Yazar Şamil Demir
Pazar, 29 Nisan 2012 12:09

A.Yeni Avukatlığa Geçişte Türk Avukatlığının Geçirmesi Gereken Dönüşüm

Türkiye'de yapılan avukatlık, gelişmiş ülkelerdeki avukatlık anlayışının gerisinden seyretmektedir. Türkiye'de bir uyuşmazlık için avukata başvurulduğunda o avukattan, uyuşmazlık yaşanan tarafı yenmesi, hezimete uğratması beklenir. Avukat seçiminde insanların kafasındaki karşı tarafa saldırmak ve mümkün olduğunca çok zarar vermek arayışının sonucu olarak, bu amaca en uygun mizaçta avukat bulunmaya çalışılır. Bu tanıma uygun avukatlar, Amerika Birleşik Devletleri hukukçuları ve halkı tarafından "pitbull lawyer" deyimiyle ifade edilmektedir.

Bahsedilen arayışın sonunda işlerin yürütülmesi için anlaşılan avukattan, mümkün olduğunca sert bir savunma ya da mücadele beklenir. Avukat da bu beklentiye, müvekkil memnuniyeti ve devamlılığını sağlamak için mizacına uygun olsun ya da olmasın, karşılık vermeye çalışır. Toplumumuzdaki uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak yola ilişkin kültür, bu çözüme talip olan hukuki hizmet sektörü üyesi avukatları doğrudan doğruya etkilemektedir. Müzakere etmeyi, sorunlarını konuşarak çözmeyi bilmeyen ya da istemeyen bir toplumun üyesi olan avukatlar, müzakere ederek anlaşma sağlamaya uzak kişilikler olarak karşımıza çıkmaktadır [1] .

Türk avukatlığına henüz yansımamış olsa da dünyada gelişen popüler kültür, uyuşmazlıkların en az zahmet ve maliyetle çözülmesi şeklinde gelişmektedir. Bu kültürel değişiklik, doğrudan doğruya hukuki hizmet arz eden avukatların iş elde etmek ve müvekkil kazanmak için takındıkları tavır ve davranışlara yansıyarak doktrinde "yeni avukatlık" olarak ifade edilen anlayışı şekillendirmektedir [2] . Yeni avukatlıkta avukatlar, pitbull avukatlık denebilecek tarzdan farklı olarak, sert bir mücadeleden çok, müvekkili için kullanabileceği üstün müzakere ve uyuşmazlık çözüm becerilerini ön plana çıkarmaktadır. Dolayısıyla kazanma anlayışı, "en çok" "en büyük" "en fazla"yı elde etmekten, iş sahibinin gerçek istek ve çıkarlarına odaklanmaya dönüşmektedir. Kısacası bu avukatlar yaptıkları danışmanlık, yürüttükleri müzakereler, "ürettikleri" anlaşmalar üzerinden ölçülen ücretlere hak kazanmaktadır
[3]
.

Dünyada yaşanan bu değişim, hala klasik dava avukatlığıyla ayakta kalmaya çalışan, uyuşmazlıkları çözmek ve kazanç sağlamak için dava açmaktan başka yolları ihtimal dâhilinde görmeyen Türkiye'deki gibi avukatlık anlayışını her geçen gün daha da olumsuz etkilemekte ve değişmeye zorlamaktadır. Ülkemizdeki hukuk fakültesi ve mezun sayısıyla doğru orantılı olarak artan avukat sayısı, avukatların, ayakta kalabilmek için sundukları hizmetin çeşitliliğinin artırmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle Türk avukatların elindeki uzlaşma sağlama yetkisi,

barındırdığı bazı aksaklıklara rağmen yeni avukatlığa geçişte kullanabilecekleri, avukatlık mevzuatının en önemli ve ilerici adımlarındandır [4] .

B. Arabuluculuk Mesleğinin Avukatlık Mesleği Üzerindeki Muhtemel Etkileri

Biz avukatların faaliyet alanlarındaki yetkilerini “kazanılmış mevzi” olarak görme, memnun olmadıkları ve işletemedikleri konularda bile kendi faaliyet alanlarına gelebilecek müdahalelere sert tepki gösterme eğilimleri vardır [5] . Bu nedenle gündemdeki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hiçbir kanun tasarısında olmadığı kadar çok tartışılmış ve eleştirilere konu olmuştur. Kurumun tam manasıyla anlaşılamamasından kaynaklanan eleştiriler; arabuluculukla birlikte çok hukukluluğun geleceği, arabuluculuğun çeşitli güç ve çıkar odaklarının kendi adalet sistemlerini yaratmasına yarayacağı, mahkemelerin yargılama yetkisinin devri niteliğini taşıyacağı bu nedenle Anayasaya aykırı olduğu gibi nedenlere dayanmaktadır [6] . Bunlar yanında arabuluculuk, hâlihazırda aşırı rekabet ve kötü şartlar altında mesleklerini sürdürmeye çalışan avukatların, ekonomik çıkarlarına ters düşeceği ve iş kayıplarına neden olacağı düşüncesiyle de eleştirilere konu olmuştur [7] .

