecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hakime tanınan kanaat hakkının sulh önerisini yapıp yapmamak konusuna ait olmayıp, sulh önerisinin sonuç verip vermeyeceği

konusuna ait olduğudur. Bu nedenle, eğer hakim, tarafların sosyal yapısı, uyuşmazlık konusundaki düşünceleri, uyuşmazlığın çözümündeki beklentileri, vb. konuları değerlendirerek, taraflara sulh önerilirse, uyuşmazlığın sulh ile çözümleneceğine kanaat getirirse, taraflara sulhu önermekle yükümlüdür. Bu hakime yüklenmiş bir görevdir. Bu görevden kaçınamaz.

Bu üç yazılı metinde yer alan hükümlere baktığımızda, devletin, yargı erkini, devletin formel kuruluşu olarak kabul edeceğimiz yargı organları eliyle kullanmanın yanı sıra, bu erkin uyuşmazlığa düşen kişilerin iradeleri ile de, yani sulh yoluna başvurarak da, kullanabileceğini kabul ettiğini, yani kısmen de olsa yargı erkini paylaştığını görmekteyiz.

Yasa koyucu, yargı erkinin, uyuşmazlığın tarafları açısından oluşturulacak sulh yolu ile kullanılabileceğini, hatta bu yolun kullanılmasını davaya bakan yargıcın önermesi gerektiğini, 6100 sayılı kanunun 140/2 maddesinde kabul ederken, 6100 sayılı kanunun 74. maddesi ile 1086 sayılı kanunun 63. tasarının 74. maddesinde yer alan, sulh anlaşması yapabilmek için vekilin özel yetki ile donatılması gerektiği kuralını da yasalaştırmıştır. Hatta 1086 sayılı yasanın 158. tasarının 145/2 maddesinde yer alan sulhun yargılama tutanağında nasıl yer alması gerektiğine ilişkin kuralı da yasalaştırmıştır. Ancak, aynen 1086 sayılı yasada olduğu gibi sulhu bir kurum olarak kabul etmesine rağmen bunu ayrı bir bölümde değerlendirmek gereğini görmemiştir. Bu durumda, 1086 sayılı yasa döneminde oluşmuş ilmi ve kazai içtihatlardan yani öğretide yer alan değerlendirmelerden ve yerleşmiş yargı kararlarından yararlanarak, 6100 sayılı yasanın uygulanmasını hayata geçirmemiz gerekmektedir.

Bilindiği gibi HMUK un 213. maddesi yürürlükte kalmış olmasına rağmen HMUK un aile hukukuna ilişkin olan 494-499 maddelerinde yer alan ve hakime, taraflara uyuşmazlığı sulh yolu ile çözümlemelerini önermesi gerektiğini emreden yasa maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılış nedeni, gerekçesinde de ifade edildiği gibi uygulanmamış olmasıdır.

Yasalarımızda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın öncelikle sulh yoluyla çözümlenmesi gerektiğini emreden başka yasa maddeleri de yer almaktadır. Örneğin İş Mahkemeleri Kanununun 1.maddesi bunlardan biridir. Ancak uygulanmadığından ötürü yaşayan hukuk kuralları arasında yer almadığından, bu kuralı hatırlamakta bile zorluk çekmekteyiz.

Uygulanmamaktan ötürü, uyuşmazlıkların, tarafların katılımı ve kendi iradeleri ile çözülebilmesini sağlamak için, sulh yolunu gösteren, bizler tarafından hatırlanamaz hale dönüşmüş yasa maddelerimiz olmasına rağmen, yasa koyucunun, ısrarla sulh yolunu öneren yasa maddelerini hayata geçirmesini, doğru yorumlamak gerekmektedir. Yasa koyucunun

uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin kuralları koyarken neden taraf iradelerine öncelik verdiğini, Devletimize ait bir erki neden vatandaşlarla paylaşmaya hazır olduğunu, düşünmek gerekmektedir. Örneğin, HMUK un 494-499 maddelerinde boşanma davalarında sulh önerilmesi gerektiğini düzenleyen hükmünün uygulanmamaktan ötürü kaldırılmasına rağmen neden Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine dair Kanunun 7. Maddesinde de yeniden yasalaştığını düşünmek gerekmektedir.

