

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK

Avukat – Arabulucu Şamil DEMİR*

I. Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuğa Başvurmanın Faydaları

A) Taraf Sayısı ve Yargılama Giderleri Bakımından

Özellikle miras kalan malların, tarafların çok sayıda olması ya da iletişim eksikliği nedeniyle anlaşarak bölüşülememesi nedeniyle dava yoluna başvurdukları görülür. 2014 yılı adli istatistiklerine göre 25.000 ortaklığın giderilmesi davası açılmıştır. Her ne kadar bu dava sayısı diğer dava türleriyle karşılaştırıldığında az görünse de ortaklığın giderilmesi davalarının ortalama on adet tarafı vardır. Bu da 250.000 taraf ile Türkiye'deki ticari davalardaki toplam taraf sayısından fazladır. Dava sonunda ortaklığa konu malların ya aynen paylaşılmasına ya da icra yoluyla açık artırmada satılarak bedelinin ortaklar arasında paylaşılmasına karar verilir. Satışa karar verilmesi halinde dava ve satış masrafları ile avukatlık ücretleri satış bedelinin ortalama %25 'ine varan önemli bir tutarının harcanmasına neden olur. Üstelik satış sonunda oluşan fiyat ortakları tatmin etmeyebilir. Arabuluculuğa başvurmak ortaklığa konu malın bedelinde, fiyatın doğru oluşmaması ve yüksek yargılama giderleri bedeniyle uğranılacak zararı ciddi ölçüde hafifletir.

B) Yaşanabilecek Psikolojik Travmaları Azaltmak Bakımından

Terekenin aile içinde ne şekilde paylaşılacağı konusu, meydana getirdiği çekişme ve çıkar çatışması nedeniyle aile bireyleri arasındaki ilişkileri

* Ankara Barosu.

gerginleştirebilir. Hatta bu gerginlik örneklerine basında da sıklıkla rastladığımız gibi sözlü, fiili çatışmaya ve hatta cinayete kadar varan eylemlere neden olabilir. Çatışmaların su yüzündeki ve altta yatan nedenleri çok farklı olabilir. Yüzeysel bir görüşme ve yargılamada bu sebepler dile getirilemez, tartışılmaz. Belki de tarafların istek ve çıkarları sadece arabuluculuk gibi uygun bir ortamda gündeme gelebilir. Arabuluculuk sürecinde taraflar arabulucunun tesis ettiği güvene bağlı olarak uyuşmazlığın gerçek nedenlerini dile getirebilirler. Görünür, görünmez ailevi uyuşmazlıkların önemli yer tuttuğu ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında tarafların arabuluculuk görüşmesine bizzat katılması çözüm ihtimalini artırır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın altta yatan nedenlerini hakkında yeterince bilgilendirilmemiş bir avukatın arabuluculuk sürecine katılımı ise süreci zorlaştırır. Toplumun temelini ilgilendiren bu tür uyuşmazlıkların yıllara yayılan ve dozu gittikçe artan bir çekişme eşliğinde halli yerine kısa zamanda ve tarafların kendi çözümleriyle son bulması ailenin devamlılığı ve korunması açısından önemli katkılar sağlar.

C) Manevi Değeri Olan ve Satılması Zor Eşyalar Bakımından

Özellikle aile bireylerinin aile yadigârı olarak gördüğü malların satılması maddi kayıplar yanında manevi kayıplara da neden olabilir. Ortaklar dava yerine arabuluculuk yoluna başvurduklarında, dava ve satış masraflarına katlanmadan, taraf sayısı ne kadar fazla olursa olsun iletişim kurmaları, ortak arzularına en uygun çözümü bulmaları ve malların icra yoluyla satılmadan aile içinde kalması mümkündür.

