

AVUKATLIK KANUNU M. 35/A'NIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ÇERÇEVESİNDE İRDELENMESİ VE BİR DÜZENLEME ÖNERİSİ

EXAMINING THE LAW OF ATTORNSHIP ARTICLE 35/A IN THE FRAME OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS AND A SUGGESTION ON THE SYSTEMIZING

Alper BULUR*

Özet: Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre, 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 İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.

Anahtar Sözcükler: Alternatif uyuşmazlık çözümleri, arabuluculuk, uzlaşma, avukat, ilâm.

Abstract: In the Article 35/A of the Law of Attorneyship, it is intended to decrease the caseload of the courts. According to the Law of Attorneyship Article 35/A, in actions and cases that have been entrusted to them, attorneys, together with their clients, may invite the other party to conciliation before a suit has been filed or before hearings have commenced for an already filed suit, provided that such conciliation pertains exclusively to matters that the parties may elicit of their own will. If the other party takes up the invitation and conciliation is reached, the subject of the conciliation, its place and date, and the actions that each party will carry out are laid out in a memorandum and signed jointly by the attorneys and the clients. Such memoranda are in the nature of a court decision in the sense of Article 38 of the Enforcement and Bankruptcy Law.

* Uzman, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Keywords: Alternative dispute resolutions, mediation, conciliation, attorney at law, judgment.

GİRİŞ

Günümüzde bilim ve teknikte hızlı gelişmeler yaşanmakta, insanlar arasındaki iletişim ve etkileşim hızla artmaktadır. Buna paralel olarak, insanlar arasındaki ekonomik ve sosyal ilişkiler de gelişim göstermekte ve çeşitlilik arz etmektedir. Söz konusu hızlı değişim ve gelişim, birçok yeni sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak da hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni arayışlar başlamıştır.

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi, esas olarak devlete ait bir görevdir. Bununla birlikte, uyuşmazlık içine düşmüş olan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çeşitli yöntemlerle çözüme kavuşturabilirler. Bu yöntemler, sürecin ne kadar resmiyet taşıdığı, tarafların süreç içerisindeki etkinliği, üçüncü kişilerin süreç boyunca üstlendiği işlev ve varılan anlaşmanın hukuki niteliği gibi birtakım kıstaslar ile birbirlerinden ayrılırlar.

Geleneksel anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, tüm kültür ve uygarlıklarda yüzyıllardır uygulanmaktadır; ancak, profesyonel anlamda, Anglo-Sakson kökenli bir kurum olarak ortaya çıkmış ve özellikle küreselleşmenin de etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla işlerlik kazanmaya ve uygulama alanı bulmaya başlamıştır.

Biz de çalışmamızda, öncelikle genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını, daha sonra ise söz konusu yöntemler içerisinde en başarılı ve yaygın olarak kullanılan arabuluculuk yöntemini temel hatları ile değerlendirdik. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve arabuluculuk ile ilgili vermiş olduğumuz genel bilgilerden sonra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile eklenen m. 35/A hükmü uyarınca mevzuatımıza girmiş olan, "*avukatların uzlaşma sağlama yetkisi*" üzerinde durduk ve özellikle bu kurumdan beklenen faydanın neden sağlanamadığından hareketle, söz konusu düzenlemenin eksik yönlerine dikkat çekmeye çalıştık.

1. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A. GENEL OLARAK

Alternatif uyuşmazlık çözüm (AUÇ) yolları, ilk olarak Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ve uygulayan ülkelerde kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu yöntemlerin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tarihi gelişim süreci, 1960'lı yılların başında başlamıştır. Ancak, söz konusu alanda yaşanan esas gelişim hareketleri, 1980'li yıllarda meydana gelmiştir. İngiltere'deki geçmişi ise daha yenidir ve özellikle son 20 yılda İngiltere'de de önemli ilerleme kaydetmiştir.¹ Kıta Avrupası ülkelerinde ise, küreselleşmenin de etkisiyle, son yıllarda hızla gelişim göstermeye ve uygulanmaya başlanmıştır.²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili genel bir tanım yapmak gerekirse, *"bağımsız, tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek, ortaklaşa bir çözüm bulmaları konusunda iletişim kurmalarını sağladığı ve aralarındaki uyuşmazlığı ya kendi kendilerine çözmeleri için onlara yardımcı olduğu ya da somut olayın özelliklerine göre onlara üzerinde fikir birliğine varabilecekleri çözüm önerileri sunduğu; tamamen gönüllülük esasına göre işlerlik kazanan ve devlet mahkemelerinde gerçekleşen yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözüm yolları bütünüdür"* denilebilir.³ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin diğer karakteristik özellikleri ise, süreç sonunda bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunulması ve yine süreç sonunda uzlaşma sağlanamaması hâlinde yargıya başvuru hakkının korunuyor olmasıdır.⁴

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü, son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun

¹ Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003, s. 31.

² Tanrıver, S., *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, *Makalelerim* (2006), Ankara 2007, s. 1.

³ Benzer tanımlar için bkz. Ildır, s. 30; Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, B. 2, Ankara 2009, s. 127-128; Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, B. 6, Ankara 2007, s. 721; Yıldırım, M. K., *İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında*, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 349-350.

⁴ Tanrıver, s. 2.

sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardır.⁵ Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından da tercih sebebi sayılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözümü, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir.⁶ Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.⁷

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi sosyal ve ekonomik gerçeklerini gözetererek, bu süreçlerden birini tercih edebileceği gibi, bunlardan birkaçını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler de oluşturabilir veya söz konusu yöntemler dışında başka yöntemler de geliştirebilir.⁸ AUÇ yollarının belli başlı olanları, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, uzlaştırma ve arabuluculuktur.⁹

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da tahkimin hukuki niteliğinin ne olduğudur. Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, anlaşmak suretiyle, devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak adlandırılan özel kişilere bırakmalarınıdır.¹⁰

Doktrindeki bir görüşe göre, tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi ve hatta en yaygın olarak kullanılanıdır.¹¹

⁵ Biçkin, İ., Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *HPD*, 2006, S. 7, s. 34.

⁶ Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 397; Yıldırım, s. 358.

⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Genel Gerekeçe.

⁸ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin farklı toplumsal yapılara göre sınıflandırılması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ceylan, Ş. S., *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2009, s. 122-148.

⁹ Biçkin, s. 36-39; Pekcanitez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, *HPD* 2005, S. 5, s. 15-16; Yılmaz, E., Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 845.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

¹¹ Özbek, s. 638-639; Yılmaz, s. 845.

Bizim de katılmakta olduğumuz bir diğer görüşe göre ise, tahkim bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu değildir.¹² Devlet mahkemelerinde görülen yargılamanın yerine ikame edilen ve ona göre istisnai nitelikte olan bir yargısal yoldur.¹³ Zira hakemler de taraflar arasındaki uyuşmazlığı, Devlet mahkemesi hâkimi gibi bir yargılama yaparak çözüme kavuşturur.¹⁴ Hakemler, maddi hukuku uygulamak zorunda olmasalar da yine taraflar arasındaki maddi vakıaları bir hukuki kalıba göre nitelendirerek hüküm vereceklerdir.¹⁵ Ayrıca iç tahkim bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, hakem hükmünün, hâkimlerin yargılama sonunda verecek oldukları hükme benzerliği daha iyi ortaya çıkmaktadır. Zira, hakem kararları kesin hüküm niteliğindedir,¹⁶ temyizi mümkündür, yargılamanın iadesi davasına konu oluştururlar ve cebri icraya elverişlidirler.¹⁷

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeninden sayılmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Kamu düzeni kavramı, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösteren, genel geçerliliğe sahip bir tanımının yapılması güç olan bir kavramdır. Bununla beraber, genel bir çerçeve çizilmesi gerekirse, *“belirli bir toplumda ve belirli bir zaman diliminde geçerli olan; sosyal, ekonomik, siyasi, ahlaki ve hukuki yönden o toplumun temel yapısını ortaya koyan ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünüdür”* biçiminde bir tanım yapılabilir.¹⁸

Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukukumuzda uygulanmasına her-

¹² Akıncı, Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, *BATİDER*, 1996, C. 18, S. 4, s. 100, dn. 30; Küçükgüngör, E., Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22, S. 4, s. 48; Pekcanitez, s. 15; Tanrıver, s. 20.

¹³ Küçükgüngör, E., Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 2, s. 141.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 718.

¹⁵ Yıldırım, s. 337.

¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 692.

¹⁷ Tanrıver, s. 20.

¹⁸ Tanrıver, S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 110-111.

hangi bir engel bulunmamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 518’de düzenlenen “*Yalnız iki tarafın arzusuna tâbi olmayan meseilde tahkim cereyan etmez.*” hükmü de bu doğrultuda düzenlenmiş bir hükümdür. Söz konusu madde gibi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de iki tarafın arzusuna tâbi olan durumlarda mümkündür.¹⁹

Türk hukukunda, temel noktaları ve ilkeleri bakımından farklılıklar taşımalarına rağmen, AUÇ yolu olarak değerlendirilebilecek çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Örneğin medenî usul hukukunda (HUMK m. 213/I), toplu iş hukukunda (TSGLK m. 22, 23 ve 34/I), avukatlık hukukunda (Av. K. m. 35/A ve m. 95/II, b. 5), tüketici hukukunda (TKHK m. 22) aile hukukunda (4787 sayılı Kanun m. 7), 442 sayılı Köy Kanunu’nda (Köy K. m. 53), 6326 sayılı Petrol Kanunu’nda (Petrol K. m. 26) ve hatta kamu düzeninin korunması düşüncesinin en yoğun hissedildiği ceza hukuku alanında (CMK m. 253-255) alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilebilecek birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.²⁰

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargının yerine ikame edilmek istenen bir kurum değildir. Aksine, yargının daha etkin ve verimli bir biçimde çalışabilmesine, yargı ile bağlantılı olan Anayasal ilke ve kuralların tam anlamıyla işlerlik kazanabilmesine hizmet eden; yargının yanında yer alan ve onunla yan yana yürüyen, etkin ve barışçıl hukuksal korunma yöntemleri bütünüdür.²¹

B. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ MAHKEMEDE CEREYAN EDEN YARGILAMAYA GÖRE OLUMLU YÖNLERİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet hâlinde olan bir çözümler süreci değildir. Söz konusu yöntemlerin asıl amacı, küçük çapta olan ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir.²² Alternatif uyuşmaz-

¹⁹ İldır, s. 122.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 724.

²¹ Tanrıver, s. 4-5.

²² Pekcanitez, s. 15.

lık çözümleri ile taraflar uzlaştırma sürecine dahil olmakta, kendi iradeleriyle uzlaşarak menfaatlerini dengelemekte ve haklarına ulaşmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu yönüyle, devletin, yargı yetkisi dışında uyuşmazlıkların çözümü konusunda vatan-daşlarına sunduğu bir imkândır.

Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, yargısal yollara veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmak konusunda tam bir serbestiye sahiptir. Uyuşmazlığın çözümü için alternatif bir çözüm yönteminin kararlaştırılmış olması, devletin mutlak yargılama yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi ile ilgili bir kayıt, diğer tarafa herhangi bir itiraz hakkı vermez.²³ Bununla beraber, tarafların, devlet mahkemelerinde görülen “yargılama” yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu tercih etmeleri, kendilerine birtakım avantajlar getirebilir.²⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, mahkemede cereyan eden “yargılama”ya göre olumlu yönlerini değerlendirmek gerekirse:

- Taraflar uyuşmazlık çözüm sürecine doğrudan doğruya katılırlar ve özellikle sonucun elde edilmesinde egemendirler,
- Uyuşmazlık çözüm sürecinde gizlilik ilkesi geçerli olduğu için, taraflar arasındaki ilişkiler zarar görmeden gelecekte de devam edebilir,
- Uyuşmazlıklar daha az giderle ve daha seri bir şekilde çözüme kavuşturulur,
- Tarafların haklılığından ziyade aralarındaki menfaatler dengesinin tekrar kurulması gözetilir; bir başka ifadeyle, geçmişi değil geleceği gözetilen bir anlayış hakimdir,
- Her iki tarafında tatmin edilmesini amaçlayan (kazan-kazan) bir anlayış egemendir,
- Daha esnek ve daha ılımlı bir süreç olması dolayısıyla daha yaratıcı çözümler ortaya konulabilir,

²³ İldır, s. 48; Tanrıver, s. 3.

²⁴ Özkes, M., Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, *HPD*, 2006, S. 7, s. 43; Pekcantez/Atalay/Özkes, s. 722-723.

- Uyuşmazlık konusu, uzman kişilerce incelenebilir ve değerlendirilebilir.