Kanımca, yasa koyucu, uyuşmazlıkların doğumundan, yani insanlığın var oluşundan bu yana, gerek değişik dinlerde gerekse değişik sosyal yapılara ilişkin kuralların hepsinde, taraflara, anlaşarak, uzlaşarak, sulh olarak, uyuşmazlıkların çözümlenmesinin en akılcı yol olduğunun önerildiğini, yargı erkinin görevlileri olan hakim, savcı, avukat olarak adlandırılan bizlerden daha iyi görmektedir. Bu nedenle de zaman zaman bizleri kırmamak için, kendi doğrularından geçici olarak feragat anlamına gelse de bazı kanunları kaldırmakta buna karşılık genel yapısı ile sulhe ilişkin kuralları hep canlı tutmaktadır. Hatta kendi amacına ulaşmak ve sulh yolu ile uyuşmazlıkların çözülmesini sağlamak için zaman zaman bizlerin geçici heveslerine bile olumlu bakmaktadır. Bu nedenle de, uygulanmayacağını bile bile Avukatlık Kanunu 35/A maddesi gibi yasa maddelerini kabul etmektedir.

Bazı düşünürler, uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümlenmesinin ABD de başladığını söylemeye çalışmalarına rağmen bu düşünürler bile bu fikri savundukları kitaplarda, tarihsel değerlendirmeler yaptıklarında, sulhun insanlık tarihi ile birlikte başladığını dile getirmektedirler. Doğrusu da budur.

Gene bu düşünürler, başka ülkelerdeki gelişmeleri değerlendirmelerine rağmen, ülkemizdeki gelişmeleri değerlendirirken Cumhuriyet öncesini görmezden gelmektedir. Halbuki Osmanlı döneminde, kadılık sisteminin uygulamalarında, tarafların sulh olmalarının, kadılar tarafından önerildiği, bu yolun teşvik edildiği inkar edilemez bir gerçektir. Bu uygulamaları, o dönemin adliye kararlarının işlendiği resmi defterleri incelediğimizde görmekteyiz. Üstelik o dönemde, tarafların sulh olabilmesi için, onlara sulhun kadı tarafından önerilmesinin yeterli olmayacağı, sulhun sağlanabilmesi için, tarafların dışında, uyuşmazlıkla ilgisi olmayan, güvenilir kişi ya da kişilerin de çaba harcaması gerektiği düşünülmüştür. İşte bu düşünceden ötürü, kadı duruşmaya ara vermekte ve böylesi kişilerin yardımı ile uyuşmazlığın çözümünü sağlamaya çalışmaktadır. (İnternet ortamında bulduğum ancak hangi dergide yayınlandığını tespit edemediğim Yardımcı Doç Abdülmecit Mutaf'a ait olduğu belirtilen "Osmanlı Hukuk Sisteminde Dostane çözüm: Sulh Uygulaması" adlı yazıda, bazı karar örnekleri yer almaktadır.)

Sonuç olarak uyuşmazlıkların çözümünde, sulhun en iyi yol olduğunun, insanlığın başlangıcından bu yana kabul edildiğini, söylemek gerektiğine inanmaktayım. Benim kanıma

göre TBMM de aynı düşüncede olduğu için, 6100 sayılı yasada sulhe yer vermiştir.

Uyuşmazlıkların yargı organları dışındaki çözümüne, ADR, AUÇ, Av.K.35 maddesine göre uzlaşma, arabuluculuk yolu ile çözüm, gibi değişik adlar versek de bunların hepsi, sulh dediğimiz temel yapının içinde yer alan, değişik uygulama yollarıdır. Bu nedenle öncelikle sulh yolu ile uyuşmazlıkların çözümünü içimize sindirmemiz gerekmektedir. Yargıçların ve savcıların sulh yolu ile uyuşmazlık çözümüne sıcak bakmamasını anlayabiliyorum. Çünkü bu yolun uygulanmaya başlaması ile yetkilerine ortak olacak kişiler doğacak, bir anlamda yetki kaybı başlayacaktır. Bunu bir an için, ilk çocuğun ikinci çocuğu kıskanması gibi değerlendirebiliriz. Ancak biraz yanılırız. Çünkü ikinci çocuk dediğimiz sulh yolu, en az yargı organları tarafından dağıtılan adalet kadar eski bir yoldur. Bu nedenle ikizler arası kıskançlık demek daha doğru olur.