Ortaklığın giderilmesine konu mallar üzerinde intifa hakkı gibi sınırlı ayni haklar bulunabilir. Maddi değerine rağmen üzerindeki intifa hakkı nedeniyle bu mallardaki ortaklığın satış suretiyle giderilmesinden beklenen sonuç elde edilemeyebilir. Çünkü sınırlı ayni haklar ayni, hak sahibine sağladığı menfaat oranında malın serbest piyasadaki satış değerini düşürür. Bu nedenle bu durumdaki mallardaki ortaklığın giderilmesinde genellikle aile içi satış tercih edilir. Sınırlı ayni hak ve özellikle bu hakkın süresindeki belirsizlik malın değerini tespit etmeyi zorlaştırabilir. Ancak her halükarda tarafların, ayni hakla yükümlü malın cebri icra ile yapılacak satışından daha uygun bir anlaşmaya ulaşılması mümkündür.

D) Uyuşmazlığın Çözüm Süresi Bakımından

Uyuşmazlığın çok taraflı olması ve sonucu etkileyen maddi ve manevi birçok etkenin bir arada değerlendirilecek olması çözüm sürecini uzatabilir. Ortaklığın

giderilmesi uyuşmazlıklarının nispeten basit uyuşmazlıklarda olduğu gibi örneğin üç saat ile üç gün içerisinde çözümü beklenemez. Bu uyuşmazlıklar bir hafta ile üç ayı alması beklenebilecek uyuşmazlıklardır. Arabuluculuk süreci bakımından uzun sayılabilecek bu süreler yargılama süreciyle karşılaştırıldığında hala çok kısadır. Arabuluculuk, davada olduğu gibi uyuşmazlığın usulî işlemler ve tebligatlardaki gecikme ile usulüne uygun yapılmaması gibi nedenlerle uzamasına engel olur.

E) Uyuşmazlığın Arabuluculuğa Uygunluğu Bakımından

Arabuluculuk sürecinde davacı veya davalı rolleri henüz netleşmemiştir. Her iki tarafın da birbirlerine yönelebilecek taleplerinin olması bu rolleri silikleştirir. Zaten arabuluculuğun kurgusu da davaya mahsus davacı/davalı rollerini önemsemez. Çünkü sonuçta mahkemede olduğu gibi bir karar verilmeyecek, uyuşmazlığın tarafları istek ve çıkarlarına uygun bir anlaşmaya varacaktır. Arabuluculuğa uygun birçok uyuşmazlığın aksine ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında da taraf rollerinin bir önemi yoktur. Ortaklığın giderilmesi davaları niteliği gereği iki taraflı davalardır. İster davalı olsun ister davacı olsun taraflar aynı haklara sahip olduğundan davanın kazanılması ya da kaybedilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları niteliği itibarıyla arabuluculuğa en uygun uyuşmazlıklardandır.

II. Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuğa Konu Edilebilecek Şeyler

Paylı ve elbirliği ile malik olunan menkul ve gayrimenkuller hakkında ortaya çıkan uyuşmazlıklar arabuluculuğa konu edilebilir. Bunlardan yargı kararlarına yansımış başlıcaları şunlardır:

- Menkuller
- Gayrimenkuller
- Sicile kayıtlı gemiler (gayrimenkul hükmünde)
- Telefonun intifa hakkı
- Tahvil, bono ve markalar
- Tapusuz taşınmazlar üzerine yapılan inşaatların enkaz bedeli (gecekondu)
- Para ve alacaklar

III. Dava arkadaşlığına Dair Kuralların Arabuluculuğa Etkisi ve Taraf Teşkili

Çok taraflı uyuşmazlıklarda dava arkadaşlığına ilişkin değerlendirmenin taraflar henüz arabuluculuğa başvururken, erken bir aşamada yapılmasını gerekir. Zira uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümü için doğru taraflar bir araya gelmiş olsa bile anlaşma sağlanamaması durumunda dava açılabilir. Hal böyle olunca dava arkadaşlığı kurallarının arabuluculuğa katılacaklara kıyasen uygulaması, davaya yönelebilecek sürecin sağlıklı bir şekilde ilerlemesi bakımından bir gerekliliktir. Burada bahsedilenler uyuşmazlığın herhangi bir davaya konu olmadan öncelikle arabuluculuk yoluyla çözülmek istenmesi halinde geçerlidir. Dava açıldıktan sonra taraflar, ön inceleme aşamasında hâkimin teşvikiyle ya da ilerleyen aşamalarda kendi iradeleriyle arabulucuya başvurmak isteyebilirler. Bu durumda derdest davanın tarafları doğrudan bir arabuluculuk sürecinin taraflarına dönüşeceklerinden, arabuluculuğa taraf olanların birlikte hareket edip edemeyeceği konusunda tartışma yapılmasına gerek kalmaz. Çünkü bir uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açıldığında mahkeme, dava şartlarını incelerken tarafların maddi hukuktan kaynaklanan mecburi ve ihtiyari dava arkadaşlığına ilişkin durumlarını ön inceleme aşamasından başlayarak her aşamada dikkate alır.