Tüm bu olumlu yönlerinin dışında, elbette AUÇ yolları bakımından birtakım olumsuz durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların herhangi birinde uzlaşmaya varmak konusunda genel bir isteksizlik olması durumunda, süreç işlerlik kazanamayacaktır.²⁵ Yine, taraflar arasında mali veya hukuki bir eşitsizliğin olması durumu, sürecin olumlu bir şekilde işlemlenmesini ve her iki tarafın da memnun olacağı bir çözüme ulaşılmasını engelleyecektir. Ayrıca, çözüm sürecine katkı sağlayacak olan üçüncü kişilerin bağımsızlığındaki, tarafsızlığındaki ve kalitesindeki yetersizlik, AUÇ yollarının kendisinden beklenen olumlu etkiyi yaratmasını engelleyebilir.²⁶ Son olarak söylemek gerekir ki AUÇ yolları, küçük uyuşmazlıklar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda işlerlik kazanan bir çözümler süreci olduğu için, işlevinin sınırlı kalması durumu ortaya çıkmaktadır.²⁷

C. ARABULUCULUK YÖNTEMİ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülkeye ve ülkelerin sosyolojik gerçeklerine uygun alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri mevcuttur. Ancak, arabuluculuk yöntemi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın ve başarılı olarak uygulanıdır.²⁸

Arbuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle “*kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak*” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzmanlık eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü, bir başka ifadeyle-

²⁵ Akıncı, s. 109.

²⁶ Pekcanıtez, s. 14; Subaşı, İ., Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul 2003, s. 816.

²⁷ Tanrıver, s. 8-9.

²⁸ Yıldırım, s. 349.

le ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir.²⁹ Bir başka deyişle, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez.³⁰ Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz.³¹ Arabulucu, sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar.³² Taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin yöntemiyle, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlama-larına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucu, haklı-yı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek, uyuşmaz-lığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.³³

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir.³⁴ Taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz.³⁵ Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bu iletişimin pekiştirilmesi suretiyle, birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri sağla-

²⁹ Özekes, *Arabuluculuk*, s. 44.

³⁰ Yıldırım, s. 349.

³¹ Bu noktada arabuluculuk, "uzlaştırma" yönteminden ayrılmaktadır; Uzlaştırma kavramının tanımı ve arabuluculuk ile uzlaştırma yöntemleri arasındaki diğer farklar için bkz. Tanrıver, s. 15-16; Aksi görüş için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

³³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri m. 2.

³⁴ Akıncı, s. 101.

³⁵ Subaşı, s. 759-760.

nır. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.³⁶

Arabuluculuk yöntemi çerçevesinde, vurgulanması gereken bir diğer konu ise, uyuşmazlığın çözümü bağlamında taraflardan birisinin sunmuş olduğu somut bir önerinin, arabulucu tarafından karşı tarafa iletilmesinin, arabulucu tarafından çözüm önerisi geliştirilip diğer tarafa empoze edilmesi şeklinde yorumlanamayacağıdır. Yine bu çerçevede, üzerinde tekrar durulması gereken bir diğer önemli konu ise, arabuluculuk faaliyetinin, sürecin başından sonuna dek tümüyle ihtiyarî olarak işlerlik kazanan ve gönüllü olarak uygulanma alanı bulan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğudur.³⁷

Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri, “gönüllülük” ve “eşitlik” ilkeleridir. Bu ilkeler, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira devlet yargısı dışında, bu yola başvurmak, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak, bu yöntemin başarılı olmasını sağlamaktadır. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve süreci yürütürken, eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Ayrıca, “*bizzat hazır bulunma*”, “*taraf hakimiyeti*” ve “*gizlilik*” de diğer ilkeler olarak sayılabilir.³⁸

Taraflar, öncelikle, uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalıdırlar.³⁹ Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanunî düzenlemelerle hem de uygulamada, taraflar teşvik edilebilir.⁴⁰ Arabuluculuk sürecini cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir.⁴¹ Ancak, tarafları buna

³⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 722.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 725.

³⁸ Subaşı, s. 761; Yıldırım, s. 349.

³⁹ Biçkin, s. 37; Subaşı, s. 761.

⁴⁰ Örneğin, borçlu ile arasındaki uyuşmazlığı arabuluculuk (sulh) yoluyla çözerek, mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmeyen alacaklının alacağı bakımından birtakım vergi kolaylıkları getirilebilir.

⁴¹ Örneğin, ekonomik durumu iyi olmayan; ancak, uyuşmazlığı arabuluculuk (sulh) yoluyla çözmek iradesini ortaya koyan taraf bakımından, oldukça sıkı şekil şartlarına bağlanmış olan “adli yardım” kurumu tekrar gözden geçirilip, “yoksulluk” şartı ile birlikte aranan “haklılık” şartının değerlendirilmesinde, birtakım esneklik-

mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır.⁴² Bu bağlamda, teşvik etmek ile zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz, bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da kötü niyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu durum, ne olursa olsun tarafları mahkeme dışında bir çözüme zorlamak sonucunu doğuramaz; aksi halde, herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki Anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir.⁴³ Gönülsüz ve isteksiz, sırf mecbur olduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da zorla masada tutmak ve bir müzakere zemini oluşturmak mümkün olmaz. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olamaz ve en azından uygulamasında bir çok sorun ortaya çıkabilir. Taraflar, sürecin gönüllü olması bağlamında, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler.

Arbuluculuk faaliyetinin gönüllü (iradî) olmasının gereği olarak, tarafların, başlattıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar, istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler. Bu sürecin nasıl sonuçlandırılacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen çözen bir anlaşmaya varılabileceği gibi, kısmen de çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle de arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılabilir. Bir başka ifadeyle süreç, her zaman bir uzlaşma ve anlaşmayla sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu durum, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir.⁴⁴

Taraflar, arabuluculuk çözüm yoluna başvururken ve süreç boyunca eşit haklara sahiptir. Eşitlik, hemen her konuda, özellikle de uyuşmazlığın çözümünde öncelikle göz önünde tutulması gereken anayasal bir ilkedir. Eşitlik, hem yargılama yapılarak varılan çözüm

ler öngörülebilmek ve "sulh olabilmek" kıstasından hareketle yeni bir düzenleme yapılabilir.

⁴² Yıldırım, s. 358.

⁴³ İldır - Hak Arama Özgürlüğü, s. 398-399.

⁴⁴ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri m. 3.

yöntemlerinde hem de yargılama yapılmadan varılan çözüm yöntemlerinde ortak bir ilkedir. Ancak, her iki çözüm yönteminde uygulanması ve kapsamı belirli farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar, uyuşmazlık çözüm yönteminin niteliği ve tarafların bu yöntem içindeki konumlarından kaynaklanmaktadır. Kendisini diğer taraf ile tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle işlem görmeyen bir tarafın, uzlaşmasından değil, zorunlu olarak bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olmak ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olmak, bir uyuşmazlık hangi yolla çözülürse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir. Yargı organları önünde uyuşmazlıklar çözülürken de eşitlik, adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir.⁴⁵ Aynı şekilde, silahların eşitliği ilkesi olarak da ifade edilen, yargılamada tarafların eşit hak ve imkânlarla sahip olması, her zaman göz önünde tutulması gereken bir ilkedir. Benzer bir durum, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünde de söz konusudur. Taraflardan birisini dışlayarak veya ona daha az söz hakkı vererek varılan sonuçta, gerçek bir uzlaşmadan ya da anlaşmadan söz edilemez. Devlet yargısı önünde eşit olan tarafların, gönüllü olarak başlatıp yürüttükleri arabuluculuk sürecinde eşit olmalarını düşünülemez.

Arbuluculuk yönteminde, gözetilmesi gereken ilkelerden birisi de gizliliktir.⁴⁶ Tarafların devlet yargısı dışında, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözmek istemelerinin en önemli sebeplerinden biri, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istememeleridir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada duruşmaların alenî olması, temelini Anayasa'da bulan bir kuraldır ve gizlilik istisnaidir. Gizlilik, bazen, tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Önemli ticarî ilişkileri olan iki tarafın, yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki birtakım konuların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Karşılıklı suçlamalarla yürütülen bir yargılamadan sonra, tarafların tek-

⁴⁵ Hukukî dinlenilme hakkının yargısal bir temel hak olması sebebiyle, sadece davayla ilgili olamayıp kişinin hukukî durumunu etkileyen her türlü yargılama faaliyetinde göz önünde bulundurulması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Özekes, M., *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 62-63.

⁴⁶ Özekes, *Arbuluculuk*, s. 44.

rar eski ilişkilerini sürdürmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte, gizli ve sadece taraflar arasında kalan bir uyuşmazlık çözüm sürecinde, tarafların daha dikkatli davranması, birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığı çözmeye odaklanmaları mümkün olabilmektedir. Bu durum ise, çözümün daha kolay bulunmasına yardımcı olacağı gibi, duygusal tepkiler yerine, kendi kontrollerinde mantıklı çözüm arayışlarını mümkün kılacak, gelecekte de ilişkilerin sürdürülmesine katkı sağlayacaktır.⁴⁷

Gizlilik, tarafların kendi arasında söz konusu olduğu gibi, arabulucu bakımından da dikkat edilmesi gereken bir ilkedir. Arabulucu, kural olarak, kendisine sunulan veya başka yollarla elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Ancak, taraflar, isterlerse bunun aksini kararlaştırabilirler. Aksini kararlaştırma açık şekilde olmalı ve arabulucu, açık bir irade yoksa yorumla bu sonuca varamamalıdır.

2. AVUKATLIK HUKUKUNDA UZLAŞMA

A. GENEL OLARAK

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na, 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen yeni düzenleme uyarınca; *"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, müvekkille-riyle 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 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir."* (Av. K. m. 35/A).

Bu düzenleme ile avukatlara, aldıkları işlerde, dava açılmadan veya dava açılmışsa duruşmaya başlanmadan önce uzlaşma sağlanması hususunda karşı tarafı davet etme yetkisi verilmektedir. Uzlaşma sonucu düzenlenecek, taraflar ve avukatlarınca imzalanacak olan tutanağın ilâm niteliğinde olması esası getirilerek uyuşmazlıkların mahke-

⁴⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri m. 4.

melere intikalinden veya duruşmaya başlanmadan önce çözümlenmesi amaçlanmaktadır.⁴⁸

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre dava açılmadan evvel veya dava açılmakla beraber duruşmaya başlanmadan önce avukatlar kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucunu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, karşı taraf avukatını uzlaşmaya davet edebilecektir. Taraf vekilleri ve müvekkilleri hazır oldukları hâlde, düzenlenen uzlaşma metni, İİK m. 38’de sözü edilen ilâm niteliğinde olacaktır.⁴⁹

Uyuşmazlıkların çözümünde, yargılama içinde ve yargılama dışında farklı çözüm yollarının aranması, geçmişten bu güne kadar her zaman gündemde olmuş bir konudur. Örneğin, HUMK m. 213/I’de de sonuç vereceği umulan hâllerde, hâkimin tarafları sulha teşvik edebileceği açıkça belirtilmiştir.⁵⁰ Avukatlık Kanunu m. 35/A ile getirilen düzenleme de bu doğrultuda, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak değerlendirilmelidir.⁵¹

B. AVUKATLIK KANUNU M. 35/A’NIN İRDELENMESİ

a. Uzlaştırmanın Yapılabileceği Zaman

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemede, taraflar arasında uzlaşma sağlanabilmesi belirli bir zaman kesiti ile sınırlandırılmıştır. Bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda ... müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.” Burada kullanılan ölçüt bakımından, “duruşma başlamadan” ibaresini, “ilk duruşmadan önce” şeklinde anlamak daha doğru olacaktır.⁵²

⁴⁸ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun’un Genel Gereğesinden alınmıştır.

⁴⁹ 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun, Madde Gereğçeleri m. 15.

⁵⁰ Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, Ankara 2007, s. 122.

⁵¹ Yılmaz, s. 847.

⁵² Ulukapı, Ö., *Avukatlık Kanununda Değışiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen “İlam Niteliğinde Belge” Üzerine İnceleme*, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağın, İstanbul 2003, s. 456-457; Yılmaz, s. 848.

