Yazar Şamil DEMİR
Çarşamba, 14 Ocak 2009 18:35

Avukatların iş dünyasındaki rolleri, işin yaratılması sürecinde pek de önemsenmemektedir. Ne de olsa iş adamları işi en iyi bilen kesimdir ve işlerini avukatlardan öğrenecek değildirler. Ayrıca gereksiz şartlarla anlaşmayı bulandırmaları ve çok şekilci olmaları da, bir anlaşma sağlamaya yönelik müzakerelerde bulunmaları konusunda önceden düşünülmesine yol açar. Hatta şirket avukatından gizli taslaklar hazırlanır ve imzalanır. Buraya kadar sorun yoktur, herkes memnundur ve özgürce sözleşmelerini yapan taraflar **"avukat gibi ek bir prosedürden kurtulmak"** nedeniyle zamandan tasarruf ettiklerini bile düşünürler. Ama bu rüya hep kısa sürer.

Gerekli resmi şartları taşımayan anlaşmaların resmi mercilerce kabul edilmemesi, anlaşmanın taraflarının sözleşmede hüküm altına alınmadığı için bazı işleri yapmaktan kaçınması, bir avukatın rahatlıkla tespit edeceği risklerin gözden kaçırılmasının ortaya çıkardığı zararlar, anlaşma imzalanırken kendisine pek değer atfedilmeyen sözleşme hükmünün ilerleyen zamanlarda karşı tarafa beklenmeyen kazançlar sağlaması ve artırılabilecek birçok yaşanmış ihtimal, avukatsız gerçekleştirilen müzakere ve anlaşma süreci sonunda ve varılan anlaşmayı avukatın masasına çözümlenmek üzere getirir...

Bu çalışmada avukatların müzakere ve anlaşma sürecindeki muhtemel rolleri üzerinde durularak, avukatlar ve iş sahipleri arasında sürecek ilişkinin dengelenmesi ve etkili işlemesi hakkında tespitler yapılacaktır.

1. Avukatların Müzakere Sürecinde Yükümlülük ve Risklerin Yönetilmesindeki Rolleri

Bir avukatın müzakerelerde anlaşma sağlamağa ilişkin en kritik işlevlerinden birisi taahhüt sürecinin yönetilmesidir. Avukatlar uygulanabilir yasal yükümlülükler yaratmak ile yönetmekte ve bu yükümlülüklerin ne zaman yerine getirilmeyeceğini belirlemek konusunda uzmandırlar [1] . Ülkemizde çoğunlukla bir uyuşmazlık çıktığında ihtiyaç duyulan avukatların az kullanılan esaslı bir fonksiyonu da "koruyucu avukatlık" olarak da ifade edilebilecek, risk ve yükümlülük danışmanlığıdır. Koruyucu avukatlıktan yararlanan kişi ve firmalar o işle ilgili daha az ihtilafla ve olası hata ile karşı karşıya kalırlar.

Anlaşmaların büyük bir çoğunluğu, tarafların finansal ve duygusal olarak bağlanmamayı tercih edeceği ve muhtemel anlaşma üzerinde yatırımlarda bulundukları daha sonrası için ve ilerdeki aşamalara geçmeden önce araştırmacı müzakerelerden oluşan bir başlangıç aşamasından hareket eder. Bu iki kutup arasında, müvekkiller için belirsizlik yaratabilecek yasal yükümlülüklerden oluşan ara aşamalar vardır. Müvekkiller “prensipte anlaşma”, “mutabakat zaptı”, alış-satış anlaşmalarına bağlı yasal yükümlülükleri anlamayabilirler. Daha da önemlisi süreç içerisindeki herhangi bir anda verecekleri yasal taahhüt derecesinin sadece çıkarlarına en iyi şekilde hizmet edecek kadarını anlıyor olabilirler [2] . Hukukun anlaşmalara ve onların şekillerine verdiği değer müvekkiller tarafından fark edilmeyebilir. Şekli unsurları taşıması konusunda avukatlar tarafından verilen tavsiyelere uyulmaması geri dönülmez hak kayıplarına yol açabilecektir.