Kimi görüşlere göre arabuluculuk, Avukatlık Kanunu’nun 1, 2, 35 ve 35/A maddeleri uyarınca zaten avukatlara tanınmış bir hak olup meslekî tekellerinin bir parçasıdır [8] . Bu nedenle avukatlık mesleğinin tekeline giren bir konuda yeni bir meslek ihdası doğru değildir ve hukuki kaosa neden olabilir. Eğer arabuluculuk ile ilgili bir düzenleme yapılacaksa bu avukatların tekellerine dâhil olmalıdır
[9]
.

Ülkemizde arabuluculuğun gerekliliğini savunan görüşler, avukatlardan gelen itirazları karşılamak için, Av. K. m. 35/A ile getirilen uzlaşma sağlama yetkisinin günümüze değin avukatlar tarafından etkin bir şekilde uygulanmamış olmasını, arabuluculuk konusunda bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak ifade etmektedirler [10] .

Arabuluculuk kanunu tasarısının avukatlık tekelini aşındıracak bazı istisnalar getirdiği tartışmasızdır [11] . Fakat uygulamada durumun bahsedildiği gibi ciddi etkileri olmayacağı kanısındayım. Kanımca arabuluculuk ülkemizde bir meslek olduğunda, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni bir seçenek olmak dışında, hukuki hizmet sektöründe arabuluculuk lehine belirgin bir talep artışı yaşanmayacaktır. Ancak arabuluculuğun sigarayı bıraktırma kampanyalarında olduğu gibi yazılı ve görsel olarak etkin şekilde duyurulması halinde,

halkımızın konuya ilgisinde belirli ölçüde artış yaşanabilir [12] . Ülkemiz şartlarında arabulucuların meslekî çalışmalarına başlamasıyla birlikte, uyuşmazlık sahiplerinin anlaşarak birlikte bir arabulucu seçmeleri ve ona gitmeleri kanımca hayal gibidir. Çünkü ülkemizde taraflar içinde bulundukları uyuşmazlık nedeniyle, bilirkişi seçimi gibi en basit konularda dahi anlaşmaya varamamaktadırlar
[13]
.

Ülkemizdeki yargılama giderleri arabuluculuğun geliştiği ülkelere göre makul düzeylerdedir. Bu nedenle arabuluculuk ülkemizde, yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle arabuluculuğu iyi bir seçenek olarak kabul eden ABD ve İngiltere gibi ülkelerden çok daha yavaş gelişecektir. Öte yandan HMK m. 120 ile getirilen gider avansı, özellikle küçük uyuşmazlıklarda dava yoluna başvurmak isteyenler için neredeyse müddeabih tutarındaki bir parayı mahkeme veznesine yatırma zorunluluğu doğurmuştur. Bu da hak arama hürriyetini engelleyecek bir yapıyı ortaya çıkarmıştır. Doktrinde anayasaya aykırı olduğu ifade edilen bu hükmün, yürürlükte kalmaya devam etmesi halinde küçük uyuşmazlıklarda, yargılamanın pahalı olduğu ülkelerdeki gibi çözüm arayışında arabuluculuk yöntemine kayış yaşanabilir.

Arabuluculuk kanunu tasarısının yasalaşması hâlinde, Adalet Bakanlığı'nın vereceği lisanslarla arabuluculuk eğitimi veren kurumlar faaliyete geçecektir (HUAKT m. 23). Eğitim kurumları arabuluculara, müzakere yetenekleri, çatışma çözümü ve psikoloji eğitimi vererek, arabuluculuğa ilişkin yetenekleri kazandıracaktır. Fakat avukatlar ne hukuk eğitimleri sırasında ne de avukatlık stajında, bir masa etrafında uyuşmazlık çözmek konusunda yetiştirilmektedirler
[14]
. Kanımca avukatlar, arabuluculuk eğitimi alarak mesleklerindeki bu eksikliği tamamlayabilirler ve gerektiğinde arabuluculuk kanunu gereği arabuluculuk ya da ihtiyaca göre sahip oldukları uzlaşma sağlama yetkisini kullanabilir, böylece arz ettikleri hukuki hizmetin kalitesi ve çeşitliliğini artırabilirler. Bu nedenle avukatların doğrudan kendi faaliyet alanları olduğunu düşündükleri arabuluculuğu toptan reddetmek veya ondan uzak durmak yerine, meslekî çalışmalarına dâhil etmeleri doğru olacaktır
[15]
.