Burada üzerinde durulması gereken konu, davanın açılmadığı bir dönemde veya davanın açılmış olması hâlinde en geç ilk duruşmadan önce, yapılması gereken eylemin, “uzlaşmaya davet” mi, yoksa “görüşmeler sonunda imza edilecek olan tutanağın hazırlanması” mı olduğudur. Kanaatimizce, kanun koyucunun gerekçede ortaya koyduğu “taraf- lar arasında uzlaşma sağlama düşüncesinin mahkemelerin iş yükünü azaltma amacı taşıması”ndan ve uzlaştırma görüşmelerine başlanma- sının sürelerle etkisinin ayrıca düzenlenmemiş olmasından hareketle, zaman kesiti ile sınırlanan eylem, yapılan görüşmeler sonunda uzlaş- ma sağlanması durumunda, tarafların ve vekillerinin imzaladığı, uz- laşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirilmesi gereken hususları içeren bir uzlaşma tutanağının hazırlanmasıdır.⁵³

Bununla birlikte, ilk duruşmanın görülmeye başlanmasından ve duruşma aşamasına geçilmesinden sonra, dava bitinceye kadar, ta- rafların veya avukatlarının, karşı tarafa uzlaşma teklifinde bulunma- sı ve aralarında anlaşarak bir uzlaşma tutanağı hazırlamaları müm- kündür. Ancak, bu şekilde hazırlanan tutanağın, m. 35/A kapsamın- da değerlendirilmesi mümkün değildir. Söz konusu tutanak ve orta- ya koyduğu irade, ancak mahkeme dışı sulh olarak nitelendirilebilir ve ilâm niteliğinde bir belge olmaz. Mahkeme dışında, taraflar, karşı- lıklı fedakârlıkları sonucunda aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmiş- ler ve bu durumu bir sözleşme ile belgelenmişler ise, mahkeme dışı sulhtan söz edilir. Mahkeme dışı sulh ise, alelade bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve böyle bir sözleşmenin doğrudan bir yargılama ilişki- sini etkileyip sonuçlandırması mümkün değildir.⁵⁴

Taraflar eğer isterlerse, mahkeme dışında yapmış oldukları böy- le bir uzlaşma tutanağını mahkemeye sunabilirler. Bu şekilde, taraf- ların sulhe ilişkin irade açıklamalarını yansıtan yazılı sulh sözleşme- sinin mahkemeye verildiğinin duruşma tutanağına yazılması, bunun taraflara yüksek sesle okunması ve okunduğunun da tutanağa geçi- rilmesi, taraflara imza ettirilmesi; ayrıca, bu tutanağın hâkim ve zabıt kâtibi tarafından da imzalanması ile mahkeme dışı sulh, mahkeme hu-

⁵³ Kanun koyucunun aradığı hususun, en geç ilk duruşmadan önce uzlaşma çağrısı- nın karşı tarafa yapılmış olması gerektiği ile ilgili aksi görüş için bkz. Kaymaz, S./ Gökcan, H. T., *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007, s. 218; Yılmaz, s. 848.

⁵⁴ Önen, E., *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 144.

zurunda yapılan sulhe dönüşür ve İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilir.⁵⁵ Mahkeme huzurunda yapılan sulh ile dava kendiliğinden sona erer. Mahkemenin, sulhtan sonra ayrıca bir hüküm vermesine gerek yoktur. Mahkeme, sadece, davanın sulh nedeniyle konusuz kaldığını tespit ve tevsik eder⁵⁶. Verilen karar ise, sadece yargılama giderleri bakımından önem kazanır. Zira, mahkeme huzurunda yapılan sulhun temel işlevi, hükmün tamamlayıcısı olmak değil, hükmü bertaraf ederek onun yerine geçmek ve hükmü gereksiz kılmaktır.⁵⁷

b. Uzlaştırmanın Konusu

Kanun koyucu, uzlaştırmanın konusunu, sadece tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmiştir. Bir başka ifadeyle, uzlaştırma konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Bu kıstastan hareketle, taraflar, tüm alacak, taşınır ve taşınmazlara⁵⁸ ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaşma sağlayabileceklerdir.⁵⁹ Buna karşılık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri

⁵⁵ Tanrıver, S., Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 41-42.

⁵⁶ Buna karşılık, m. 35/A kapsamında cereyan eden uzlaştırmada, mahkemenin herhangi bir kararı ya da etkisi yoktur (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540).

⁵⁷ Önen, s. 134.

⁵⁸ Buna karşılık, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda uzlaşma yoluna gidilemez; "Somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları aynı hakka ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden, kanunun kamu yararı ile getirdiği kurala aykırı olan bu konuda tahkim yargılamasının cereyanı olanaksızdır..." 15. HD, 23.09.2002, 4321/4067 (YKD, 2003/6, s. 929 vd.); "Davada, satış vaadi sözleşmesi uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti geçirimi istenmektedir... Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve 1017, Tapu Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, tapu kayıtlarında yapılacak intikaller taraflar tarafından tapu memuru huzurundaki takirleri ya da Mahkeme kararları ile mümkündür. Anılan bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olup, bu konudaki tahkim şartı geçersizdir..." 14. HD, 07.10.2003, 6387/6813 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁹ Ulukapı, s. 457.

(boşanma davaları ve neseple ilgili davalar gibi) uyuşmazlıklar hakkında, taraflar ve avukatları kendi aralarında uzlaşma sağlayamazlar.⁶⁰

Söz konusu kıstas, HUMK m. 518'de ifade edilen, "Yalnız iki tarafın arzularına tâbi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez." hükmü ile de paralel bir düzenlemedir.⁶¹ Bu doğrultuda, uzlaştırmanın konusunun, hukuken geçerli işlemlerle ilgili olması gerektiği söylenebilir. Hukuken geçerli olmayan, örneğin ahlâka aykırı bir sözleşme hakkında varılan anlaşma ve hazırlanan uzlaşma tutanağı geçerli olmaz. Bir başka ifadeyle, kanunen batıl olan sözleşmeler nedeniyle ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, m. 35/A kapsamında uzlaştırma yolu ile çözüme kavuşturulması da geçersiz olacaktır.⁶²

Uzlaştırmanın konusunun, aynı zamanda uzlaştırmaya elverişli olması da gerekir.⁶³ Örneğin, sözleşme serbestisinin olmadığı, taşınmazın aynı ile ilgili uyuşmazlıklar, boşanma davaları, neseple ilgili davalar gibi, kamu düzenine ilişkin konular uzlaştırmaya elverişli değildir.⁶⁴ Zira kamu düzenini ilgilendiren konularda ve özellikle de belirli bir uyuşmazlığın çözümünde belirli bir makama verilen münhasır bir yetkinin bulunduğu durumlarda, kişilerin, sadece iradelerini ortaya koyarak hukuki sonuç doğurmaları kanunen mümkün değildir.⁶⁵

⁶⁰ Güner, s. 123; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁶¹ Özbek, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, ABD, 2001/3, s. 131; Yılmaz, s. 849.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 696.

⁶³ Özbay, İ., Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlâm Niteliği, EHFD, 2004, C. 8, S. 3-4, s. 402-404.

⁶⁴ Yılmaz, s. 850; Bununla birlikte, Yargıtay bazı kararlarında, taşınmazlara ilişkin olmakla beraber, tarafların üzerinde serbestçe sözleşme yapabilecekleri uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapabileceklerini belirtmiştir, "...Borçlar Hukuku alanının aksine aile hukukunda ve aynı haklar alanında yanlar ancak yasanın öngördüğü tipler ve koşullar içinde özgürce sözleşme yapabilirler. Öğretide tartışmalı olmakla beraber (Bakınız:...); aynı haklar ve özellikle taşınmaz mallar konusunda ancak yanların üzerinde özgürce işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gerekir. Bunların dışındaki sözleşmeler geçersizdir..." 4. HD, 14.05.1974, 2094/2496 (www.kazanci.com.tr).

⁶⁵ Kaymaz/Gökcan, s. 218-219.

c. Karşı Tarafın Uzlaştırma Görüşmelerine Davet Edilmesi ve Davetin Kabulü

Uzlaştırma görüşmelerine başlanabilmesi için, taraflardan herhangi birinin (davacı veya davalı-alacaklı veya borçlu) avukatı ile birlikte karşı tarafa bir çağrı (davet) yapması zorunludur. Kanun'da yer alan, "davetin karşı tarafa yapılması" ifadesinden anlaşılması gereken, uzlaşma teklifinin, "karşı tarafa ve karşı taraf vekiline" birlikte yöneltilmesi gerektiğidir (Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği⁶⁶ m. 16/I). Bununla birlikte, bu durum daha çok, davanın açılmasından sonra ancak duruşma aşamasına geçilmesinden önce cereyan eden uzlaştırma görüşmelerinde geçerli olacaktır. Zira henüz dava açılmadan ve özellikle de karşı tarafın kendisini hangi avukat ile temsil ettireceği netlik kazanmadan, karşı tarafın avukatına bir çağrı yapılması (vekilin vekâletnamesi genel vekâletname olsa bile) hukuken bir hüküm ifade etmez. Eğer karşı tarafın avukatı belli değilse veya kendisini bir avukat ile temsil ettirmiyorsa, uzlaşma teklifi doğrudan karşı tarafa yapılacaktır. Bundan sonra ise, karşı tarafın, uzlaştırma görüşmelerine katılması için bir avukat tayin etmesi gerekmektedir.⁶⁷ Kanaatimizce, böyle bir durumda, karşı tarafa gönderilen davetiyede, karşı tarafın kendisine bir avukat tayin etmesi gerektiği ve davetin olumlu karşılanması durumunda da bu avukatın kimliğinin ve adresinin kendilerine bildirilmesinin prosedürü hızlandıracağı hatırlatılmalıdır.

Uzlaşma çağrısında bulunabilmek için, avukatın vekâletnamesinde özel bir yetkinin (örneğin, sulh olma yetkisinin) bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur.⁶⁸ Zira kanun koyucu, avukata, tek başına karşı tarafa çağrıda bulunabilme olanağı vermemekte, bu teklifin müvekkil ile birlikte yapılmasını öngörmektedir.⁶⁹

Karşı tarafın çağrılması usûlü hakkında Kanun'da herhangi bir düzenleme ve açıklık yoktur. Bu nedenle, karşı tarafa yapılacak çağrı,

⁶⁶ Bundan sonra "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁶⁷ Karşı tarafı avukat tutmaya zorlamanın mümkün olmadığı ve uzlaştırma görüşmelerini bizzat kendisinin de yönetebileceği ile ilgili karşı görüş için bkz. Yılmaz, s. 851.

⁶⁸ Avukatın sulh yapabilmesi için, vekâletnamesinde özel bir yetkisinin olması gerekir (HUMK m. 63).

⁶⁹ Güner, s. 123-124; Yılmaz, s. 850-851.

yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.⁷⁰ Aynı şekilde, faksla veya elektronik posta yoluyla da karşı taraf davet edilebilir.⁷¹

Karşı tarafın daveti kabul etmesi üzerine, taraflar arasında uzlaştırma görüşmeleri başlar (Yönetmelik m. 16/I). Uzlaştırma önerisinde bulunan avukat, önerinin kabulü hâlinde, uzlaştırma müzakerelerinin yapılacağı yeri ve zamanı karşı tarafa bildirir (Yönetmelik m. 16/IV). Toplantı yerinin ve tarihinin de tarafların ve vekillerinin anlaşması ile kararlaştırılacağı işin doğası gereğidir.⁷²

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir konu da uzlaştırma kurumuna başvurunun ve uzlaştırma sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerle etkisinin ne olacağıdır. Bu konuda madde hükmünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir uyuşmazlığın çözümü için, ister yargı yoluna ister yargı dışında bir yola başvurulmuş olsun, bir hak kaybının doğmaması açısından, bunun sürelerle etkisi önem taşımaktadır. Bu konudaki tereddüt ve yanlışlıkların önüne geçmek için, uzlaştırma faaliyetinin başlamasının sürelerle etkisi ayrıca düzenlenmelidir.⁷³

Kanaatimizce, m. 35/A hükmünde, dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra uzlaştırma sürecinin hangi andan itibaren başlayacağı ve hangi hâllerde sona ereceği açık bir şekilde düzenlenmelidir ve uzlaştırma sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, uyuşmazlık konusu olan hakka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmelidir. Böylece uzlaştırma faaliyeti sebebiyle geçirilen sürelerin taraflar açısından hak kaybına neden olması önlenilecek ve uzlaştırma kurumundan beklenen yararın elde edilmesi sağlanabilecektir. Zira ülkenin sosyal ve ekonomik gerçeklerinden hareketle söylenebilir ki tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda avukatlara son anda başvurdukları ve bu durumun da hak arama özgürlüğü ve bu bağlamda dava açma süresi ile ilgili olarak sıkıntı yarattığı izahtan varestedir.

⁷⁰ Yılmaz, s. 851; Aksi görüş için bkz. Kaymaz/Gökcan, s. 219.

⁷¹ Sungurtekin Özkan, M.: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaştırma Sağlama Yetkisi, *MİHDER*, 2005/2, s. 363.

⁷² Yılmaz, s. 851.

⁷³ Sungurtekin, Özkan, s. 358.

ç. Uzlaştırma Görüşmeleri

Karşı tarafın daveti kabul etmesi üzerine, taraflar arasında uzlaştırma görüşmeleri başlar (Yönetmelik m. 16/I). Uzlaştırma müzakereleri, aksi kararlaştırılmadıkça, yalnızca uyuşmazlığın taraflarının ve avukatlarının katılımıyla gerçekleştirilir (Yönetmelik m. 16/V). Bununla birlikte, taraflar isterlerse, görüşmelere katkı sağlayacak bir tercümanı ve/veya uyuşmazlık konusu ile ilgili olan tanık ve/veya bilirkişileri de görüşmelere davet edebilirler (Yönetmelik m. 17/II, c. 3).