Avukatların müvekkillerinin taahhüde ilişkin değişken tercihlerini karşılamak için bir dizi mekanizmaları vardır [3] . Örneğin hazırlanan anlaşma metnine incelenen malın beğenilmemesi halinde, anlaşma imzalanıncaya kadar diğer şartlarda anlaşma sağlansa bile satın almadan vazgeçilebileceğine dair bir hüküm konulması müvekkilin son ana kadar ihtiyacı olan inceleme ve değerlendirme olanağını mümkün olduğunca genişletir.

Avukatlar, müzakere edilmekte olan bir taahhüdün bağlayıcı olup olmadığı konusunda sıklıkla yoğun çalışmalar yaparlar. Örneğin; avukatlar çoğunlukla, ya prensipte anlaşma belgesini açık bir dille oluşturacaklar ya da prensipte anlaşma belgesine bir şartlar belgesi ekleyecekler ki bu belge; kimsenin bu belge ile bağlanamayacağını, ancak yazılı bir belge olması nedeniyle resmi imzalı bir anlaşma ile yasal zorunluluk yaratacağını gösterir. Fakat avukatlar bazen prensipte anlaşma belgesinin uygulanabilirliği konusunda bilinçli olarak belirsizlik yaratacaklardır. Taraflar diğer tarafın kendini ifade etmesini engellemenin itibara yönelik bedelleri olabileceğini dikkate alarak, doğal olarak, yasal olarak uygulanabilir olmadıkları durumlarda bile varılan anlaşmaya saygı duyarlar
[4]
.

Anlaşma yapmak, tarafların karşılıklı odalarda başlayıp, sıkı bir kucaklaşma ile sonlanan bir dans gibidir. Avukatlar, bu dansı; küçük adımlar ya da tarafları yakınlaştıracak küçük çapta yükümlülükler yaratarak oluştururlar. Avans olarak anılan başlangıç depozitosu (bazen “kaparo” olarak adlandırılır) ya da prensipte anlaşma belgesi gibi küçük yükümlülükler, tarafların birbirleri hakkında daha fazla bilgi edinip karşılıklı bilgi çatışmalarını düzeltme imkânı sağlayarak ve her iki tarafın da kaynak yatırımı yapma konusunda yeterince ciddi olduklarını işaret ederek nihai yükümlülüklere giden yolu oluştururlar. **Avukatın risk yöneticisi olarak oynadığı rol, bu süreci kolaylaştırır. Avukatlar, riskleri tanımlayarak ve bulundukları noktaları tayin ederek müvekkillerine gereken güvenliği sağlarlar. Müvekkiller, avukatlarının risklerinin uygun şekilde dağıtılmış olduğuna dair onaylarından sonra, daha kolay anlaşmaya varabilirler** [5] .

Avukatların risk belirleyicisi ve yükümlülük yöneticisi olduğu iki rol arasında önemli bir etkileşim vardır. Avukatlar, bazı belli risklerin müşterilerinin anlaşmalarının değerini nasıl etkileyeceğini anlayıncaya kadar taahhütleri durdurur ya da engeller. Benzer şekilde, avukatların konuyla en alakalı riskler için plan yapabiliyor olmaları, onların yükümlülük oluşturma sürecinde isteksiz ve tereddütlü olan müvekkillere yol göstermelerini sağlar [6] .

2. Bir müzakereyi anlaşmayla sonlandırma sürecinde avukat

Avukatlar müvekkillerini anlaşma süreci üzerinden fırsatçılık yapılmasından korumak için anlaşmanın uygun şartlarda oluşmasına yardımcı olurlar. Fakat fırsatçılık, pazarlık masası da dâhil olmak üzere her aşamada devam edecektir. Anlaşmaya varamadan masadan kalkmanın da, bir anlaşmada karar kılmanın da, hem değer oluşturacak fırsatları hem de adalet dağıtan

unsurları vardır. Sıklıkla anlaşmaya varma süreci fiyasko ile sonuçlanır veya etkisiz olur; çünkü taraflar menfaatlerin güvenli paylaşımı konusunda gereğinden fazla uzun süren pazarlıklara girişerek zaman harcamışlar ya da gereksiz yere anlaşmayı bozmuşlardır [7] . Anlaşmaya varmak için yapılan pazarlığın süresi arttıkça her iki tarafın da çözüme olan inancı azalacak ve böyle bir motivasyon azalması umutsuzluğu da beraberinde getirerek anlaşmaya varma konusundaki istek ve kararlılığı azaltabilecektir.