İçimize sindirmek gerektiğini söylüyorum, çünkü kısa bir müddet için yaptığım yöneticilik görevi için aldığım eğitimlerde yetki kaybının kabul edilmesinin ne kadar zor olduğunun anlatıldığını bunun için pek çok eser yazıldığını hatırlıyorum. Ayrıca, ceza hukuku uygulamasında, uzlaşma ile ilgili kuralların nasıl değiştiğini ve bir savcı ile bir yargıç meslektaşımızın kitaplarında uzlaşmanın savcı kontrolünde yapılması gerektiğini savunduğunu bunu ABEM deki müşterek konferanslarında tekrarladıklarını, bu fikirlerinin avukatlara güvensizlikten kaynaklandığını da dile getirdiklerini biliyorum. Şikayetten vazgeçmenin de bir hak olduğunu, bu yolla da uzlaşmada elde edilen sonuca ulaşmanın mümkün olduğunu, hatırlamamalarına da hayret etmekteyim. Cezadaki bu değişikliğin üstelik uzlaşma ile hiç bağdaşmayan şekilde oluşan bir değişikliğin, örneğin bir saat önce uzlaştırıcı olarak görev alacak kişinin bir saat sonra savcı olarak görev almasının ne kadar sakıncalı olduğunu anlatmaya bile gerek olmadığını, savcıdan ücret ve talimat alan kişinin uzlaştırıcı olarak güven vermeyeceğinin tahmin edilebilecek bir gerçek olduğunu biliyorum. Buna rağmen ceza uygulamasında bir değişiklik yapıldı ise bunun savcılar tarafından yetki kaybına gösterilen tepkiden geldiğine inanıyorum. Bu yüzden de içimize sindirmek gerek diyorum.

Ancak, avukatın tepkisini anlamıyorum. Çünkü, sulh yolunun gelişmesi ile avukat yetki genişlemesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Artık uyuşmazlığı tarafları temsil eden iki avukatın yanı sıra tarafsız olduğuna inanılan ve adına ne denirse densin sulh görüşmelerini yürüten bir avukat çözecektir. Böylece, yargıç ve savcılar devreye girmeden örneğin hepimizin şikayet ettiği duruşma kapısında köle misali beklemekten kurtularak çözüm üretebileceğiz. Hatta Yargıtay'ın "kaçak karar"larından da kurtulmak olanağını elde edeceğiz. Daha çabuk ve taraf iradesine daha uygun çözüm üretebileceğiz. Mesleğe yeni iş imkanı ve ekonomik katkı sağlayabileceğiz. Daha pek çok yararını görebileceğimiz bu sulh uygulamasından yararlanmamaktayız, hatta Av.K 35/A maddesini isteyerek çıkarılmasını sağlamamıza rağmen neden uygulamamaktayız? Bana göre kendimizden korktuğumuz için uygulamamaktayız. Üstelik buna birde kılıf bulduk. Eğer uygulamaya başlarsak, avukat olamayanlar hatta hukukçu bile olmayanlar arabulucu

olabilecek böylece yargı bağımsızlığı zedelenecek, siyasi iktidar yandaşlarını yargının içine sokacak demeye başladık. Ben bu mazerete inanmıyorum. Sulh, bu siyasi iktidardan çok önce yasalarımızda vardı, o zaman neden uygulamadım? Yoksa o gün de aynı şeylerden mi korktum ? O zaman ben hiçbir siyasi iktidara güvenmedim. Böyle dersem sen kime güveniyorsun bu ne biçim güvensizlik diye sormazlar mı? Üstelik hala yasalarımda tarafların sulh olabileceği ve bunu isterlerse kendi aralarında isterlerse diledikleri kişinin yardım etmesi ile sağlayabilecekleri hüküm altına alınmış iken söylüyorsam, gerçekleri söylemiyorum demektir. Çünkü taraflar her hangi bir yasanın çıkmasına gerek olmadan ve devlet tarafından her hangi bir gruba ruhsat verilmeden de her hangi bir kişiden sulh görüşmelerini yönetmesini talep edebilir. Ya da dileyen kendini arabulucu olarak tanıtabilir ve sulh görüşmelerinin kendi yönetiminde yapılmasını sağlayabilir. Rahmetli Diyarbakır Kasap Odası Başkanının yaptığı gibi çok başarılı da olabilir o zaman ne yaparsınız? Unutmayın ki, işçi ile işveren arasındaki aracılık konusu sadece işçi bulma kurumunun tekelinde iken insan kaynakları adlı şirketler bu tekeli yasa dışı olarak deldi, hapis cezalarına rağmen rahatça faaliyet sürdürdü, yasa sonra çıktı. Bugün dedektiflik şirketleri gazetelerde ve TV lerde konuk olmakta, söyleşi yapmaktadır. Bu yasak faaliyete karşı kim ne yapmıştır? Arada sırada detektiflik yasasında avukatlara da detektiflik hakkı verilsin demenin ötesinde bizler ne yaptık? Devrim kanunlarına aykırı bir faaliyet olan falcılık tüm hızı ile devam etmektedir, üstelik medyumluk adı altında maliyeye vergisini vererek çalışmaktadırlar. Kim ne yapmıştır? PTT nin tekeli THY kargo adı altında mektup taşıması ile delinmiştir. THY kargo servisine verilen mektup zarfları yerine büyük sarı zarfların yer alması dışında ne olmuştur?