Uzlaştırma müzakereleri avukatlar tarafından yönetilir. Uzlaştırma müzakereleri sırasında avukatlar, taraflara hukuki durumları hakkında bilgi verir,⁷⁴ çözüm önerilerinde bulunur ve uzlaşmaları konusunda tarafları teşvik ederler (Yönetmelik m. 16/II). Bu nedenle, uzlaştırma görüşmelerine başlamadan önce, her iki taraf avukatının bir araya gelerek, görüşmeleri nasıl yürütecekleri ve optimum çözüme ulaşmak adına uzlaşma ortamını nasıl sağlayacakları konusunda fikir alışverişinde bulunmaları yerinde olacaktır.⁷⁵ Ayrıca, müvekkillerini, karşı taraf ile yaşadıkları uyuşmazlığın çözülmesi bakımından, yargı önünde varılacak bir çözüm ile uzlaştırma yöntemi sonucunda varılacak bir çözüm arasında ne gibi farklılıkların söz konusu olabileceği⁷⁶ ve uzlaştırma görüşmelerinin nasıl bir yöntem ile yürütüleceği konusunda önceden bilgilendirmeleri yerinde olacaktır.⁷⁷

Uzlaştırıcı avukatlar, kural olarak, taraflarla müzakere etmezler, tarafların birbirleri ile müzakere etmesine katkıda bulunurlar. Sistemik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlarlar. Taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratırlar. İkna ve telkin yöntemiy-

⁷⁴ Örneğin, taraflar dava sonucu hakkında aşırı bir iyimserliğe sahip iseler, uzlaştırıcı avukatlar tarafından uzlaştırma görüşmelerinin içinde "tarafsız ön değerlendirme" yapılabilir. Ancak burada, araç ile amaç arasındaki dengenin iyi kurulması gerekir. Zira tarafsız ön değerlendirme, menfaatler yerine hak temelli bir yaklaşım taşıdığı için, bu durum, tarafların da konuya hak temelli yaklaşımlarına neden olabilecek; bu doğrultuda da onları, ilgilerini ve gerçek önceliklerini gizlemeye ve diğer tarafa üstünlük kurmaya sevk edebilecektir.

⁷⁵ Yılmaz, s. 852.

⁷⁶ Örneğin, serilik, basitlik, ucuzluk, gizlilik ve taraf hâkimiyeti gibi.

⁷⁷ Kaymaz/Gökcan, s. 219-220; Özbay, s. 407.

le, tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve anlaşma sağlamlarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı hedeflerler. Bu arada taraflara, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun şekilde dengelemesini öngören bir çözüm önerileri kataloğu sunarak uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışırlar.

Uzlaştırma faaliyeti ile avukatlar sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler değil, aynı zamanda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunan kişiler olarak da yetkilendirilmişlerdir.⁷⁸ Söz konusu düzenleme, birtakım eksikliklerine rağmen, aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümü konusunda önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu yöntemle, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, mahkemede dava açılmadan veya dava açılmış olsa bile henüz duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.⁷⁹

Avukatlar, uzlaştırma müzakereleri sırasında, uyuşmazlığın tarafları arasında yansız bir şekilde hareket etmeye ve taraflardan hiçbirinin etkisi altında kalmaksızın tarafları uzlaştırmaya özen gösterirler (Yönetmelik m. 16/III). Esasen burada ifade edilen özen, avukatın müvekkiline karşı taşıdığı özen ve sadakat yükümlülüklerinin de bir gereğidir.⁸⁰ Avukat, kendisine müvekkilce verilmiş bir işin görülmesi sırasında, müvekkiline her türlü bilgiyi vererek, onun dikkatini olası risklere çekmeli ve onu uyarmalıdır.⁸¹ Ayrıca, avukatın müvekkiline karşı aydınlatma yükümlülüğü de bunu gerektirir.⁸²

Avukatlar, uzlaştırma görüşmeleri sırasında tarafsız kalmalı ve taraf temsilcisi olarak görüşmelere katılmış olsalar dahi kendilerine verilen kurumsal görevi ifa ederken gereken özeni göstermelidirler.⁸³ Bu durum, Av. K. m. 34'te de açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü uyarınca, avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kut-

⁷⁸ İldır, s. 139-140.

⁷⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁸⁰ Avukatın sadakat ve edimini özenle ifa yükümlülükleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurtekin, Özkan M., *Avukatlık Hukuku*, İzmir 2006, s. 161-193.

⁸¹ Avukatın müvekkiline yol gösterme ve tavsiyede bulunma yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 218-227.

⁸² Güner, s. 328-329; Sungurtekin, Özkan, s. 361.

⁸³ Güner, s. 124-125; Kaymaz/Gökcan, s. 220.

sallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

Burada, m. 35/A ile getirilen düzenlemenin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunun üzerinde de durmak gerekmektedir. Bir görüşe göre, m. 35/A ile getirilen yasal düzenleme, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan müzakere yönteminin somut bir örneğini oluşturmaktadır.⁸⁴ Bir diğer görüşe göre, uyuşmazlığın çözümünde avukat, artık bir taraf değil, tarafsız üçüncü kişi konumundadır.⁸⁵ Bu durumda, avukat ya arabulucu rolünü üstlenmiş olabilir ya da uyuşmazlığın ileride devlet veya tahkim yargılamasına taşınması hâlinde, muhtemel sonucu öngörebilen niteliği nedeniyle, vakıa saptayıcısı veya tarafsız ön değerlendirici niteliğine sahip olabilir.⁸⁶

Kanaatimizce, m. 35/A, söz konusu madde hükmünün gerekçesi ve ilgili Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, avukatlar burada tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi sıfatıyla hareket etmekte; deyim yerindeyse, üzerlerindeki gömlekleri, bir başka ifadeyle avukat cübbelerini çıkarmakta ve uzlaştırıcı gömleklerini giymektedirler. Burada, Avukatlık Kanunu'nda 2001 yılında yapılan değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, özellikle de "*Avukatlığın Amacı*" başlığını taşıyan m. 2'de yer alan ifade ile avukatlığın amacının, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğundan hareketle; avukat, uzlaştırma sürecinde, sadece iş sahibinin temsilcisi olarak değil, uzlaşma teklifi yapıp kabul edildikten sonra gerçekleşecek olan uzlaştırma görüşmelerinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeye yönelik davranışları nedeniyle, tarafsız, bağımsız ve objektif bir uzlaştırıcı olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca bu durumda, uzlaştırma sürecinde aynı özen yükümlülüğünü taşıyan iki

⁸⁴ Özbek, s. 734; Tanrıver, s. 22.

⁸⁵ İldır, s. 140.

⁸⁶ İldır, s. 143; Sungurtekin, Özkan, s. 365.

avukat söz konusu olacağından, burada kanun koyucunun ortaya çıkardığı durum, bir tür “*co-conciliation*”; bir başka ifadeyle, “*ortaklaşa (yardımlaşmalı) uzlaştırma*”dır.

Bununla birlikte, kanun koyucunun güttüğü amaç bir uzlaştırma prosedürü işletmek olsa bile, kanaatimizce, birtakım psikolojik, sosyal, ekonomik ve hukuki nedenlerden dolayı, öngörülen düzenlemenin uygulaması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan “*müzakere*” yönteminin somut bir örneği olmaktan öteye gidemeyecektir.

Uzlaştırma görüşmelerinin süresi ile ilgili Kanun’da ve Yönetmelik’te bir açıklık bulunmamaktadır. Uzlaştırma görüşmelerinin ne kadar süreceği ve tarafların kaç defa bir araya geleceği, her somut olayın özelliğine ve tarafların taleplerine göre değişecektir. Bu durumda, görüşmeler, tarafların uzlaşmaya varmalarına kadar veya görüşmelerin bir uzlaşma ile sonlandırılmayacağı anlaşılana kadar devam edecektir.⁸⁷

Uzlaştırma müzakereleri sırasında taraflarca veya avukatlarınca yapılan beyan ve ikrarlar, uzlaşmanın sağlanamaması hâlinde geçerli olmayıp, uzlaşma konusuyla ilgili olarak açılmış veya daha sonra açılacak davalarda taraflar aleyhine delil olarak kullanılamaz. Uzlaştırma müzakereleri esnasında anlaşmazlık konusunda beyan edilen hususlar, taraflarca ve avukatlarınca hiçbir şekilde açıklanamaz (Yönetmelik m. 16/VI).

Uzlaştırma sırasında taraflarca yapılan beyanların ve ikrarların ileride delil olarak değerlendirilememesi,⁸⁸ uzlaştırma kurumunun doğası gereğidir.⁸⁹ Bununla birlikte, bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda, tarafların veya vekillerinin hangi yaptırım ile karşılaşacakları konusu belirsizdir. Bu düzenleme uyarınca, avukatların “*sır saklama yükümlülüğü*” ile paralellik kurulabilir (Av. K. m. 36/I) ve TCK m. 258 uyarınca “*göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu*” kapsamında bir

⁸⁷ Yılmaz, s. 852-853.

⁸⁸ HUMK m. 236/III’te, sulh görüşmeleri sırasında gerçekleşen ikrarın geçerli olmayacağı düzenlenmiştir.

⁸⁹ Sungurtekin, Özkan, s. 364.

değerlendirme yapılabilir⁹⁰ ancak, tarafların bu hükme aykırı davranması durumunda ne gibi sonuçlar doğacağı tam bir belirsizlik içindedir. Ayrıca, Anayasa'da da belirtildiği gibi, hangi fiillerin suç oluşturduğunun Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir (Anayasa m. 38/III). Bu ilkenin bir sonucu olarak, ancak bir kanuni tanımda ifade edilen belirli fiiller ceza yaptırımını gerekli kılabilir. Bu bakımdan, belirli bir Kanun'a yollamada bulunmak suretiyle, soyut olarak, ilgili Kanun'a aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması düşüncesi, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Kanaatimizce, uzlaştırma görüşmelerinin arzu edilen bir ortamda gerçekleşmesini sağlamak amacıyla, söz konusu düzenlemenin Kanun metninde yer alması daha yerinde olacaktır. Uzlaştırma konusundaki temel ilkelerden birisi olan gizlilik, tarafların arasındaki uyuşmazlığın kendisinin, içeriğinin ve uyuşmazlık içinde kullanılan bilgi ve belgelerin de gizli kalmasını gerektirir. Bu gizliliğin korunacağına olan güven, tarafları uzlaştırma kurumuna başvurma konusunda daha fazla teşvik edecektir. Bu sebeple, Av. K. m. 35/A'da, gizlilik ilkesine ilişkin olarak, uzlaştırma faaliyeti sırasındaki beyan, bilgi ve belgelerin kullanılmayacağı hâller, kapsamı çizilerek belirtilmeli, böylece uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmelidir. Yargılama dışında, özgür bir müzakere ortamında kabul edilen vakıa ve iddialarla bağlı olacağını düşünen taraflar, çok dikkatli davranacaklar; bu nedenle, tartışma ve görüşmede istenen samimiyet sağlanamayacaktır. Söylediklerinin daha sonra aleyhlerine kullanılma ihtimali, tarafların açık olmaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, uzlaştırmada sağlıklı sonuç almaya engel bir durum teşkil edecektir.

Bununla birlikte, bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sırf uzlaştırmada sunulmuş ve kullanılmış olmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmemelidir. Bir başka ifadeyle, uzlaştırma faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulundurabiliyor veya elde edebiliyorlarsa ve aynı zamanda da mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık için caiz delil olarak kullanabiliyorlarsa, sırf daha önce bir uzlaştırma faaliyetinde kullanılmış olması, delilin geçerliliğini etkilememelidir.⁹¹

⁹⁰ Özbay, s. 409.

⁹¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı, Madde Gerekçeleri

d. Uzlaşma Tutanağının Düzenlenmesi

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda taraflar arasında uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak,⁹² avukatlar ile müvekkileri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir (Av K. m. 35/A, c. 2 ve c. 3).

Uzlaştırma müzakereleri sonunda anlaşma sağlanması hâlinde, uzlaşma konusu ve uzlaşma sonucunda alınan kararlar, müzakerelere katılan avukatlar ve anlaşmazlığın taraflarınca en az iki nüsha olarak tanzim olunacak bir tutanakla tespit edilir ve imza altına alınır (Yönetmelik m. 17/I).

Bu tutanağın şu hususları içermesi gerekir:

a. Müzakerelere katılan avukatların adı, soyadı, adres ve bağlı oldukları Baro sicil numaraları,

b. Tutanağın düzenlendiği yer ve tarih,

c. Tarafların ve varsa kanuni temsilcilerinin, tercüman, tanık ve bilirkişilerin kimlik ve ikametgâhları; alacaklı taraf yabancı ülkede oturuyorsa Türkiye'de göstereceği ikametgâhı,

d. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın kısa ve özlü bir şekilde anlatılması ve uzlaşmanın konusu,

e. Uzlaşma sonunda varılan anlaşma,

f. Uzlaşma müzakerelerine katılan tarafların ve avukatların imzaları (Yönetmelik m. 17/II).

m. 5/son.

⁹² Uzlaşma anlaşması, taraflardan her ikisine de birtakım edimlerin ifasını yüklemek değilse, bu durumda BK m. 81 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada söz konusu madde hükmünde öngörülen anlamda karşılıklı taahhütleri içeren bir anlaşmanın varlığından söz edilemez. Bu durum, uzlaştırmanın kendine özgü bir işlem olmasının doğal bir sonucudur. Böyle bir durumda, taraflar, uzlaşmadan doğan karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak amacıyla, birbirlerinden bağımsız olarak uzlaşma anlaşmasının kendi lehlerine olan kısmının icrasını isteyebilirler; mahkeme huzurunda yapılan sulhların doğurduğu benzer etki ile ilgili bkz. Tanrıver, *Sulh*, s. 49.