İşte avukatlar hukuki ve ticari değeri olmadığı halde kendisine değer atfedilerek gerekenden daha çok müzakere edilen konuları tespit ederek müvekkillerini uyarabilirler. Böylece karşı tarafın fırsatçılığından korunmak kadar müzakerenin olması gerektiği kapsamda sağlıklı bir şekilde yürümesine de yardımcı olurlar.

3. Avukatların pazarlık masasında değer oluşturacak fırsatlar yaratmaya katkısı

Müzakerenin tarafları anlaşmadan fayda umuyor olmasalardı o masada oturuyor olmazlardı. Anlaşma yapma sürecine dâhil edildiklerinde avukatlar, müvekkillerinin masadaki seçeneklerden sezemedikleri yeni olanakları ve yakın fırsatları, tercihlerin yaratacağı muhtemel riskleri, müzakereler sonucunda ortaya çıkacak anlaşmayı daha etkili kılacak vade tercihleri ve gelecek öngörülerinde bulunmaları konusunda yardımcı olurlar.

4. Anlaşma şartları üzerinde müzakere ve menfaatlerin mübadele edilmesinde avukat...

Müzakere sırasında menfaatlerin mübadelesi olağan bir durumdur ve anlaşmaya varmak konusunda çok önemlidir. Çoğu anlaşma incelendiğinde tarafların vermeyi veya almayı kabul ettiği konuların birbiriyle dengelenmeye çalışıldığı sezilebilecektir. Oluşan şartlar karşılıklı pazarlıkların ve ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Eğer bir avukat müvekkilinin çıkarlarını, kaynaklarını ve kapasitesini anlayabilirse diğer taraf için nispeten daha önemli olan şartlar üzerinde biraz esneklik sağlarken kendi müvekkili için en fazla önem taşıyan şartlar üzerinde avantajlı hükümleri garanti altına alarak müvekkili için değeri en üst seviyeye getirecek bir anlaşma hazırlayabilir. Bu göründüğü kadar kolay değildir. Avukat ile müvekkili arasında etkin bir iletişim ve büyük ölçüde de güven gerektirir [8] .

5. Finansman risklerinin değerlendirilmesinde avukatların rolü

Belirli bir girişimden kaynaklanan nakit akışlarının dağıtılmasını düzenleyen şartlar anlamına gelen finansman anlaşmaları, iki tarafın değişik çıkarlarını düzenlemek suretiyle değer yaratabilir. Finansman sağlama süreci boyunca avukatlar müvekkillerinin değişik seçeneklerin avantajları ile dezavantajlarını ve bunların taşıdığı çeşitli riskleri anlamalarına yardımcı olabilirler [9]

.

Örneğin bankalardan kullanılacak kredilelerin şartları, sözleşmelerdeki aleyhe olabilecek hükümler, kredinin görünen maliyetinin arkasındaki gizli maliyetlerin tespiti, ödemelerdeki muhtemel gecikmeler halinde ödenmesi gereken faiz komisyon ve yasal takip masrafları gibi konular bir avukatın varlığıyla daha net şekilde değerlendirilebilir. Böylece işin finansmanı için bulunan paranın maliyetinin işe girişmekten beklenen kardan fazla olduğu gibi sonuçlara varılarak finansman için farklı yollar aranabilir ya da borçlanmadan işe girişmek ile ilgili müzakereler yürütülmesine odaklanılabilir.

6. Daha fazlasını almak isteyenlerin avukatları...

Anlaşma yapmak elbette sadece değer yaratmak, “karşılıklı eşitlik ve adalet” anlamına gelmez. İki müvekkil prensipte bir anlaşmaya varmış olsalar da, pazarlık masasında kaçınılmaz olarak ele alınması ve paylaşılması gereken menfaatler halen var olmaya devam edecektir. Müvekkiller ve avukatlar içinde bulundukları müzakerenin olumlu sonuçlanması yanında, mümkün olduğunca çok menfaatleri karşılanmış bir şekilde masadan kalkmayı isteyeceklerdir ve bu müzakerenin doğasında vardır. Yasal şartlar üzerinde pazarlıklar yapılırken iki tarafın avukatları ticaretten kaynaklanan henüz dağıtılmamış kazançlardan daha fazlasını elde etmeye ve diğer tarafı, kafasındaki “son noktaya” mümkün olduğunca itmeye çalışabilirler. Tarafların hiç birisi anlaşma bozulma noktasına gelene kadar diğerini ne kadar uzağa itebileceğini bilmeyebilir [10]

.