Fakat arabuluculuk kanunu tasarısının Adalet Alt Komisyonunda iki gün önce yapılan görüşmeler sırasında kabul edilen önergeler, avukatların arabuluculuk mesleğine yönelttikleri eleştirileri oldukça hafifletecek niteliktedir. Tasarıda yapılan değişikliklerle arabuluculuk mesleğini sadece 5 yıllık mesleki deneyime sahip hukuk fakültesi mezunları yapabilecek ve arabuluculuk eğitimini ise Türkiye Barolar Birliği, Adalet Akademisi ve bünyesinde Hukuk Fakültesi olan Üniversiteler verebilecektir. Bu değişiklik, TBMM genel kurulundan da kabul görürse, kanun koyucu arabuluculuk mesleğinin hukukçular eliyle yürütülmesi konusunda

–bizlere şimdiye kadar meslek alanımızdan çıkan konular dikkate alındığında- hiç de alışık olmadığımız bir ayrıcalık tanımış olacaktır. Tasarının bahsettiğimiz şekilde yasalaşması halinde kanun koyucunun iradesinin, arabuluculuk mesleğinin başında hukukçuları hâkim kesim kılmak ve hukukçuların sağlayacakları güvenlik nedeniyle arabuluculuk mesleğinin itibarını yerleştirmek olduğu ortaya çıkacaktır. Bu fırsatın sunumumun başında ifade ettiğim yeni avukatlığa geçişte Türk avukatları için kritik bir öneme sahip olduğu idrak edilmeli ve arabuluculuk mesleği hukukçular tarafından ciddiyetle sahiplenilmelidir. Aksi halde benzer şekilde kendilerine verilen arabuluculuk yapma yetkisini neredeyse hiç kullanmayan Yunan ve Danimarkalı avukatların başına geldiği gibi yasal değişiklik yapılarak arabuluculuğun başka mesleklere de açılması durumuyla karşı karşıya kalınabilir.

C. Arabuluculuk ile Uzlaşma Sağlamanın Karşılaştırılması

Avukatlar arasında yasalaşması beklenen arabuluculuk ile sahip olduğumuz uzlaşma sağlama yetkisinin birbirine karıştırılması ve hâlihazırda avukatların arabuluculuk yapma yetkilerinin olduğu gibi bir inanış bulunmaktadır. Bu inanış maalesef gerçeği yansıtmamaktadır. Sunumumun bu son bölümünde her iki kurumun daha iyi anlaşılabilmesi için gündemdeki arabuluculuk mesleği ile avukatların 2001 yılından beri yetkileri arasında bulunan uzlaşma sağlamanın birbirine göre avantajlı ve dezavantajlı olan yönlerinin karşılaştırmasını yapacağım.

I. Çözüm Yollarının Niteliği

Dün de çokça ifade edildiği gibi arabuluculuk, tarafların içinde bulunduğu uyuşmazlığı tarafsız ve objektif bir üçüncü kişi olan arabulucunun yardımıyla müzakere ederek çözüme kavuşturdukları bir süreçtir. Arabulucu ise tarafların iletişimlerini kolaylaştırmaya, onları masada tutmaya çalışan ve tarafların kendi çözümlerini üretmelerine yarayacak birtakım teknikler kullanarak, çözüme yardımcı olan bağımsız ve tarafsız kişidir [16] .