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. O halde biz gerçekleri daha doğrusu korkumuzun neden kaynaklandığını görmemiz gerekmektedir.

Bana göre korkumuz bu işi başaramamaktan kaynaklanmaktadır. Çünkü taraflara sulh yolunu önermek için tarafın ne kazanabileceğini ve neye rıza göstermesi gerektiğini söylemek gerekecektir. Bu ise hukuku iyi bilmekle, karar verme yeteneğinin kazanılması ile mümkün olur. Üstelik bu kez istenmeyen durumların doğumunda kabahatli olarak gösterilecek hakim ya da Yargıtay bulunmamaktadır. Yanlış doğduğunda ya da istediğimiz karar oluşmadığında, temyiz hakkını elde ettik gibi sığınacağımız limanlar da yoktur. Baştan da söylediğimiz gibi, biz kendimizden korkmaktayız. Suçu atacak birilerini yaratmaktayız.

Suçlu üretene kadar, hukuku daha iyi öğrenmenin, karar verme yeteneğimizi arttırmanın, sulh ortamının olmazsa olmazları olan toplantının nasıl hazırlanması gerektiği, nasıl yönetilmesi gerektiği, uzlaşma toplantılarının mekanlarının nasıl olması gerektiği gibi pek çok konuyu öğrenmeye bakalım.

İstemezük demekle, yasaktır demekle, toplumun gereksinimlerini önlemenin mümkün

olmayacağının bilinci ile sulh çatısı altında oluşturulan tüm çözüm yollarında en iyilerin avukatlar olduğunu, onların bu konuda marka olduğunu kanıtlayarak çözüme gitmemizin daha doğru olduğunu düşünüyorum ve bunu sizlerle paylaşıyorum. Eğer sizler de buna inanırsanız, hep birlikte bu yolda nasıl eğitim almamız gerektiğinin kararını vermemiz gerektiğine inanıyorum.

Sulh yolu ile ilgili bu açıklamalardan sonra tekrar başa dönerek, 6100 sayılı yasanın uygulanmasında da 1086 sayılı yasanın uygulanmasındaki ilmi ve kazai içtihatlardan yararlanılacaktır dediğimiz yere geri gelelim.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı HMUK da sulhu tanımlayan bir madde yoktur, sulhun tanımı öğretide yapılmıştır. Bu nedenle, Sn. Baki Kuru'nun Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı yapıtının 6 basısının 3742. sayfasına baktığımızda; "Sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma (fedakarlık, özveri) ile (yani sözleşme ile) dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir." diye sulhun tanımlandığını görmekteyiz.