İşte avukatlar daha çoğunu almak isteyen müvekkillerine diğer tarafın son noktasına yaklaşmakta yardımcı olmak kadar, aşırı talepler nedeniyle anlaşmaya varılamaması ve masadan kalkılması ihtimalini de dengelerler.

7. Müzakerelerdeki sıkı pazarlık taktiklerinde avukatların etkileri

Tarafların her biri büyük ölçüde kendi lehlerine hizmet eden bir ilk anlaşma taslağı ile başlayabilirler. Her avukat diğer tarafı çeşitli şartlar üzerinde önemli ödünler verecekleri noktaya kadar yıpratmaya çalışabilir. Elbette bu durum tamamen irrasyonel değildir. Her müzakerede olduğu gibi tarafların her biri büyük stratejik belirsizliklerle karşı karşıyadır ve tarafların hiç biri anlaşmayı sağlamak için gerekli olandan daha fazla ödün vermek korkusuyla, başlangıçta taviz verme konusunda fazla cömert davranmak istemeyecektir. Bu yüzden tarafların her biri anlaşmanın temsil ettiği değerlerin çoğunu talep edecekleri bir başlangıç pozisyonunda olmayı ve diğer tarafın ödün vermesini beklerken kendileri ödün vermemek için sıkı bir şekilde mücadele etmeyi tercih edebilirler. Eğer taraflardan bir tanesi daha fazla kaynağa sahip olmasından ya da pazarda daha iyi bir alternatife sahip olmasından dolayı daha baskın ya da güçlü bir konumda görünüyorsa anlaşmanın kendi şartlarına göre hazırlanmasını talep edebilir ve daha zayıf olan tarafla bu şartlar dışında müzakere etmeyi reddedebilir [11] .

Bir avukat “Teklif ettiğim biçimde bir teminat sağlanmaması halinde anlaşma olmayacaktır” dediğinde bu temel bir soruna yol açar. Bu gerçekten doğru mudur ya da avukat öyle olmadığı halde o sözleşme hükmünün vazgeçilmez olduğunun algılanmasını mı istemiştir? Avukat bu hükmün sizin için ne kadar önemli olduğunu görmek ve bu hüküm üzerine anlaşmanın olmamasını riske atıp atmayacağınızı anlamak için bir caydırma oyunu oynuyor olabilir [12] .

Bunun sonucu kördüğüm olabilir. Eğer her iki taraftaki avukatlar yasal pozisyonlarını olabilecek

en uç noktalarda konuşlandırmışlarsa müzakerede herhangi bir ilerleme olmaksızın bir ileri bir geri hareket edebilirler. Müvekkillerden biri ya da her ikisi de avukatlarının müzakereyi geciktirmesi nedeniyle sabırsızlanırlarsa, önünde sonunda anlaşmanın sağlanması için bu duruma müdahale edebilir [13] . İşte burada çıkarların gözetilmesinde avukat ve müvekkilin iletişimi ve uyumunun önemi de ortaya çıkar. Bazen avukatlar gibi sıkı pazarlıkçıların da müvekkilleri tarafından dengelenmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir.