Müzakere ise birbirinden birtakım şeyler elde etmek isteyen kişilerin, diğer tarafı ikna etmek ve etkilemek suretiyle, kendi isteklerine uygun düşünmelerini ve taleplerini kabul etmelerini sağlamaya odaklanan karşılıklı olarak bilgi ve hüner sergilenen bir iletişim ve karar verme sürecidir. Müzakere edebilmek için en az iki taraf gerekir. Müzakerenin esaslı unsurları ise diğer tarafı “etkilemek” ve “ikna etmek”tir. Bunun için bilinçli ya da bilinçsiz duygusal veya hesaplanmış birçok taktik kullanılır [17] . İşte avukatların uzlaşma sağlama yetkileri de bu tanım kapsamında değerlendirilebilecek bir müzakere yöntemidir. Uzlaşma sağlamada arabuluculukta olduğu gibi süreci yöneten tarafsız bir üçüncü kişi bulunmaz. Uzlaşma sağlamada karşılıklı olarak birbiriyle müzakere eden taraflar ve onların tarafında yer alan avukatları bulunur. Avukatların müzakere sürecindeki işlevi müvekkillerinin menfaatlerini savunmak ve uygun bir anlaşmaya imza atılması için risklerin belirleyicisi ve girilecek yükümlülüklerin yöneticisi olarak hareket etmektir [18] .

Ancak TBB Avukatlık Kanunu Çalışma Metninde 35/A maddesine eklenen ikinci fıkrayla, avukatlara yargılama sırasındaki mahkeme kökenli arabuluculuğu akıllara getirecek şekilde, hâkim tarafından atanacak bir avukata dava konusunda arabuluculuk yapma yetkisi verilmesi düşünülmektedir. Varılan anlaşmanın maktu harca tabi olması, fazla harcın ise iadesi önerilerek avukatlara verilmek istenen arabuluculuk yetkisi cazip hale getirilmeye çalışılmaktadır. Kanımca bu durum uzlaşma sağlamanın mevcut niteliğinin anlaşılamamış olmasından ve HUAKT tasarısının eski haline olan bir tepkiden kaynaklanmaktadır ve mevcut durumda yeni bir arabuluculuk türüne ihtiyaç yoktur.

II. Çözüm Yollarında Görev Yapacak Meslek Mensuplarının Seçimi

Uyuşmazlık taraflarının arabuluculuğa başlayabilmeleri için tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi niteliğindeki bir arabulucu üzerinde anlaşmaları gerekirken; uzlaşma sağlamaya başvurulabilmek için tarafların daha önce vekâlet verdikleri ve hâlihazırda işlerini yürüten avukatlarına talimat vermeleri yeterlidir. Arabuluculuğa başvuracak tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşmalarında yaşanabilecek zorluklar düşünüldüğünde, avukatların iş sahibinden aldıkları talimatla, hemen uzlaşma sağlama sürecini başlatabilecek olmaları, uzlaşma sağlamanın arabuluculuğa göre avantajlı olmasını sağlar [19] .

III. Çözüm Yollarına Başvurulabilecek Zaman

Arabuluculuk Kanunu Tasarısı m. 13'e göre, uyuşmazlık tarafları, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında bir arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Arabuluculuğa başvurulabilecek zaman açısından dava öncesi dönem için bir sınırlama bulunmamaktadır. Fakat uyuşmazlıkla ilgili bir dava açılması hâlinde, arabuluculuğa başvurulabilmesi için davanın derdest olması, yani davaya bakan mahkemenin karar vermek suretiyle henüz uyuşmazlıktan el çekmemiş olması gerekir [20] .

Buna karşın uzlaşma sağlamanın ancak tahkikat için belirlenecek ilk duruşmaya kadar yapılması mümkündür (HMK m. 147,I). Arabuluculuk ve sulh yolları uyuşmazlık çözümünde kapsadıkları zaman dilimi açısından uzlaşma sağlamayla karşılaştırıldığında, uzlaşma sağlamanın en kısa zaman dilimini kapsayan çözüm yolu olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda arabuluculuk ve mahkeme kararı kesinleşinceye kadar gerçekleştirilebilecek mahkeme içi sulh (HMK. m. 314) [21] , uygulanabileceği zaman dilimi açıdan uzlaşma sağlamaya göre daha avantajlıdır. Ancak TBB Avukatlık Kanunu Çalışma Metninde uzlaşma sağlama için getirilen zaman sınırlamasının kaldırıldığı görülmektedir.