Uzlaşma sonucu kısmında, uyuşmazlığın⁹³ ne şekilde çözüldüğünün, uzlaştırma giderlerinin, uzlaşma dava açıldıktan sonra yapılmışsa, yargılama harç ve giderlerinin paylaşma şeklinin, tarafların talep sonuçlarından her biri hakkında verilen karar ile taraflara yüklenen borçların ve tanınan hakların,⁹⁴ mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir (Yönetmelik m. 17/III).

Uzlaşma davetine, diğer taraf, avukatı ile birlikte icabet eder ve taraflar müzakereler sonunda uzlaşabilirler ise, Kanun'da ve Yönetmelik'te belirtilen şekilde bir tutanak hazırlanır. Söz konusu tutanak, her iki taraf avukatı ve taraflar tarafından birlikte imzalanmalıdır.⁹⁵ Kanun koyucu, her iki taraf avukatının ve tarafların da avukatları ile birlikte hazır bulunarak, tutanağın altını birlikte imzalamaları gerektiğini öngörmüştür.⁹⁶ Sadece tarafların veya sadece avukatların ya da taraflarla birlikte taraf avukatlarından birinin, kendi aralarında tuta-

⁹³ "İlam niteliğinde sayılacak anlaşma, protokol veya tutanak, var olan ve dava aşamasına gelip, dava açılmak üzere olan ya da davası açılmış olan bir uyuşmazlığa ilişkin, uzlaşma teklifi üzerine, yapılan uzlaşmadır. Temyize konu uyuşmazlıkta ise protokolün düzenlenmesinden önce, taraflar arasında böyle bir uyuşmazlığın varlığı anlaşılammaktadır. Protokol, taraflar arasında bedeli karşılığı hisse devrine ilişkindir. Bu durumda, düzenlenen protokolün kararda anılan yasa hükmü kapsamında kalmadığının kabulü gerekir. Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen protokolün bir sözleşme olarak kabul edileceği gözetilmek, genel ve özel yetki kuralları ve yetki sözleşmesi kapsamında yetkisizlik itirazı değerlendirilmek ve sonucuna göre karar verilmek gerekir." 11. HD, 08.02.2005, 289/916 (www.kazanci.com); Aksi yönde bir karar için bkz. "Taraflar arasında yapılan takip dayanağı sözleşmenin 22. maddesi gereğince Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine atf yapılarak bu sözleşmenin ilam niteliğinde sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargılama aşamasında ve borçlu itirazında Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi koşullarının yerine getirilmediğine ilişkin herhangi bir itirazda ileri sürülmediğine göre borçluların ve kefillerin vekilleri tarafından imzalanan dayanak sözleşmenin Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesi gereğince ilam mahiyetinde olduğunun kabulü gerekirken reddi isabetsizdir." 12. HD, 28.06.2005, 10090/13965 (www.kazanci.com).

⁹⁴ Uzlaşma anlaşmasının içerik bakımından cebri icraya elverişli olması, bir edimin ifasını sağlamaya yönelik bulunması durumunda söz konusu olacaktır. Uzlaşma anlaşmasının konusu bir edimin ifası değil de bir hukuki ilişkinin belirlenmesi ise, anlaşma içerik bakımından cebri icraya elverişli olmayacak, sadece yargılama giderleri bakımından icrası mümkün bir belge hâline gelecektir.

⁹⁵ Sungurtekin, Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 150; Ulukapı, s. 455.

⁹⁶ Sungurtekin, Özkan, s. 360.

nağı imzalamaları, m. 35/A anlamında bir “uzlaşma tutanağı” niteliğine sahip olmaz.⁹⁷ Böyle bir tutanak, ancak mahkeme dışı sulh olarak değerlendirilebilir.⁹⁸

Bu şekilde düzenlenen uzlaşma tutanağının aslı, tutanağı düzenleyen avukat ya da avukatlarda kalır ve örneği taraflara verilir (Yönetmelik m. 17/IV).

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, anlaşmaya varılması hâlinde hazırlanan tutanak, son derece dikkatli hazırlanmalı ve hiçbir tereddüde yer vermemelidir.⁹⁹ Aksi takdirde, ilâm niteliğine sahip olacak bu belge, icra aşamasında ortaya çıkabilecek sorunlar nedeniyle, uzlaştırma kurumundan beklenen yararın sağlanmasına engel olacaktır.¹⁰⁰

e. Uzlaşma Tutanağının Hüküm ve Sonuçları

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, anlaşmaya varılması hâlinde avukatlar ve müvekkileri tarafından imzalanan tutanak, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belgedir. Uzlaşma tutanağına verilen hukuki nitelik son derece önemlidir.¹⁰¹ Zira avukatların müvekkileri ile birlikte imzalamış olduğu uzlaşma tutanağı, icra kabiliyeti bakımından mahkeme hükmü ile eş değer görülmüştür.¹⁰² Söz konusu tutanağa karşı kanun yoluna gidi-

⁹⁷ İldır, s. 139.

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539.

⁹⁹ Özbek m. 35/A, s. 133.

¹⁰⁰ Yılmaz, s. 854.

¹⁰¹ “Alacaklı tarafın takibe dayanak yaptığı 30.03.2005 tarihli Gurubu Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi başlığını taşıyan belgenin 1136 sayılı Kanun'un 35/A maddesine uygun olarak borçlu asilleri ve vekilleri ile alacaklı bankalar vekilleri arasında tanzim edildiği görülmektedir. Anılan bu belge İİK'nın 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Mahkemenin gerekçesinin aksine yargılamayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.” 12. HD, 11.07.2006, 12239/15277 (www.kazanci.com).

¹⁰² Bu noktada, bir “mahkeme ilâmı” ile Av. K. m. 35/A hükmü uyarınca hazırlanacak olan uzlaşma tutanağının “ilâm niteliğinde belge” olması arasındaki farkı iyi belirlemek gerekmektedir. Uzlaşma tutanakları, bütün yönleriyle değil, sadece icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur. Öncelikle, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilâm niteliğinde belgeler bu nitelikten yoksundurlar. Ayrıca, ilâmlar kural olarak 10 yıllık za-

lemez; ancak, koşulları varsa irade fesadı sebebiyle iptali istenebilir.¹⁰³ Tutanak imzalandıktan sonra taraflar yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmezler ise, tutanak icra memuruna verilerek ilâmlı icra takibi yapılabilir.¹⁰⁴ Tutanağın ayrıca mahkemeye verilmesi, kaydedilmesi veya harç ödenmesi söz konusu değildir. Sadece ilâmlı icra takibi için gereken harçlar alınır.¹⁰⁵

Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra uzlaştırma kurumuna başvurulduysa, taraflar uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz ederek, mahkemenin bu anlaşmayı sulh şekline dönüştürmesini isteyebilirler. Bu durumda, mahkeme, tarafların isteği doğrultusunda hareket eder.¹⁰⁶

Taraflar isterlerse, uzlaşma tutanağını mahkemeye ibraz etmeyebilirler ve sadece haricen anlaştıklarını mahkemeye bildirebilirler. Bu durumda, dava konusuz kalmış olur. Dava açılmasından sonra, davacının hukuki yararı veya dava konusu ortadan kalkarsa dava konusuz kalır.¹⁰⁷ Davanın konusuz kalması durumunda ne tür bir karar verileceği konusunda Medenî Usûl Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Davanın konusuz kalması hâlinde bir hüküm verilmeyecektir. Böyle bir durumda, mahkeme, karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararla davayı sonlandıracaktır.¹⁰⁸

manaşımına tâbi iken, ilâm niteliğinde bir belge olan uzlaşma tutanağı, tutanağın içerdiği alacağın niteliğine göre, BK ve TTK'nın zamanaşımına ilişkin genel hükümlerine tâbi olacaktır. Bir diğer fark, mahkeme ilâmlarından farklı olarak uzlaşma tutanağına karşı kanun yoluna gidilemez; ancak, koşulları varsa irade fesadı sebebiyle (BK m. 23 vd.) iptali istenebilir. Bundan başka, uzlaşma tutanağı hakkında, hukuki niteliği itibarıyla bir menfi tespit davası olan sahtelik davası açılarak, HUMK'nın 317. maddesinden yararlanmak suretiyle ilâmlı icra takibi durdurulabilir. Yine, örneğin, ilâma bağlı bir para alacağı bakımından ihtiyati haciz talebinde bulunabilmek için teminat gösterilmesi zorunluluğu bulunmazken, alacağın ilâm niteliğinde bir belgeye bağlı olması hâlinde, teminat gösterilmesinin gerekip gerekmediğini mahkeme takdir edecektir.

¹⁰³ Özbay, s. 412; Ulukapı, s. 459.

¹⁰⁴ Kaymaz/Gökcan, s. 220; Özbek m. 35/A, s. 130.

¹⁰⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 539-540.

¹⁰⁶ Yılmaz, s. 855.

¹⁰⁷ Örneğin, boşanma davasında eşlerden biri ölürse, alacak davasında dava konusu borç ödenirse veya iflâsta sıra cetveline itiraz davası görülürken iflâs kaldırılırsa dava konusuz kalır.

¹⁰⁸ Kaymaz/Gökcan, s. 220; Sungurtekin, Özkan, s. 361.

Davanın konusuz kalması durumunda, mahkemenin, davanın konusuz kaldığını tespit etmekten başka, yargılama giderleri hakkında da bir karar vermesi gerekir. Bu durumda, davanın açılmasında kim haksız ise, davaya devam edilseydi kimin aleyhine karar verilecek idiye, yargılama giderlerine de o kişinin mahkûm edilmesi gerekir.¹⁰⁹ Uzlaştırma faaliyeti bakımından ise, mahkemenin, yargılama giderleri ile ilgili karar verirken, öncelikle uzlaşma tutanağında tarafların yargılama harç ve giderlerinin paylaşılması konusundaki anlaşmasını esas alarak karar vermesi gerekir.¹¹⁰ Taraflar bu konuda anlaşamamış veya bu belirlemeyi mahkemeye bırakmış iseler, mahkeme, yargılamaya devam ederek, haksız olan tarafı tespit ettikten ve onu yargılama giderlerine mahkûm ettikten sonra, davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararla davayı sonlandırmalıdır.¹¹¹

Ayrıca taraflar isterlerse, uzlaştırma görüşmeleri sonunda anlaşmaya vardıktan ve bu konuda bir uzlaşma tutanağı düzenledikten sonra, duruşmaya gitmeyerek¹¹² veya duruşmaya gitmekle birlikte açıkça davaya devam etmeyeceklerini mahkemeye bildirerek davayı takipsiz bırakabilirler. Böylece, HUMK m. 409 uyarınca, dosyanın işleminden kaldırılmasını ve üç ay içinde de yenileme talebinde bulunmayarak davanın açılmamış sayılmasını sağlayabilirler.¹¹³ Bu durumda mahkeme, kendiliğinden davanın açılmamış sayılmasına karar verir ve kayıt kapatılır (HUMK m. 409/V). Ancak bu durumda, davacı aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir.¹¹⁴ Davanın açıl-

¹⁰⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540-541.

¹¹⁰ Kaymaz/Gökcan, s. 220.

¹¹¹ "...Usûl hükümleri uyarınca, davanın konusuz kalması halinde yapılacak iş yargılamaya devam edilerek tarafların davada haksızlık oranları saptanıp ona göre harca yargılama giderlerine ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir..." 17. HD, 16.05.2005, 6723/5274 (YKD, 2005/8, s. 1257).

¹¹² "Duruşma gününden haberdar olmayan tarafların duruşmaya gelmemiş olmaları nedeni ile dosyanın işleminden kaldırılmış bulunması ve bunun sonucunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş olması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." 13. HD, 30.09.1999, 5720/6501 (YKD, 2000/4, s. 565).

¹¹³ Yılmaz, s. 855.