8. Avukatın müzakeredeki rolünü abartması...

Avukatların yaptıkları işi abartmaları ve işlerine olması gerekenden daha fazla anlam yüklemeleri müzakerelerde bir sorun oluşturabilir. Bu durum iki basit şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi avukatın sözleşmenin oluşmasına faydalı yönde etkili olmayacak ve mevcut durumu güçlendirmeyecek önemsiz ve gerçekleşmesi ihtimali pek az olan risklere odaklanarak müvekkilinin parasını ve zamanını boşa harcayabilecek olmasıdır. Tarafların işine yarasın veya yaramasın yaratıcı ve akıllı avukatlar işe dahil olduklarında, risklerin tanımlanması sürecine ilişkin ortaya çıkabilecek fikirlerde “bir sınır yoktur”. Burada unutulmaması gereken kritik değerlendirme, riskin beklenen net etkisinin (hem parasal hem de ilişkisel olarak) bu riskin maliyetini haklı çıkartıp çıkarmadığıdır [14] . Kendisine gereğinden fazla değer biçilen riskler müvekkillerin karar vermesine yardımcı olmaktan çok zaman kaybına ve dikkat dağınıklığına yol açabilecektir. En başta şaşırtıcı ve ilgilenilmesi gerekiyor gibi görülen risk incelendikçe saçma ve tuhaf bir hal de alabilir. Örneğin satın alınması düşünülen bir arazinin çevresinde zehirli atık üreten fabrikaların olduğu bu nedenle ileride imara açılamayacağına dair avukat uyarısı müvekkilin çok ilgisini çekebilir. Ama ilerleyen aşamalarda fabrikaların hepsinin arıtma tesisine sahip olduğu ve çevreye hiçbir zarar vermedikleri konusunda yerel otoritelerin düzenli raporlarının olduğu, ayrıca yakın çevrenin zaten imara açıldığı ortaya çıktığında, bu durum anlaşılınca kadar geçen süre ciddi zaman kaybına yol açmış olabilir.

Avukatlığın abartılması daha belirsiz bir şekilde de ortaya çıkabilir. Bu durum verilen sözlerin

uzun vadede yerine getirilmesi, bu sözlerin yaratacağı değeri bastırmasına yol açacak olsa da avukatların yasal olarak uygulanabilecek taahhütler yaratmak konusunda ısrar etmeleriyle ortaya çıkar. Avukatlığın abartılmasının bu ikinci tipini anlamak için yasal bir taahhüdün değerine etki eden faktörleri değerlendirmek gerekir. Dava takibinin gecikmeleri ve maliyetlerine ek olarak davayı inceleyen mahkemenin *yanlış* karar vermesine ilişkin bir ihtimal de vardır. Başka bir deyişle bir yasal taahhüde ilişkin değerin herhangi bir şekilde tahmin edilmesi taahhüdü uygulamak istediğinizde karşı tarafın uygulama eylemine karşı güçlü bir şekilde savunma yapması ve kazanması ihtimalini göz önünde bulundurmak zorunda olmanızdır [15]
.

Avukatların müzakere konusu anlaşmaya vermeye çalıştıkları resmi şekil, pazarlığı ve müzakereyi uzatabilmesine ya da zorlaştırmasına ve hatta karşı tarafça işi yokuşa sürme taktiği olarak algılanabilecek olmasına rağmen, avukatın bu ısrarı karşı tarafın şekil unsurlarındaki eksikliklerden günün birinde yararlanmak şeklindeki hesabını bozmaya yarayabileceği gibi, muhtemel bir davada hukuken kuvvetli taraf olmak için atılmış bir adım da olacaktır. Ancak burada benimsenen “işi sağlama alma” yaklaşımı, her müzakere ve her tür anlaşma için uygulanabilir olmayabilir. Avukatların şekil konusundaki ısrarları müvekkillerin ilişkiyi koruma yönündeki çıkarlarına ters düşebilir.

Bir yasal taahhüdün değerinin tahmin edilmesi sürecinde bir dizi duruma bağlı maddeler teklif edilmesi halinde tarafların mağdur olup olmayacağı ve özellikle tarafların davranış biçimlerine ilişkin beklentilerin değişip değişmeyeceği de değerlendirilmelidir. Bu şöyle bir örnekle daha iyi anlatılabilir. Evlilik öncesi “mal rejimlerine ilişkin ya da boşanma şartlarını düzenleyen” bir anlaşma yapılması isteğinin romantik bir ilişkinin üzerinde yaratacağı etkiyi düşünün. Evlilik sözleşmesinin sadece teklif edilmesi bile en azından taraflardan bir tanesinin mükemmel aşk yerine bir ihtilaf gerçekleşeceğini beklediği anlamına gelmektedir. Böyle bir anlaşma üzerinde müzakere etmenin ilişkisel maliyeti genellikle çiftlerin bu konuyu konuşmasını bile engellemektedir [16] . Bu örnekten de anlaşılacağı gibi bir sözleşmenin teklif edilmesi ilişkinin bütününü riske atabilecek sonuçlar doğuruyorsa ondan uzak durulması gerekebilecektir.