IV. Arabulucu ve Avukatların Hak ve Yükümlülükleri

Avukatlar uzlaşma sağlama yetkilerini kullanırken, diğer bütün işlerinde oldukları Avukatlık Kanunu, Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ve Avukatlık Meslek Kurallarıyla bağlıdırlar. Arabulucular ise tasarı kapsamında, sadece arabuluculuk işine özgü hak ve yükümlülüklerle bağlıdırlar. Gerek arabulucuların gerekse avukatların taraflara karşı bağımsızlık ve özen yükümlülüğü vardır. Buna karşın avukatlar vekâlet akdinin bir gereği olarak sadece bir tarafı temsil etmekle yükümlüyken, arabulucular bütün taraflara eşit mesafede ve tarafsız olmakla (HUAKT m. 9) yükümlüdürler. [22]

Avukatlar ve arabulucuların kendilerine başvuran kişileri aydınlatma yükümlülükleri vardır. Avukatların aydınlatma yükümlülüğünün [23] kapsamına; uzlaşma ile ilgili her konuda, sürecin başından sonuna kadar müvekkile yapılacak bilgilendirme ve hukuki danışmanlık girer. Arabulucunun aydınlatma yükümlülüğünün (HUAKT m. 11) kapsamına ise tarafları arabuluculuğun esasları, sürecin işleyişi ve sonuçları hakkında bilgilendirmek girer. Bu yükümlülük daha çok arabuluculuğun başında yerine getirilir. Fakat taraflar gerektiğinde ilerleyen safhalarda aynı kapsamda aydınlatılabilir. Arabulucunun yapacağı aydınlatma tarafların hukuki durumları ile ilgili değildir. Arabulucu aydınlatma yükümlüğünü taraflara eşit mesafede ve tarafsızlığını koruyarak gerçekleştirir
[24]
.

Avukatların ve arabulucuların görevleri nedeniyle kendilerine verilen belgeleri saklama yükümlülükleri vardır. Avukatların belgeleri saklama yükümlülüğü üç yıl iken (Av. K. m. 39) arabulucuların saklama yükümlülüğü beş yıl olarak belirlenmiştir. (HUAKT m. 17,IV). Fakat avukatlar bu yükümlülükten belgelerin kendilerinden teslim alınmasını isteyerek daha erken kurtulabilirler. Avukatlar, uzlaşma tutanaklarının örneğini bir merciye göndermek zorunda olmamalarına karşın, arabulucuların arabuluculuk tutanağının bir örneğini Adalet Bakanlığı'na gönderme yükümlüğü bulunmaktadır (HUAKT m. 17,IV). Uzlaşma tutanağının örneğinin bir merciye gönderilmemesi, ilk bakışta avukatlar açısından bir kolaylık olarak görülebilecek olsa da tutanağın saklanmamasının yaratabileceği sakıncalar [25] dikkate alındığında, arabulucuların Adalet Bakanlığına örnek gönderme yükümlülükleri, tarafların menfaatlerinin korunması açısından daha güvenlidir [26] .

Arabulucunun taraflarla ayrı ayrı ya da birlikte görüşme ve iletişim kurma hakkı vardır (HUAKT m. 8). Buna karşın avukatın uzlaşma sağlama için ve uzlaşma sağlama sürecinde hasımla doğrudan teması kural olarak yasaklanmıştır [27] . Bu durum avukatı olmayan tarafla temas ve uzlaşma sağlamaya başlama açısından arabuluculuğa göre dezavantajlıdır
[28]
.

Arabulucu, arabuluculuk görevini şahsen yerine getirmekle yükümlü olmasına karşın (HUAKT m. 9,I); avukat vekâletnamesindeki yetkiye dayanarak üstlendiği uzlaşma sağlama işini başka bir avukatla birlikte yürütebilir veya işi başka bir avukata vererek takip edebilir (Av. K. m. 56,IV; 171). Avukatların tevkil yetkileri, uzlaşma sağlamanın gerekliliklerine göre özel bilgisi olan başka bir avukatın sürece dâhil edilmesine olanak tanır. Ayrıca tarafların bir araya gelememesinin ve avukatın mesleki yoğunluğunun uzlaşmaya engel olmasını önler. Avukatın tevkil yetkisi uzlaşma sırasında sağladığı esneklik nedeniyle arabuluculuğa göre avantaj sağlar [29] .

Her iki uyuşmazlık çözüm yolu için de tarafların katlanacağı ücret ve masraflar söz konusudur. Fakat avukatlık ücreti ve avukatın masrafları, Av. K.'nda daha ayrıntılı ve daha fazla güvenceye sahip şekilde düzenlenmiştir. Av. K.'nda avukatlık ücreti için hapis hakkı (Av. K. m. 39; 166), rüçhan hakkı (Av. K. m. 166) ve tarafların avukata karşı müteselsil sorumluluğuna (Av. K. m. 165) ilişkin hükümler mevcuttur. Tahsil imkânları ve sağlanan öncelik hakları nedeniyle avukatlık ücreti, arabuluculuk ücreti ve masraflarına (HUAKT m. 7) göre daha avantajlıdır [30] .