¹¹⁴ "Davanın görevsizlik, yetkisizlik nedeniyle reddine veya davanın nakline ya da açılmamış sayılmasına karar verildiğinde, yargılama giderleri ve yargılama giderlerinden olan vekâlet ücretine dair istemlerin de kararı veren mahkemece hüküm

mamış sayılması ile davanın tüm sonuçları ortadan kalkar ve dava hiç açılmamış gibi sonuç doğar.¹¹⁵

Uzlaştırma görüşmeleri sonunda, taraflar diledikleri gibi anlaşabilirler. Ancak uzlaşma şarta bağlı olarak düzenlenmemelidir.¹¹⁶ Zira uzlaşma tutanağı ilâm hükmünde sayılmıştır ve hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden, ilâm niteliğinde olan uzlaşma tutanağı şarta bağlı olmamalıdır.¹¹⁷ Bununla birlikte, taraflar kendi aralarında şarta bağlı sulh anlaşması yapabilirler; ancak, bu sulh anlaşması hükümde yer almaz, mahkeme sadece uyuşmazlığın sulh ile sonuçlandığını hükümde belirtebilir.¹¹⁸

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak hazırlanan uzlaşma tutanağı, açıkça tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edemeyecekleri bir konuya ilişkinse veya şarta bağlanmış bir edim içeriyorsa, icra müdürünün ilâmlı icra takibini kabul etmemesi ve karşı tarafa icra emri göndermemesi gerekir. Aksi bir durumda, borçluya böyle bir icra emri gönderilmesi süresiz şikâyet konusu olur.¹¹⁹ Zira icra memuru, öncelikle takip talebi ile kendisine verilen belgenin ilâm veya ilâm niteliğinde belge olup olmadığını kendiliğinden incelemelidir. İcra memurunun, takip konusu ilâmı veya ilâm niteliğinde belgeyi yorumlama, değiştirme veya tavzih etme gibi bir yetkisi yoktur;¹²⁰ eğer ilâm niteliğinde belge icraya elverişli değilse, icra memuru ilâm niteliğinde

altına alınması zorunludur..." 14. HD, 09.12.2003, 8127/8489 (LHD, 2004/13, s. 152).

¹¹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 370-373.

¹¹⁶ Özbek, m. 35/A, s. 134.

¹¹⁷ Sungurtekin Özkan, s. 361-362.

¹¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540; İlâm niteliğinde bir belge olması nedeniyle icra kabiliyeti bakımından benzer bir nitelik taşıyan mahkeme huzurunda şarta bağlı olarak yapılan sulhların, icrasının mümkün olması gerektiği ve eğer yapılan sulh infisahî bir şarta bağlanmışsa icrasının derhal gerçekleştirilebilmesi gerektiği ya da eğer talikî bir şarta bağlanmışsa icrasının şartın gerçekleştiği anda istenebileceği ile ilgili bkz. Önen, s. 158-159; Tanrıver, *Sulh*, s. 51.

¹¹⁹ Yılmaz, s. 850.

¹²⁰ "...ilamla hükmedilse dahi hüküm bölümünün infazı kabil olması zorunlu olup yorum, tahmin, takdir yoluyla infaz kabiliyeti olmayan ilam hükmünün infazı sağlanamaz." 12. HD, 05.05.2005, 6510/9748 (İBD 2006/1, s. 305).

belgeyi icraya koymamalı ve alacaklıdan bu konuda gerekli işlemleri yapmasını istemelidir.¹²¹

Uzlaşma sağlama, sulhtan farklıdır. Mahkeme huzurunda yapılan sulhta mahkemenin bir kararı vardır. Taraflar ister sulhu karara geçirsinler ister geçirtmesinler, mahkeme davanın sulh ile sonuçlandığını kararında açıklamalıdır. Uzlaşma sağlamada ise, mahkemenin bir etkisi yoktur ve uzlaşma tutanağının hüküm ifade edebilmesi için mahkemenin bir kararına ihtiyaç da yoktur.¹²² Mahkeme dışı sulh ise, mahkeme huzurunda yapılan sulha dönüşmeden ilâm niteliğine sahip olmaz.¹²³ Ayrıca, uzlaştırma işlemleri, dava açılmadan veya açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce yapılabilirken, sulh her zaman yapılabilir. Bir başka farklılık ise, uzlaşma tutanağının altının, taraflar ile avukatları tarafından beraber imzalanması gerekirken; taraflar aralarında serbestçe sulh olabilmektedir veya vekâletnamelerinde özel yetkileri olması durumunda avukatları da kendi aralarında sulh olabilmektedirler.¹²⁴

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlık konusu hakkında, mahkeme dışında bir uzlaşmaya varmışlarsa, bu çözümü herhangi bir metne dökemeyebilirler. Zira, sorun çözülmüştür ve amaç gerçekleşmiştir. Taraflar istemedikçe çözümün alenileşmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, ileride bu konuda bir sorun çıkmasını istemiyorlarsa, anlaşmaya varılan hususları metin hâline getirebilirler. Eğer taraflar anlaşmayı bir belgeye bağlamışlarsa, varılan anlaşmanın hukuki değeri ve etkisi bakımından, belgenin niteliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Varılan anlaşmanın ne tür bir belgeye bağlandığı, özellikle ileride bu konuyla ilgili uyuşmazlık çıkması durumunda, belgenin delil olarak kullanılmasında veya anlaşmaya aykırı davranılması sonucu icra aşamasına geçildiğinde önem kazanacaktır. Taraflar arasında varılan anlaşma bir adi belgeye bağlanmışsa, duruma göre kesin delil veya icra aşamasında kullanılacak bir belge (örneğin, şartları taşıyorsa İİK m. 68 anlamında bir belge); noter senedine bağlanmışsa, resmi bir belge veya

¹²¹ Pekcanitez, H./ Atalay, O./Sungurtekin, Özkan M./Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 4, Ankara 2006, s. 309.

¹²² Sungurtekin Özkan, s. 362; Ulukapı, s. 458.

¹²³ Tanrıver, *Sulh*, s. 41-42.

¹²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540.

duruma göre (kayıtsız şartsız tek taraflı para borcu ikrarını içeren düzenleme biçimindeki noter senedi ise) İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde bir belge olarak değerlendirilebilir.¹²⁵

f. Uzlaştırmanın Sadece Avukatlar Tarafından Yapılabilmesi

Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmü uyarınca, aralarında uyumsuzluk bulunan iki tarafın uzlaştırılması, sadece avukatlara tanınmış olan bir yetkidir¹²⁶. Bununla birlikte, avukat olmayan kişiler de aralarında uyumsuzluk bulunan tarafları, sistematik teknikler kullanarak uzlaştırabilir ve sulh olmalarını sağlayabilir; ancak, üçüncü kişilerin bu yönde bir faaliyette bulunması sonucunda varılan anlaşma ve tarafların isteği üzerine düzenlenecek olan tutanak, kendiliğinden ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmez ve ilâmlı icraya konu olamaz.¹²⁷

Avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imzalanan tutanak, İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olarak icra edilebilecektir. Avukatlara tanınmış olan bu yetki, birtakım eksikliklerine rağmen, son derece önemli bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile avukatlar, sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler olarak değil, aynı zamanda uyumsuzluğun çözümüne katkı sağlayan kişiler olarak da yetkilendirilmiştir. Söz konusu düzenleme aynı zamanda önemli bir alternatif uyumsuzluk çözüm yoludur. Bu yolla uyumsuzluk, mahkeme önüne gelmeden veya gelmiş olsa bile duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.¹²⁸

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 15'e göre, uzlaşma tutanağının hazırlanmasında, konusu itibarıyla görevli mahkemeler için Tarifenin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin 1/2'si uygulanır. Esasen, avukatlık ücreti ile beraber diğer uzlaştırma giderlerinin ve eğer dava açılmasından sonra uzlaştırma kurumuna başvurulduysa diğer yargılama harç ve giderlerinin paylaşılma şeklinin nasıl olacağı, tarafların anlaşmasıyla ortaya çıkacak ve hazırlanacak bir tutanak ile tespit edilecektir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin pratik önemi, sadece

¹²⁵ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 725-726.

¹²⁶ Sungurtekin Özkan, s. 358.

¹²⁷ Yılmaz, s. 848.

¹²⁸ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 539.

tarafların bu konuda bir anlaşmaya varamaması veya bu belirlemeyi mahkemeye bırakması durumunda kendisini gösterecektir. Kanaatimizce, burada uzlaştırıcı avukatların vekâlet ücretleri ile ilgili olarak öngörölmüş olan 1/2'lik oran yerinde bir uygulama olmamış ve avukatları uzlaştırma kurumuna soğuk bakmaya iten bir düzenleme olmuştur. Burada, "...*Tarifenin ilgili kısımlarında belirlenen ücretin tamamı uzlaşma anlaşmasındaki orana göre uygulanır.*" şeklinde bir düzenleme yapmak daha yerinde olacaktır. Zira mahkemeye başvurulması durumunda tarafların katlanmak zorunda kalacağı vekâlet ücretinin külfeti ile uyuşmazlığın uzlaştırma yöntemiyle çözümündeki seriliğın, basitliğın ve (gereksiz birtakım masrafların yapılmaması dolayısıyla) ucuzluğın getirdiğı avantajlar arasındaki "*kâr-zarar dengesi*" gözetildiğinde, 1/2'lik oranın tercihindeki isabetsizlik daha iyi anlaşılabilir.

Uzlaştırma yolu ile elde edilecek çözüm, her durumda yargılama ile elde edilecek çözümden daha basit, daha çabuk ve bir çok açıdan daha tatminkâr olacaktır. Bu çözüm yolu, ilk bakışta öyle değılmış gibi görünse bile, sadece müvekkillerin değıl, avukatların da yararına bir düzenlemedir. Zira uzlaştırma yolu ile avukat daha az bir ücret alsa bile, daha kısa sürede uyuşmazlığı sonlandıracağından, ücretine de daha kısa sürede kavuşabilecek ve böylece daha çok uyuşmazlık ile ilgilenme olanağı bulabilecektir. Ayrıca, müvekkilinin, daha kısa sürede ve daha verimli bir şekilde tatmin olması, özellikle Avukatlık Kanunu m. 2'de ifade edilen avukatlığın amacı dikkate alındığında, avukat için diğeri bir olumlu yön olacaktır.¹²⁹

Burada üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de avukatların, söz konusu düzenleme uyarınca kendilerine verilen bu kurumsal görevi ve yetkiyi kullanabilmeleri bakımından, yeterli donanımına sahip olup olmadıklarıdır. Zira hukuk eğitiminde, avukatlık ve hâkimlik staj dönemlerinde, sürekli çatışmacı yöntemlere vurgu yapılması, hukukçu olarak yetişen kişilerde, asıl olanın bu tür bir çatışmacı ve yargısal çözüm yoluna başvurmak olduğı düşüncesini kuvvetlendirmektedir.¹³⁰ Uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları uzlaştırmak, onları ortak bir noktada ve her iki taraf için de optimum fayda

¹²⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 722; Tutumlu, M. A., *Medeni Usul Hukuku Sorunları*, Ankara 2009, s. 183.

¹³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 718.

sağlayacak bir sonuç etrafında birleştirmek, bir maharet, zaman ve sabır işidir. Türk hukukçuları ise, böyle bir maharet ve uzmanlık için yetiştirilmemektedirler.¹³¹ Bu nedenle, hukukçuların eğitimindeki bu eksikliğin giderilmesi amacıyla, hukuk fakültelerinin ders programlarına “*alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri*”, “*arabuluculuk - uzlaştırma*” ve özellikle de “*müzakere teknikleri*” üzerine dersler eklenmeli; ayrıca, hukukçular da mesleklerini icra ederken, çeşitli kurslarla bu konularda kendilerini geliştirmeli ve meslek içi eğitim almalıdırlar.¹³²

g. Konunun Sosyolojik Bakımdan Değerlendirilmesi

Uyuşmazlık, “*hak*” olarak hukuk düzenince korunan mevcut bir menfaatin ihlâli veya menfaat dengesinin bozulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sosyal barışın korunması ve toplum düzenin ayakta kalabilmesi için bu dengeyen yeniden kurulması gerekmektedir. Söz konusu denge, değişik uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile yeniden kurulmaya çalışılır. Uyuşmazlığı ortadan kaldırmak ve dengeyi yeniden kurmak için gerek hukukçular gerekse halk arasında ilk akla gelen çözüm yolu yargı organlarına başvurmaktır. Oysa yargı organlarına başvuru yolu tek yöntem olmadığı gibi, aslında en son başvurulması gereken yöntemdir. Zira yargı organlarına başvuru yoluyla uyuşmazlık çözümünün, psikolojik, sosyal ve ekonomik yönden maliyeti oldukça yüksektir. Ayrıca, yargı organlarına başvurulması ile birlikte, uyuşmazlık sadece taraflar arasında cereyan eden bir sorun olmaktan çıkıp yargı organlarını da içine alan üçlü bir ilişkiye dönüşecektir. Söz konusu yöntemde, sıkı şekilde düzenlenmiş yargılama kuralları devreye girecek, tarafların karşılıklı mücadelesi başlayacak, tarafların uyuşmazlık üzerindeki hâkimiyeti azalacak, ortaya çıkacak karar kural olarak yargı organının tasarrufunda olacak ve taraflar sonucu önceden tam olarak kestirelemeyen bir yargısal çözüm ihtimali ile karşı karşıya kala-

¹³¹ Sungurtekin Özkan, s. 357; Yılmaz, s. 847.