Buradaki zorluk beklenmedik durumlara ilişkin müzakere yapmak zorunda olmak ile ilgili, özellikle de eğer beklenmedik durum ortaya çıkarsa karşı taraf gerçekten de zarara uğrayacaksa, aşağılanmış rolü oynamaktır. Dahası belli risklere karşı plan yapmayan taraflar durumlarını inkâr ediyor olabilirler: zararlarına ilişkin riskleri küçümsüyor olabilirler. İşleri daha da karmaşıklaştırmak için bir müvekkil avukatının avukatlığı abarttığını düşünüyor ve yanılıyor olabilir. **Müvekkiller sık sık avukatların işletmeden ve iş dünyasındaki insanların karşılaştıkları risk tiplerini anlamadıklarından şikâyet ederler. Bazen doğru söylüyor olabilirler. Diğer taraftan avukatlar ise sık sık müvekkillerinin yasal bir riskin kapsamını anlamamasından şikâyet ederler** [17] **.** Ancak bu anlayış çoğunlukla iletişim eksikliğinin ve avukattan alınacak ve beklenen yardımın çerçevesinin kendisine net bir şekilde belirtilmemiş olmasından kaynaklanır. Çünkü avukatlar çoğunlukla zamana karşı yarıştıkları için, kendilerinden beklenmeyen veya yararlı olamayacaklarını hissettikleri konularda mesai harcamaktan kaçınırlar.

Yüzeysel bir bakış açısı genellikle şunu düşündürebilir: “Avukatın müvekkili ile yerleşik teamüller çerçevesinde onu temsil etmekten başka bir bağlantısı yoktur.” Ancak müvekkil ile avukat arasındaki ilişki ve avukatın müvekkili için yükleneceği görevlerin çeşitliliği, birçok sırra vakıf olması, aslında onu hem kişiliği hem de mesleğiyle işin bir parçası haline getirir [18] .

Yasal bir anlaşma yapma sürecinde en iyi kararlar yasal bilgi ile müvekkilin işi ve tercihlerine ilişkin bilgilerin bir birleşimini gerektirir. **İdeal olarak iyi bilgilendirilmiş bir müvekkil sözleşme hükümleri aracılığıyla avukatının koruma sağlayacağı sınırları belirlemelidir.**
Buna alternatif olarak eğer avukat yeteri kadar bilgiliyse müvekkilin karar verme yetkisini danışmanına vermesi uygun olacaktır. Ancak her iki anlaşmaya da varılması pratikte zordur. Müvekkilin avukatın uzmanlık alanında yeterli derecede bilgi sahibi olması ya da avukatın bilgili kararlar vermek için müvekkilinin işine ilişkin yeterli bilgisi olması çok zor
(ve bazen de elverişsiz) olabilir
[19]
.

Bahsedilmesi gereken bir konu da avukat ve müvekkil arasındaki bilgi asimetrisidir. Bu bir tarafın konuyla ilgili olarak diğerinden daha çok bilgi sahibi olması demektir. Genellikle avukatların lehine olan bu asimetri, avukatların tecrübelerinden ve müzakere masasında topladıkları verilere dayanır. Bu asimetrinin avukat ile müvekkil arasında bir güven sorununa yol açmaması ve bir kazanca dönüştürülmesi yine etkili iletişim ile çözümlenecek bir sorundur [20] . İş sahipleri ve avukatlar bilgi asimetrisinden kaynaklanabilecek sorunları şu iki şekide ortadan kaldırılabilir:

- İş sahipleri kendilerini temsil edecek avukata, çıkarlarını ve kendileri için değer taşıyan konular hakkında gerekli bilgilerin tamamını avukata aktarmalıdırlar.
- Avukatlar da buna karılık olarak müzakere masasında elde ettikleri bilgileri düzenli olarak iş sahibine iletmelidirler. Bu yeni bilgiler iş sahibi ile tartışılmalı, avukat müvekkiline, “bu yeni bilgiler ışığında nasıl ilerlemeliyim” diye sormalıdır [21] .