Tarafların fedakarlıklarını değerlendirdiğimizde, eğer bu fedakarlığın tamamını davalı yaparsa buna davayı kabul, fedakarlığın tamamını davacı yaparsa buna davadan feragat dendiğini görmekteyiz. Tarafların sulh olabilmeleri için, yapılan fedakarlığın karşılıklı olması gerekmektedir. Yani sulh sözleşmesi karma yapılı bir sözleşme olup, hem davayı kabulü hem de davadan feragatı birlikte içermektedir. Olayı böyle değerlendirdiğimizde, sulh anlaşmasının görülmekte olan bir dava için yapılabilecek bir anlaşma olduğu ortaya çıkmaktadır. Bana göre, davadan önce ya da davaya ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra sulh anlaşması yapmak mümkün ise de, bu şekilde sulh olmak için yapılan anlaşmaları, davada sulh olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Bu güne kadar yerleşen uygulamalarımıza göre, sulh anlaşması, mahkemede hakim huzurunda yapılabileceği gibi, tarafların mahkeme dışında anlaşmaları ile de yapılabilir. Hakim huzurunda yapılana mahkeme içi sulh ya da kazai sulh denmektedir. Diğerine ise mahkeme dışı sulh denmektedir.

Mahkeme içi sulh anlaşmasının 6100 sayılı kanunun 154/3-ç maddesine uygun olarak tutanağa geçirilmesi şarttır. Yerleşmiş Yargıtay kararlarına göre 1086 sayılı HMUK uygulaması döneminde, bu şarta uyulmamış olması halinde, geçerlik şartına uyulmadığı gerekçesi ile anlaşmanın kabul edilmediğini biliyoruz (B. Kuru aynı eser sayfa 3753). Kanımızca bu uygulama aynen devam edecektir. Çünkü 1086 sayılı yasanın 151. maddesinin yazılımı ile 6100 sayılı yasanın 154/3-ç maddesinin yazılımı aynı nitelikte yani mutlaka bulunması gerektiğini emreder

nitelikte olup, tutanağa ilişkin şartı her ikisinde de geçerlik şartı olarak kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır.

Geçmiş uygulamalarımız ışığında konuyu değerlendirdiğimizde, keşif sırasında yapılan sulhun da mahkeme içi sulh olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

Gene geçmiş uygulamalarımıza göre, resmi şekilde yapılması gereken, taşınmazlara ilişkin akitlerle ilgili olarak bir mahkeme huzurunda bir sulh anlaşması imzalanmış ise bu anlaşma geçerlidir. Ancak mahkeme dışı yapılan sulhler için bu kuralı uygulamak mümkün değildir(aynı eser sayfa 3757).

Sulh ile birlikte dava sona erer. Sulhe dayalı olarak verilen mahkeme kararı HMUK 95. doğrultusunda kesin hüküm oluşturur. 6100 sayılı yasada bunun karşılığı 315.maddede yer almaktadır. Sulhe dayalı olarak verilen kararlarda ancak sulhun iradeyi sakatlayan nedenlerle gerçekleştirildiği iddia edilebilir ve bu konuda fesih davası açılabilir. Bu zaten genel bir kuraldır.

Mahkeme dışında yapılan sulhde tarafların iki türlü davranması söz konusu olmaktadır. Bunlardan birincisine göre, taraflar bu sulh sözleşmesini mahkemeye sunar ve tutanağa geçirilmesini talep ederler. Böylece sulh, mahkeme içi sulh haline dönüşür ve ona ilişkin kurallara göre uygulanma şansı elde eder.

Eğer mahkeme dışı sulhu taraflardan biri inkar ederse diğer taraf yasaların izin verdiği tüm kanıtlarla bu sulhun gerçekleştiğini kanıtlamak hakkına sahiptir.

Mahkeme içi sulhun oluşumunda, taraflar dilerse yargıç sulh anlaşmasını karar olarak oluşturur. Eğer taraflar böyle bir istemde bulunmaz ise, mahkeme sulh nedeniyle davanın konusuz kaldığını belirterek karar verilmesine yer kalmadığına dair kararını verir. Mahkeme içi sulhe konu anlaşma İİK 38. Maddesi doğrultusunda ilam niteliğindedir.

Elbette sulh için anlattığımız tüm şeyler, sadece tarafların iradeleri ile karar vereceği konulara aittir.

Bu arada kısaca Avukatlık Kanunu 35/A maddesine değinmek isterim. Bu maddenin uygulanması ile oluşacak uzlaşmalarda, uzlaşmaya ilişkin karar dava açılmadan önce de alınabilecek niteliktedir. Uygulanacak harç ve masraflarda büyük indirimler vardır. Uzlaşma tutanağı ilam hükmündedir. Böylesi bir kolaylık varken neden dava açılır anlamak mümkün değildir.

//