¹³² Bugün hukuk fakültelerindeki öğrenciler, iletişim becerileri ve müzakere teknikleri konusunda herhangi bir eğitim almadıkları gibi, öğrencilerin %60'ı derse devam etmeden, %80'i ise hiç soru sormadan ve bu anlamda katılımcı bir iletişim kurmadan mezun olmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, H., Aktif Eğitim veya Probleme Dayalı Öğrenim, TBB Uluslararası Toplantı, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2003, s. 109-118.

caktır. Bunun yanında, sürekli çekişme hâlinde olan taraflar arasındaki ilişki, tekrar onarılamayacak derecede bozulabilecektir.¹³³

Uyuşmazlıkların yargı organları önünde çözülmesi yolunun adeta alternatifsiz bir yolmuş gibi sunulması ve işletilmesinde, sosyal yapı, temel eğitim de dahil olmak üzere hukuk eğitimindeki anlayış ve bu yolun alternatiflerinin neler olabileceği konusundaki bilgisizlik önemli rol oynamaktadır. *“Bir uyuşmazlıkta, en kötü sulh en iyi davadan daha iyidir.”* hukuki özdeyişinden hareketle söylenebilir ki hukukçuların ve özellikle de avukatların, kendi önlerine gelen bir uyuşmazlıkta, hemen yargı organlarına başvurmayı tavsiye etmek veya yargı organlarına başvurulmuşsa bu süreci sürdürmek yerine, öncelikle anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmeleri daha yararlı olacaktır.¹³⁴

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın devam edip büyümesinin sosyal maliyeti oldukça yüksektir. Avukat, bu maliyeti artıran değil azaltan konumda olmalıdır. Toplumda anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmek, avukatlar için aynı zamanda bir görevdir.¹³⁵ Zira avukat, sadece uyuşmazlık çıktığında uyuşmazlığı yargı organları önüne taşıyarak sürdüren, taraflar adına iddiada bulunan veya onları savunan kişi olmayıp; toplumda uyuşmazlık çıkmasına engel olan veya uyuşmazlıkların en aza indirilmesine yardımcı olan,¹³⁶ uyuşmazlık çıktığında da bunu en kısa sürede ve en uygun yolla çözmesi gereken kişidir. Uyuşmazlıkların çözümünde avukatların bu doğrultuda bir tutum izlemesi, hem yargılamanın uzun sürmesi hem de yargının iş yükü konusundaki şikâyetleri oldukça azaltacaktır.¹³⁷

¹³³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 40-41.

¹³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41.

¹³⁵ Bu noktada, taraflara, aralarında çıkan uyuşmazlığa sebep olduğuna inandıkları karşı tarafı, halk diliyle, “mahkemelerde süründürmek” düşüncesinin bir bakış açısı sorunu olduğu, hukukumuzda dava sisteminin “iki taraf” sistemi üzerine kurulduğu ve bu nedenle dava yolu ile uyuşmazlığı mahkemelere taşımanın karşı taraf için olduğu kadar kendileri için de sosyal, ekonomik ve psikolojik bakımdan oldukça yüksek maliyetli olacağı açık bir biçimde ifade edilmelidir. Bu sayede, tarafların sahip olduğu “öç alma duygusu” hafifletilerek, toplum düzeninin korunmasına ve sosyal barışa katkı sağlanmalıdır.

¹³⁶ Örneğin, bir hukuki ilişkinin başlangıcında alınması gereken tedbirler kapsamında, bir sözleşmenin en iyi şekilde hazırlanması, daha sonradan ortaya çıkabilecek sorunları en aza indirecektir.

¹³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 42.

Avukatlık serbest bir meslek olmakla birlikte, adalet faaliyetine katılan ve yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden avukat, geniş anlamda bir kamu hizmeti görmektedir.¹³⁸ Avukatın iki önemli görevi vardır. Birincisi, tarafın temsilcisi olmak, müvekkilinin hak ve menfaatlerini korumak; ikincisi ise, yargının bir organı ve sacayağı olarak hukukun uygulanması ve adaletin gerçekleşmesine yardımcı olmaktır.¹³⁹

Anayasa'nın 141/IV. maddesine göre, devlet, yargının ucuz ve mümkün olan süratle gerçekleşmesi için gereken tedbirleri almak zorundadır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemelerin makul süre içinde karar vermesi öngörülmüştür.¹⁴⁰ Hukuk Usûlü Muhakemeleleri Kanunu'nun 77. maddesinde de hâkimin tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu ölçüde hızlı ve düzen içerisinde yürütülmesi ve gereksiz yere masrafa neden olunmamasına dikkatle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, medenî usûl hukuku literatürümüzde ve yüksek mahkeme kararlarında "*usûl ekonomisinin*" dayanağı olarak gösterilmektedir.¹⁴¹ Usûl ekonomisi, medenî usûl hukukumuza egemen olan ilkelere biridir.¹⁴² Usûl ekonomisine uygun davranmak birinci derecede mahkemenin görevi olmakla birlikte, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden ve yargının bir organı olarak görev yapan avukatlar da bu konuda azami özeni göstermek zorundadırlar.¹⁴³

Anayasa'nın 36/I. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan "*adil yargılanma hakkı*"nın ihlali,

¹³⁸ Avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, s. 86-93; Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*, s. 3-9.

¹³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 167.

¹⁴⁰ Adil yargılanma hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, B. 2, İstanbul 2005, s. 105-394.

¹⁴¹ HGK, 30.04.2009, 12-345/338 (Tutumlu, s. 127-132).

¹⁴² Usûl ekonomisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, E., *Usûl Ekonomisi*, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274.

¹⁴³ "...Yargılama aşaması bakımından, adil yargılanma hakkının bir görünümü olan çabuk, basit ve ucuz yargılanma hakkı ile bu ilkelerin yalnız taraflarla sınırlı olmadığı ve **kamusal boyutunun varlığı** da unutulmuştur." 4. HD, 06.11.2002, 7810/12411 (YKD 2003/4, s. 529-530).

hem temel hak olan “*hak arama özgürlüğü*”nün hem de aynı şekilde bir temel hak olan “*kişi özgürlüğü*”nün ihlali olarak kabul edilmektedir. Adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkından daha geniştir ve onu da içine alan bir haktır. Her ikisi de hukuk devletinin bir gereğidir ve her ikisinin temeli de insan onuruna dayanmaktadır. Adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama usûlü için ya da yargılamanın belli bir kesiti için geçerli olan ilkeler değildir. Tüm yargılama usûllerinde ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken ilkelerdir. Bu bağlamda, gerek çekişmeli veya çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı olan geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında ve hatta hukuki uyuşmazlıkların yargılama dışında çözümünü öngören alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında,¹⁴⁴ çözüm yolu ve uyuşmazlığın niteliğiyle bağlantılı olarak adil yargılanma hakkına uygun davranılması gerekmektedir.¹⁴⁵

Avukatlığın niteliği ve amacı başlıklarını taşıyan Avukatlık Kanunu'nun 1. ve 2. maddeleri ile usûl ekonomisi ilkesini ortaya koyan düzenlemeler ve özellikle de adil yargılanma hakkı birlikte değerlendirildiğinde, bir uyuşmazlığın çözümü için tarafları ekonomik, sosyal ve psikolojik bakımdan yüksek maliyetli devlet mahkemelerine yönlendirmek yerine, toplumda anlaşma ve uzlaşmayı teşvik etmek ve uyuşmazlık çıktığında bunu en kısa sürede ve en uygun yolla çözmek, avukatlara yüklenmiş önemli bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun da ötesinde, usûl ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma

¹⁴⁴ Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan “makul sürede yargılanma” ile kastedilenin usûl ekonomisi olduğu, usûl ekonomisi ilkesinin de ihlal edilen veya ihlal edilme tehlikesi bulunan objektif hukukun (hukuk düzenin) en az giderle, mümkün olan en kısa sürede ve en basit şekilde gerçekleştirilmesini ve gereksiz yere dava açılmasının önüne geçilmesini sağlamaya yönelik bir ilke olduğu ile ilgili bkz. Tanrıver, S., Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 218-219.

¹⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 254-255, 261; “Adil yargılanma hakkı”nın, aslında sürekli olarak ulaşılmaya çalışılan yüksek bir yargısal ideal olduğu ve yargı sistemimizde mevcut olan adil yargılanma hakkına ilişkin her bir unsurun geliştirilmesi, işlerlik kazandırılması ve yargılamanın her aşamasında olduğu gibi her uyuşmazlık çözümünde de tekrar anlamlandırılması gerektiği ile ilgili bkz. Konuralp, H., Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 2005/14, İstanbul 2005, s. 78.

hakkı Anayasa'da ayrıca düzenlenmiş olduğu için, söz konusu hakların ihlali aslında Anayasanın ihlali sonucunu meydana getirecektir.

Tüm bu değerlendirmelerin yanında, devlet de "adalete erişim" kapsamında, hak arama konusundaki tüm yolları açık ve kullanılabilir hâle getirmeli, gerek kendi oluşturduğu yargı organları gerekse yargı dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kişilerin hizmetine sunmalı, bunların etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gereken tedbirleri almalıdır.¹⁴⁶ Bu doğrultuda, Av. K. m. 35/A'ya işlerlik kazandırarak toplumda uzlaşmayı teşvik etmek isteyen ve bu yöndeki iradesini ortaya koyan avukatların birçok bakımdan elini kolunu bağlayan madde metninin ve ilgili yönetmelik hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi ve düzenlemesi gerekmektedir.

h. Bir Düzenleme Önerisi¹⁴⁷

Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi

Uygulama Alanı ve Başvuru

Madde 35/a - Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış ise en geç ilk duruşmadan önce kendilerine intikal eden, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan kaynaklanan iş veya davalarda, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.

Uzlaştırma Sürecinin Başlaması ve Sürelere Etkisi

Madde 35/b - Avukatların müvekkilleriyle birlikte, noter vasıtasıyla yapacağı davet ihbarının karşı tarafa tebliğinden itibaren geçirile-

¹⁴⁶ Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 47.

¹⁴⁷ Bu düzenleme önerisi, 24 Mayıs 2008 tarihli *Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'*nde yayımlanarak 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren, "Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21 Mayıs 2008 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC)", 14 Mayıs 2008 tarihinde Başbakanlığa sevk edilen "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı" ve karşılaştırmalı hukuktaki "arabuluculuk" ve "uzlaştırma" kurumları ile ilgili düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmıştır. Madde gerekçelerine burada yer verilmemiştir. Bu konuda hazırlanmış olduğumuz düzenleme önerisi, ilgili kurumlardan talep gelmesi hâlinde kendilerine iletilecektir.

cek bir aylık süre, bir defaya mahsus olmak üzere, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Karşı taraf bir aylık süre içinde olumlu cevap vermez ise, teklif reddedilmiş sayılır ve süreler işlemeye devam eder.

Uzlaştırma süreci, dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvuru hâlinde, karşı tarafın bu davete avukatı ile birlikte icabet etmesi ve uzlaştırma sürecinin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanak ile belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra uzlaştırmaya başvuru hâlinde ise, bu süreç, tarafların uzlaştırmaya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını avukatları ile birlikte ilk duruşmaya kadar mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da en geç ilk duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Dava açıldıktan sonra, tarafların uzlaştırmaya başvurduklarını en geç ilk duruşmada avukatları ile birlikte beyan etmeleri hâlinde, yargılama mahkemece üç ay süre ile ertelenir. Bu süre, tarafların ve avukatların birlikte başvurusu üzerine üç ay daha uzatılabilir.

Uzlaştırma sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Uzlaştırma Faaliyetinin Yürütülmesi

Madde 35/c - Taraflar, uzlaştırma faaliyetine başvurmak, süreci devam ettirmek, süreçten vazgeçmek ve süreci sonuçlandırmak konusunda serbesttirler.

Uzlaştırıcı avukatlar, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet ederler. Uzlaştırma faaliyeti, uyuşmazlık içindeki taraflar ve avukatları tarafından birlikte yürütülür. Taraflar tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler. Uzlaştırıcı avukatlar, tüm süreç boyunca taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdürler.

Uzlaştırıcı avukatlar, tarafların her ikisiyle aynı anda veya durum gerektiriyorsa taraflardan her biri ile ayrı ayrı görüşebilir veya iletişim kurabilirler.

Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan her biri ve uzlaştırmacı avukatlar uzlaştırma görüşmelerine bizzat katılırlar. Seçilen uzlaştırmacı avukatlar, tarafların anlaşmasıyla, sürecin her aşamasında bir başka uzlaştırmacı avukat ile değiştirilebilir.

Uzlaştırmacı avukatlar, uzlaştırma faaliyetinin başında, tarafları, uzlaştırmacının esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdürler.

Taraflar uzlaştırma usûlünü serbestçe kararlaştırabilirler. Uzlaştırma usûlü taraflarca kararlaştırılmamışsa, uzlaştırmacı avukatlar uyuşmazlığın niteliğini, tarafların taleplerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usûl ve esasları göz önüne alarak uzlaştırma faaliyetini yürütürler.

Dava açıldıktan sonra uzlaştırma yoluna başvurulmuş olması hâlinde, hâkim, hiçbir durumda davadan elini çekmiş olmaz ve her zaman gerekli olan geçici hukukî koruma tedbirlerini alabilir. Taraflar da her zaman geçici hukukî koruma tedbiri talep edebilir. Bu taleplerin yerine getirilmesi, uzlaştırma faaliyetinden vazgeçilmesi sonucunu doğurmaz. Hâkim, her zaman, taraflardan birinin veya uzlaştırmacı avukatların talebiyle ya da sürecin iyi işlemediğini gördüğü takdirde kendi inisiyatifiyle uzlaştırma faaliyetini sonlandırabilir.