Müvekkillerin çoğu zaman avukatların bir anlaşmanın işletme tarafını anlamadıklarından şikâyetçi olmalarından dolayı avukatların müvekkilleri için önemli olan riskleri tanımlaması ve dağıtması ancak nispeten daha lüzumsuz olan riskler üzerinde gereksiz zaman harcamamak suretiyle müvekkili ile ince bir ilişki kurması gerekmektedir. Dahası avukat ve müvekkil hangi risklerin hangileri oldukları konusunda birebir aynı noktada olmayabilirler, avukat müvekkilin çok da önemli bulmadığı bazı riskleri önemli bulabilir müvekkil de avukatın önemli bulmadığı riskleri önemseyebilir [22] .

9. Güvenli bir müzakere alanı yaratılmasında avukatların rolleri

Avukat Ronald Gilson iş sürecinde ve müzakerelerde avukatların nasıl değer yaratabileceklerini açıklayan bir teori geliştirmiştir. Gilson mükemmel piyasa koşullarında dört ideal koşulun var olması gerektiğini öne sürmektedir. Ancak bu teorinin her şeyin yolunca gittiği mükemmel piyasa koşullarında geçerli olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir [23] :

- Bir işlemin tarafları ortak zaman ufkuna sahip olmalı;
- Bir varlığın riski ve geri dönüşü için gelecekteki beklentileri paylaşmalı;
- İşlem masrafları olmamalı;
- Tüm bilgi masrafsız olarak kullanılabilmelidir [24] .

Gilson 'a göre avukatlar bu "mükemmel şartlara sahip" dünyada küçük bir rol oynayabilir. Müzakere edilen işin değerini kesinlikle arttıramazlar çünkü yatırımcılar kendi başlarına zaten bunu yapmaya çalışmaktadır. Fiyatlar tam olarak değeri yansıtacaktır ve müzakerenin tarafları hiçbir masraf yapmadan anlaşmaya varabilirler (!). Ancak böyle bir ihtimal yoktur. Gerçek dünyada bu durum masrafların arttığı ve sözleşmelerin zor yapıldığı çeşitli piyasa bozukluklarının yaşandığı koşullarda ortaya çıkar. Gilson bu piyasa bozukluklarının kesin olarak avukatların değer yaratma rolünün temelini oluşturduğunu yazmaktadır: avukatlar makul bir ücret karşılığında bu bozuklukları düzeltmeye çalışır. Avukatlar düzenleyici etkili mekanizmalarla "işlem-masraf mühendisleri" olarak ya da mükemmel piyasaların hipotetik dünyası ile gerçek dünya arasında yer alan boşluğa köprü görevi görürler. Ancak bir "İş avukatı (Business Lawyer) tarafından sürecin altyapısı tasarlandığında yaratılan değer, dört ideal koşul varmış gibi tarafların müzakere edebilmeleri ve süreci başlatmak için hareket etmelerini sağlar" [25]
.
Çoğu başarılı anlaşmanın arkasında o süreci başından sonuna tasarlamış avukatlar vardır. Böylece iş üretecek ve müzakere edecek taraflara güvenli bir oyun alanı sağlamış olurlar.

Gördüğümüz gibi iş avukatları tarafların stratejik sömürüye maruz kalmaya ilişkin ortak korkusunu azaltacak bir işlem yapısı ve süreç tasarlamak suretiyle değer yaratabilirler. Bu belirsizliğin azaltılması anlaşmaya varılmasına yardımcı olur ve sürece değer katar. Ancak aynı zamanda taahhütler, teminatlar veya tazminatlar hakkında sıkı pazarlık yapmak her iki taraf "tamam" dese de daha iyi durumda olacakken bir anlaşmanın bozulmasıyla sonuçlanabilir [26] .

10. Müzakerelerde avukattan bir temsilci olarak yararlanmak.

Güven sorunundan arınmış, avukat için iş tanımının tartışma konusu olmadığı bir ilişkide, müvekkiller doğrudan uzmanlığına güvendikleri avukatları vasıtasıyla da müzakerelerini yürütebilirler.