Arabulucu uyuşmazlık çözüme kavuşmasa da taraflara karşı görevini yerine getirmiş sayılır. Arabulucunun uyuşmazlığın çözüme kavuşması ya da kavuşmaması durumları arasında hak kazanacağı ücret açısından bir fark yoktur. Fakat avukatın Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 15 gereğince, uzlaşma tutanağının hazırlanmasındaki ücrete hak kazanabilmesi için taraflar arasında uzlaşma sağlanması ve tutanağın imzalanması gerekir. Bununla birlikte uzlaşma gerçekleşmese bile avukatın iş sahipleriyle yaptığı avukatlık ücret sözleşmesinde belirlenen ücreti isteme hakkı saklıdır [31] .

V. Arabuluculardа ve Avukatlarda Aranan Nitelikler

Arabulucuların, arabuluculuk mesleğini icra edebilmeleri hukuk eğitiminden sonra mesleklerini beş yıl icra etmeleri, arabuluculuk eğitimini tamamlamaları ve Adalet Bakanlığı tarafından açılacak yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmalarını gerektirmektedir (HUAKT m. 20). Avukatlar ise hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra bir yıllık avukatlık stajının ardından mesleğe başlamaktadırlar. Fakat arabuluculuk eğitimi, tamamı arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili bilgileri içeren ve asgari yüz elli saatlik eğitimi ifade ederken (HUAKT m. 22) [32]
; avukatlık staj eğitimi kapsamında uyuşmazlık çözüm yöntemleri ya hiç ya da çok az yer bulabilmektedir. Üstelik arabulucuların aldıkları eğitimden sonra arabuluculuk yapabilmeleri için yazılı ve uygulamalı bir sınavda başarılı olmaları aranırken, avukatların uzlaşma sağlama yetkisi bir yana dursun, avukatlık mesleğini yürütebilecek nitelikleri taşıyıp taşımadıkları herhangi bir sınavla ölçülmemektedir. Avukatların uyuşmazlık çözümü konusunda bir eğitime tâbi tutulmadan uzlaşma sağlama gibi bir çözüm yöntemiyle yetkilendirilmiş olmaları, konu hakkında eğitim almış ve becerileri sınavla ölçülmüş arabuluculara göre dezavantajdır [33]
.

VI. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır (HUAKT m. 16,II). Uzlaşma sağlama açısından ise Av. K. ve Yönetmelikte benzer nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Arabuluculuk tasarısına göre, arabuluculuğa başvuranların, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin baskısı olmadan müzakereleri yürütmesi mümkün olacaktır. Fakat uzlaşma sağlamaya başvuranların hak düşürücü süreleri ve zamanaşımını devamlı olarak göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Bu durum uzlaşma sağlamanın arabuluculuğa göre en dikkat çeken dezavantajıdır [34] .

VII. Avukatla Temsil Zorunluluğu

Arabuluculuğun yürütülmesi için aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan her birinin müzakerelere bizzat katılmaları gerekir (HUAKT m. 15,VI). Fakat taraflar ihtiyaç duyarlarsa müzakerelere avukatlarıyla da katılabilirler. Hatta tarafların bir araya gelmelerinde psikolojik engeller varsa ya da tarafların farklı yerlerde bulunması söz konusu ise kendileri yerine avukatları da arabuluculuk faaliyetine katılabilir. Fakat uzlaşma sağlama açısından tarafların her halükarda avukatla temsil zorunluluğu vardır, avukatlar olmadan bir müzakerenin uzlaşma sağlama olarak nitelenmesi mümkün değildir [35] .

VIII. Varılan Anlaşmanın Şekli ve Niteliği

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın şekli taraflarca serbestçe belirlenebilir (HUAKT m 18,I). Tasarı, arabuluculuk anlaşmasının şekline ilişkin ayrıntılı düzenleme yapmamıştır. Uzlaşma sağlamayı düzenleyen Av. K. m. 35/A'da uzlaşma tutanağında bulunması gereken unsurlar ayrıntılı olarak sayılmıştır [36] .