Uzlaştırma Faaliyetinin Sona Ermesi ve Uzlaşma Sağlanması

Madde 35/ç - Uzlaştırma faaliyeti, tarafların anlaşmaya varması hâli hariç, dava açılmadan önce uzlaştırmaya başvuru hâlinde, taraflardan birinin uzlaştırma sürecinden çekildiğini diğer tarafa noter vasıtasıyla tebliğ etmesi ile ya da dava açıldıktan sonra uzlaştırma yoluna başvuru hâlinde, taraflardan birinin uzlaştırma sürecinden çekildiğini mahkemeye yazılı olarak beyan etmesi veya hâkimin kendi inisiyatifi ile sona erer.

Uzlaştırma faaliyeti sonunda, uzlaştırma görüşmelerinin hangi şekilde sonuçlandığı, uzlaştırmacı avukatlar tarafından düzenlenecek olan bir tutanak ile belgelendirilir. Uzlaştırma faaliyeti sonunda tarafların anlaşması hâlinde, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini ve karşılıklı yerine getirilmesi gereken edimleri içeren bir tutanak hazırlanır. Taraflar

ile uzlaştırıcı avukatlar tarafından birlikte imza altına alınan bu tutanak, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğinde belgedir.

Bilgi ve Belgelerin Kullanılmaması

Madde 35/d - Uzlaştırma faaliyeti sürecinde, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ve sadece uzlaştırma faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda delil olarak ileri sürülemez ve mahkeme dışı ikrar olarak değerlendirilemez, delil olarak sunulmuş olsalar dahi hükme esas alınamaz.

Bu bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Ancak, söz konusu bilgiler, bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya uzlaştırma süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası veya tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece uzlaştırma sürecinde sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez.

Gizlilik ve Gizliliğin İhlâli

Madde 35/e - Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uzlaştırıcı avukatlar, uzlaştırma faaliyeti çerçevesinde kendilerine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettikleri bilgi ve belgeler ile tuttıkları kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar ve herhangi bir şekilde uzlaştırma sürecine dahil olan 3. kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

Söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Yönetmelik

Madde 35/f - Uzlaştırma faaliyetinin genel nitelikleri, uzlaştırma faaliyetinin yürütülmesi hakkında genel ilkeler, uzlaştırıcı avukatların sahip olması gereken özellikler, uzlaştırıcı avukatların uzlaştırma sürecindeki yetkileri, uzlaştırıcı avukatların almaları gereken eğitimlerin nitelikleri ve standartları, uzlaştırma faaliyetinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak için alınması gereken tedbirler ve diğer hususlar Türkiye Barolar Birliği tarafından çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenir.¹⁴⁸

SONUÇ

Bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, en ideal olan, tarafların karşılıklı olarak görüşmeleri ve anlaşarak uyuşmazlığı sonlandırma- larıdır. Ancak, bu durumun her zaman gerçekleşebileceğini beklemek iyimser bir yaklaşım olur. Zira aralarında uyuşmazlık bulunan tarafların doğrudan bir araya gelmesi ve görüşmeler sırasında masada kalmayı becerebilmeleri, çoğu zaman ve daha çok psikolojik nedenlerle oldukça zordur. Taraflar eğer yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gitmek isterlerse, ya devlet yargısını ya da tahkim yolunu tercih edeceklerdir. Her iki yolda da yargılama yapılacak, yargılama başladıktan sonra tarafların rolü ve etkinliği azalacaktır. Bu durumda, taraflar çoğu kez gerçek ilgilerinden, yararlarından uzaklaşacaklar ve aralarındaki uyuşmazlık daha da derinleşecektir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde ise, uyuşmazlığı yaratan taraflar, yine kendi kendilerine uyuşmazlığı sonlandırabilmekte ve çözüme katkı sağlayabilmektedirler. Bu bağlamda, arabuluculuk yönteminde, doğrudan görüşmelerin taraflar üzerinde yarattığı olumlu sonuçlar ile tarafların çözüm sürecinde daha etkin olabilmesinin getirdiği olumlu sonuçlar bir potada eritilmektedir. Taraflar, bir üçüncü kişinin yardımıyla; ancak, yine kendi inisiyatifleri ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebilmektedirler.

¹⁴⁸ Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin "Uzlaşma Müzakereleri" başlıklı 16. maddesi ile "Uzlaşma Tutanağının Şekli" başlıklı 17. maddesinde yapmış olduğumuz değişikliklere burada yer verilmemiştir. Bu konuda hazırlamış olduğumuz düzenleme önerisi, ilgili kurumlardan talep gelmesi hâlinde kendilerine iletilecektir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü, mümkün olduğu kadar, mücadelecı ve çatışmacı yöntemler yerine, barışçı ve uzlaşmacı yöntemlerle sağlanırsa, hem bireysel hem de toplumsal kazanımlar daha fazla olacaktır. Bunun için de toplumdaki sosyal anlayışın, eğitim sürecinin ve kültürel alt yapının buna uygun hale getirilmesi ve bu doğrultuda çalışmalar yapılması gerekmektedir. Söz konusu yöntemlere başvurulmasının getireceği yararlar, çeşitli propaganda araçları ile topluma anlatılmalı (örneğin, su sorusunda, aile planlaması konusunda ve AIDS konusunda olduğu gibi) ve toplumda bir uzlaşma bilinci oluşturulmaya çalışılmalıdır.

Yargının iş yükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının değerlendirilmesi ve uygulama alanı bulması yerinde olacaktır. Söz konusu yöntemler ile çözüm bulabilecek uyuşmazlıklar tespit edilir ve bu yöntemler kullanılarak çözüme kavuşturulabilirse, hem yargının iş yükü azalacak hem de sosyal barış korunmuş olacaktır.

Av. K. m. 35/A ile getirilen düzenlemeyle, mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır. Buna göre, dava açılmadan evvel veya dava açılmakla beraber duruşmaya başlanmadan önce avukatlar, kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucunu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Taraflar ve vekillerinin hazır bulunmaları hâlinde, düzenlenecek olan uzlaşma metni, İİK m. 38'de ifade edilen ilâm niteliğinde belge olacaktır.

Uzlaştırma faaliyeti ile avukatlar, sadece mahkemede iddia ve savunmada bulunan kişiler değil, aynı zamanda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunan kişiler olarak da yetkilendirilmişlerdir. Söz konusu düzenleme, birtakım eksikliklerine rağmen, aynı zamanda uyuşmazlıkların çözümü konusunda önemli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu yöntemle, taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, mahkemede dava açılmadan veya dava açılmış olsa bile henüz duruşma aşamasına geçilmeden önce tarafların uzlaşması ile çözülebilmektedir.

Bununla birlikte, m. 35/A kapsamındaki uzlaştırma faaliyeti uygulamada çok fazla rağbet görmemiştir. Bu durum, tarafların ve özellikle de avukatların bu konuda çok istekli olmaması, yeteri kadar bil-

gilendirilmemiş olmaları ve toplumumuzda uzlaşma kültürünün derin yaralar almış olması gibi birtakım nedenlere dayanmakla birlikte; madde metni hazırlanırken yeterli özen ve dikkatin gösterilmemiş olması da kurumun istenen yoğunlukta işlerlik kazanamaması konusunda önemli bir neden teşkil etmektedir.

Uzlaştırma sürecinin desteklenmesi için, maddî hukuktaki sürelerle ilişkin bir düzenleme yapılması gereklidir. Bu amaçla, uzlaştırma sürecinin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı kabul edilmelidir.

Uzlaştırma faaliyeti sırasında tarafların ve uzlaştırıcı avukatların edindiği bilgiler gizli tutulmalıdır. Uzlaştırma faaliyeti sırasında taraflarca ileri sürülen beyanlara ve sadece uzlaştırma faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgelere diğer yargı mercileri önünde, örneğin mahkemelerde veya tahkimde dayanılamamalı ve bu doğrultuda gereken yasal düzenleme yapılarak, aksi davranışların ne gibi yaptırımlarla karşılaşacağı madde metninde açıkça düzenlenmelidir.

Bu değerlendirmeler doğrultusunda Av. K. m. 35/A tekrar yapılandırılırken de söz konusu düzenlemenin, ne yargı sistemimizin ne de avukatlık mesleğinin genel sorunlarına çözüm olabilecek sihirli bir değnek olmadığı unutulmamalı ve “uzlaştırma kurumu”na gerekenden fazla sorumluluk yüklenilmemelidir. Zira yargı sistemimizin ve avukatlık mesleğinin sorunları, böylesine basit bir yöntemle işlerlik kazandırılması ile çözülebilecek nitelikte ve nicelikte değildir.

Uzlaştırma faaliyetinin başarı ile sonuçlanabilmesi ve bu çözüm yoluna güven duyulabilmesi için, uzlaştırıcının, kural olarak, bağımsız, tarafsız ve bu konuda uzmanlık eğitimi almış bir kişi olması gerekir. Bu doğrultuda, bu yetki ve görev kendisine verilmiş olan avukatlar, çeşitli kurslara ve programlara katılarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, müzakere ve uzlaştırma teknikleri konusunda kendilerini geliştirmelidirler.

Uyuşmazlıkların uzlaştırma yoluyla çözümü, ancak zaman içinde genel kabul gören bir alternatif uyuşmazlık çözümü hâline gelebilecektir. Bu sebeple, öncelikle uyuşmazlıkların uzlaştırma yöntemiyle çözüm yolunun topluma ve avukatlara tanıtılması ve olumlu yönlerinin anlatılması gerekecektir. Bunun, Türkiye Barolar Birliği bünyesinde

de kurulacak bir Uzlaştırma Komisyonu tarafından yerine getirilmesi doğru olacaktır. Komisyonun, bu doğrultuda, bölgesel ve il bazında toplantılar yapması, uygulamayı izlemesi, gerekli yasal değişiklikleri önermesi, anket ve istatistik çalışması yapması, bu açıdan son derece önemli sonuçlar doğuracaktır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Z., Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, *BATİDER*, 1996, C. 18, S. 4, s. 93-109.
- Bıçkın, İ., Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi)*, 2006, S. 7, s. 34-39.
- Ceylan, Ş. S., *Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, İstanbul 2009.
- Güner, S., *Avukatlık Hukuku*, B. 3, Ankara 2007.
- Ildır, G., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2003.
- Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, *75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara 2005, s. 385-401 (Ildır, *Hak Arama Özgürlüğü*).
- İnceoğlu, S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, B. 2, İstanbul 2005.
- Kaymaz, S. / Gökcan, H. T., *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007.
- Konuralp, H., Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 2005/14, İstanbul 2005, s. 65-79.
- Küçükgüngör, E., Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 2, s. 137-146.
- Küçükgüngör, E., Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim ve Alternatif Çözüm Yöntemleri, *BATİDER*, 2004, C. 22, S. 4, s. 47-76.
- Önen, E., *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972.
- Özbay, İ., Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, *EHFD*, 2004, C. 8, S. 3-4, s.387-418.
- Özbek, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, B. 2, Ankara 2009.
- Özbek, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, *ABD*, 2001/3, s. 113-139 (Özbek, m. 35/A).
- Özekes, M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Ankara 2003.
- Özekes, M., Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Dü-

- zenleme Önerisi, *HPD*, 2006, S. 7, s. 40-45 (Özekes, *Arabuluculuk*).
- Pekcanitez, H., Aktif Eğitim veya Probleme Dayalı Öğrenim, TBB Uluslararası Toplantı, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2003, s. 109-118.
- Pekcanitez, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, *HPD*, 2005, s. 5, s. 12-16.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M., *Medenî Usûl Hukuku*, B. 6, Ankara 2007.
- Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Sungurtekin Özkan M. / Özekes, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 4, Ankara 2006.
- Subaşı, İ., Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, *Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 2, İstanbul 2003, s. 743-833.
- Sungurtekin Özkan, M., Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, *MİHDER*, 2005/2, s. 353-369.
- Sungurtekin Özkan, M., *Avukatlık Hukuku*, İzmir 2006 (Sungurtekin Özkan, *Avukatlık Hukuku*).
- Tanrıver, S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 103-123.
- Tanrıver, S., Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılama Hakkı, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 211-236.
- Tanrıver, S., Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, *Makalelerim* (1985-2005), Ankara 2005, s. 35-52 (Tanrıver, *Sulh*).
- Tanrıver, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *Makalelerim* (2006), Ankara 2007, s. 1-25.
- Tutumlu, M. A., *Medeni Usul Hukuku Sorunları*, Ankara 2009.
- Ulukapı, Ö., Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4667 Sayılı Kanunla Getirilen "İlam Niteliğinde Belge" Üzerine İnceleme, *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, İstanbul 2003, s. 447-460.
- Yıldırım, M. K., İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 337-360.
- Yılmaz, E., Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2005, s. 843-856.
- Yılmaz, E., Usûl Ekonomisi, *AÜHFD*, 2008, C. 57, S. 1, s. 243-274