İş sahiplerinin bağımsız temsilciler olarak nitelenebilecek avukatlar aracılığı ile müzakereyi tercih etmelerinde iki ana neden vardır. Bunlardan ilki avukatların kişileri ya da kurumları temsil etmekteki tecrübeleridir. Karşı tarafın hukuken güçlü pozisyonlarından korunmak ve kendi haklarını güvence almayı isteyen bir iş sahibinin yapacağı en iyi tercih müzakereleri bir avukatla yürütmek olacaktır. İkinci olarak korunması gereken bir ilişkide sert pazarlık etmenin ilişkiyi bozması ihtimali varsa, karşı taraf ile araya mesafe koyarak müzakereleri yürütmek için bir avukattan faydalanmak da iyi bir tercih olacaktır. Böylece yapılması gereken bir müzakerenin ilişkiye vereceği zararlardan mümkün olduğunca kaçınılmış olacaktır [27] .

Eğer iş sahibiyle avukat arasında aynı zamanda bir işçi – işveren ilişkisi varsa, bu şartlarda

işverene alacağı talimatlarla daha sıkı bağlı olan avukatın, etkin ve bağımsız müdahale şansı azalacaktır.

Sonuç

Avukatlar iş dünyasının vazgeçilmez kolaylaştırıcılarıdırlar. Kendisinden bir iş ile ilgili olarak beklenenler konusunda açıkça bilgilendirilen bir avukat, risklerin yönetilmesinden taahhütlere girilmesine, zengin seçenekler üretilmesinden, yapılması gereken sıkı pazarlığa, yeni fırsatlar yaratmaktan fırsatçılıktan korunmaya kadar birçok aşamada olumlu etkileri olabilecek tecrübe ve donanıma sahiptirler. Ancak avukatların da insan olduğu ve gizledikleri kaygıları olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Avukatların beğenilme, başarma ve işlerini koruma yönündeki kaygıları, müvekkillerince dengelenerek üzerinde çalışılan işten başarılı sonuçlar elde edilebilir. Avukatların piyasa koşullarından ve kişisel ilişkilerin değerinden haberdar olmadığına ilişkin genel söylem, genellikle avukatından ne isteyeceğini ya da ne istemesi gerektiğini bilmeyen kişi ve kurumların söylemleridir.

Kaynakça

- Cohen, Herb: Her Konuyu Müzakere Edebilirsiniz (Çev. Şahin Cüceloğlu), Sistem Yayıncılık, İstanbul, 2003
- Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin, Ankara, 2003 (Alternatif)
- Luecke, Richard: Müzakere (Çev. Meral Çıyan Şenerdi), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2008

- Mnookin, H. Robert-Peppet, Scott R.-Tulumello, Andrew S. :Beyond Winning, The Belknap Pres of Harvard University Pres, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2000

- Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yaklaşım, Ankara, 2004 (Alternatif)
- Ware, Stephen J. : Alternative Dispute Resolution, Hornbook Series, West Group, St. Paul, Mınn., 2001

---

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

[2] Mnookin - Beyond Winning, s. 143

[3] Mnookin - Beyond Winning, s. 143.

[4] Mnookin - Beyond Winning, s. 144.

[5] Mnookin - Beyond Winning, s. 144.

[6] Mnookin - Beyond Winning, s. 144.

[7] Mnookin - Beyond Winning, s. 145.

[8] Mnookin - Beyond Winning, s. 145.

[9] Mnookin - Beyond Winning, s. 146.

[10] Mnookin - Beyond Winning, s. 147.

[11] Mnookin - Beyond Winning, s. 147.

[12] Mnookin - Beyond Winning, s. 147.

[13] Mnookin - Beyond Winning, s. 147.

[14] Mnookin - Beyond Winning, s. 148.

[15] Mnookin - Beyond Winning, s. 148.

[16] Mnookin - Beyond Winning, s. 149.

[17] Mnookin - Beyond Winning, s. 149.

[18] Luecke, R.: Müzakere, İstanbul 2008, İş Bankası Yayınları, s.147

[19] Mnookin - Beyond Winning, s. 149.

[20] Luecke – Müzakere s.149

[21] Luecke - Müzakere s. 151

[22] Mnookin - Beyond Winning, s. 149.

[23] Mnookin - Beyond Winning, s. 154.

[24] Mnookin - Beyond Winning, s. 154.

[25] Mnookin - Beyond Winning, s. 154.

[26] Mnookin - Beyond Winning, s. 154.

[27] Luecke – Müzakere s. 148

//