Tasarıya göre, tarafların arabuluculuk sonunda anlaşmaya varması üzerine imzalanan tutanağın herhangi bir özel hukuk sözleşmesinden farkı yoktur. Eğer taraflar bu sözleşmenin ilâm niteliğinde belge olmasını istiyorlarsa, imzaladıkları tutanağı, o uyuşmazlığa bakmakla yetkili ve görevli mahkemeye sunarak "icra edilebilirlik şerhi" almaları gerekir (HUAKT m. 18). Ama birden fazla ve farklı mahkemelerin yetki ve görev alanına giren uyuşmazlıkların aynı arabuluculuk sözleşmesinde çözüme kavuşturulması halinde, hangi uyuşmazlığın yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesinde esas alınacağı belirsizdir. Fakat uzlaşma tutanağı, ilgili kişilerce imzalandığı andan itibaren ilâm niteliğinde belgedir ve tutanaktaki edimlerin yerine getirilmemesi hâlinde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın ilâmlı icraya konu edilebilir [37] .

IX. Gizlilik ile Beyan ve Belgelerin Kullanılamaması

Arabulucular ve arabuluculuğa katılanlar aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyetindeki bilgi belge ve kayıtları gizli tutmak zorundadır (HUAKT m. 4). Gizliliği ihlal ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir (HUAKT m. 4). Uzlaşma sağlamada gizliliği düzenleyen bir kanun hükmü ve ihlal halinde cezai bir müeyyide yoktur. Bu eksiklik Yönetmelik m. 16,VI ile giderilmeye çalışılmıştır [38] . Uzlaşma sağlamadaki gizliliğin, Avukatlık Kanunu'nda yaptırımlarıyla birlikte düzenlenmemiş olması büyük bir eksikliktir [39] ve uzlaşma sağlamanın, arabuluculuk karşısında dezavantajlı olmasına neden olmaktadır.

Tasarının 5. maddesinde, hangi beyan ve belgelerin muhtemel bir dava veya tahkimde delil olarak ileri sürülemeyeceği ve bunlar hakkında tanıklık yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Av. Kanunu Yönetmeliğin 16,VI maddesi, Arabuluculuk Kanunu Tasarısı m. 5 ile karşılaştırıldığında oldukça yetersiz ve ihtiyacı karşılamaktan uzaktır [40] .

Görüldüğü gibi karşılaştırmasını yaptığımız bu iki yöntem birbirinden oldukça farklıdırlar ve yöntemlerin birbirine göre üstün ve dezavantajlı tarafları bulunmaktadır.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılar sunarım.

Kaynakça

· Aggarwal, V. K./Dupont, C.: Negotiation and Bargaining: Role of Lawyers (Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2004).

· Cohen, Herb: Her Konuyu Müzakere Edebilirsiniz (Çev. Şahin Cüceloğlu), İstanbul 2008.

· Çetin, Canan: Müzakere Teknikleri – İlke, Süreç, Uygulama, İstanbul 2007.

· Demir, Şamil: Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler (ABD 2009/3).

· Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011.

· Demir, Şamil: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli, Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010 379-408).

· Deren-Yıldırım, Nevhis: Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı – Eleştiri ve Öneriler – Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 81-97) (Deren-Yıldırım – Arabuluculuk).

· Gürseler, Güneş: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli,

Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010 379-408).

· Göymen, Ali: Uzlaşmacılık Müessesesi Tartışmaları ve Avukatlık Yasası'nın 35/A Maddesi Üzerine Bir İnceleme (ABD 2007/4 s. 47-51).

· 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).

· Macfarlane, Julie: The New Advocacy (The Negotiator's Fieldbook, ABA Section Of Dispute Resolution, Washington 2006 s. 513-522).

· Oliver, David: Etkili Müzakerenin 101 Yolu (Çev. Hasan Turgay Dursun), İstanbul 2001.

· Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği (EÜHFD 2004/3-4, s. 387-418).

· Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231) (Özbek – Arabuluculuk Yönergesi).

· Özbek, Mustafa Serdar: Dünya Çağında Adalete Ulaşma Hareketlerinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AÜHFD 2002/2, s. 121-162) (Özbek – Adalete Ulaşma).

· Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2009, s. 441-502) (Özbek – Arabuluculuğun İlkeleri).

· Özbek, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk (ABD 2001/3, s. 113-139) (Özbek - Arabuluculuk).

· 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).

· Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009 (Özbek - ADR).

· Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Çözüm Önerisi (HPD 2006/7, s. 40-45) (Özekes-Arabuluculuk).

· Öztek, Selçuk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Eleştiriler (Arabuluculuk Yasa Tasarısı – Eleştiri ve Öneriler – Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 15-34).

· Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler Ya da Oluşturulan Direncin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Makalelerim-II, Ankara 2011 s. 244-257) (Tanrıver – Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler).

· Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Direncin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Makalelerim-II, Ankara 2011 s. 244-257).

· Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Önlemler (Makalelerim-II, Ankara 2011 s. 115-142) (Tanrıver - Hukuk Yargısının Temel Sorunları).

· Yıldırım, Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 337-360) (Yıldırım - Mahkeme Dışı Usuller).

---

[1] Demir, Şamil: Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler (ABD 2009/3), s. 62.; Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011, s. 334-336.

[2] Macfarlane, Julie: The New Advocacy (The Negotiator's Fieldbook, ABA Section Of Dispute Resolution, Washington 2006 s. 513-522), s. 513-522.

[3] Demir-Avukatlık Kariyeri s. 62; Elveriş s. 187.

[4] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 334-336.

[5] Gürseler, Güneş: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli, Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010 379-408) s. 385.

[6] Kuru-Arabuluculuk s. 240-241; Tanrıver-Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler s. 247.

[7] Bkz. Ankara Barosu basın açıklaması: http://www.ankarabarosu.org.tr/Detay.aspx?SYF=5971 (Son erişim tarihi: 13.03.2011); İstanbul Barosu basın açıklaması: http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=5637 Son erişim tarihi: 13.03.2011); Deren-Yıldırım-Arabuluculuk s. 93; Demir-Uzlaşma Sağlama s. 90 vd..

[8] Öztek s. 21.

[9] Kuru-Arabuluculuk s. 243; Göymen, Ali: Uzlaşmacılık Müessesesi Tartışmaları ve Avukatlık Yasası'nın 35/A Maddesi Üzerine Bir İnceleme (ABD 2007/4 s. 47-51) s. 47.

[10] Demir, Şamil: Uzlaşma (Ankara Barosu Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Merkezi Paneli, Hukuk Merceği, C. XI, Ankara 2010 379-408) s. 382.

[11] Öztek s. 21.

[12] Tanrıver-Hukuk Yargısının Temel Sorunları s. 134.

[13] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 90 vd.

[14] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 4. K. IV. 4; Demir-Uzlaşma Sağlama § 18. A, B.

[15] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 90 vd.

[16] Ildır s. 88 vd.; Özbek-Arabuluculuk s. 123; Tanrıver-Hukuk Uyuşmazlıkları s. 165, 166; Özbek-ADR s. 491-492, 498, 500, 512; Özbay s. 391; Kekeç-Taktikler s. 23, 25; Özekes, Muhammet: Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Çözüm Önerisi (HPD 2006/7 s. 40-45), s.43; Özbek-Genel Bakış s. 272; Yıldırım-Mahkeme Dışı Usuller s. 340; Deren-Yıldırım-Arabuluculuk s. 88 vd.; Özbek-Arabuluculuk Yönergesi s. 189; Özbek-Adalete Ulaşma s. 139; Özbek – Arabuluculuğun İlkeleri s. 441-442; Tanrıver, Süha: Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Direncin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi (Makalelerim-II, Ankara 2011 s. 244-257) s. 244.

[17] Cohen, Herb: Her Konuyu Müzakere Edebilirsiniz (Çev. Şahin Cüceloğlu), İstanbul 2008, s. 3.; Aggarwal, V. K./Dupont, C.: Negotiation and Bargaining: Role of Lawyers (Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences, 2004) s. 10477; Çetin, Canan: Müzakere Teknikleri – İlke, Süreç, Uygulama, İstanbul 2007, s. 4, 9; Özbek-ADR s. 100; Oliver, David: Etkili Müzakerenin 101 Yolu (Çev. Hasan Turgay Dursun), İstanbul 2001, s. 3; Kekeç-Taktikler s. 43; Özbek-Adalete Ulaşma s. 138-139; Demir-Uzlaşma Sağlama s. 23 vd.

[18] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 133 vd.

[19] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 53.

[20] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 53.

[21] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 8. A. III. 2.

[22] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54.

[23] Demir-Uzlaşma Sağlama § 5. D.

[24] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54 vd.

[25] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 9. G.

[26] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54 vd.

[27] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 5. F. III; aşa. § 16. G. I.

[28] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 7. C. I. 1.

[29] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54 vd.

[30] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54 vd.

[31] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 54 vd.

[32] Bkz. Özekes-Arabuluculuk s. 45.

[33] Demir-Uzlaşma Sağlama s. 57..

[34] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 20. A.

[35] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 7. B.

[36] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 9.

[37] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 11; Kuru-Arabuluculuk s. 239.

[38] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 7. E.

[39] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 20. F.

[40] Bkz. Demir-Uzlaşma Sağlama § 20. F.

//