Mecburi dava arkadaşları dava devam ederken arabuluculuğa gitmek de dâhil yargılamanın bütün aşamalarında birlikte hareket etmek zorundayken, ihtiyari dava arkadaşları birbirlerinden bağımsız hareket edebileceklerinden bunlardan bir kısmı davanın diğer tarafıyla arabulucuya başvurmak, bir kısmı da davaya devam etmekte serbesttir.

Elbirliği ile mülkiyet halinde arabuluculuk sürecine başlanabilmesi için tüm ortakların uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi hususunda hemfikir olması gerekir. Paydaşların tamamının arabuluculuğa başvurma kararına katılmadığı bir arabuluculuk süreci mümkün değildir. Yine süreç başladıktan sonra elbirliği ile malik olanlardan birisinin arabuluculuktan çekilmesiyle arabuluculuk sona erer. Kalan taraflar sürece devam etmek istese bile bu durumda arabulucunun taraflara danıştıktan sonra sürecin devamında fayda olmadığı gerekçesiyle arabuluculuğu sonlandırması gerekir (HUAk m. 17/1-b).

Aynı şekilde elbirliği ile malik olunan hangi mal ve haklar bakımından arabuluculuğa başvurulacağı konusunda da başlangıçta olduğu gibi oy birliği gerekir. Arabuluculuğa konu edilmesinde oy birliği sağlanamayan mal ve haklar bakımından arabuluculuğa devam edilemez. Paydaşlardan birisinin bir mal ve hak üzerinde müzakere etmeyi istememesi o mal ve hak bakımından süreci sona erdirir. Ancak bu feragatin etkileri davada olduğu gibi ciddi değildir. İlgili taraf sonradan bu kararından dönebilir. Davanın sürebilmesi için bütün taraflara

tebligat yapılabilmesi yeterli iken arabuluculuk sürecine başlanabilmesi için bütün paydaşların arabuluculuk teklifini kabul etmesi gerekir.

Müzakereler sonunda sadece üzerinde oy birliği ile anlaşmaya varılan mallar yönünden arabuluculuk anlaşması yapılabilir. Üzerinde anlaşmaya varılamayan mallar bakımından ortaklığın giderilmesi davası açılması mümkündür.

Paylı mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde taraflar arasındaki ihtiyari dava arkadaşlığı dolayısıyla ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı söz konusudur. Dolayısıyla arabuluculuk arkadaşları arasındaki her uyuşmazlık dava açılsaydı bağımsız bir dava olabileceği gibi aslında başlı başına birer arabuluculuk sürecidir. Bu hallerde taraflar uyuşmazlığın çözümü için ister birlikte ister ayrı ayrı arabuluculuk süreçlerine devam edebilirler. Bunun doğal sonucu olarak paylı maliklerden birisinin süreçten çekilmesi halinde aralarındaki uyuşmazlık devam eden paydaşlar süreci devam ettirebilirler.

Tarafların ehliyeti: Uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülebilmesi için aynen dava yolunda olduğu gibi tarafların ehliyetleri yönünden de ciddi bir hazırlık ve değerlendirme yapılması gerekir. Bir örnek vermek gerekirse taraflardan birisinin vesayet altında olması halinde anlaşmanın geçerli olması için TMK m. 462/8 uyarınca hâkimin izni gerekir.

IV. Çeşitli Aşamalarda Arabuluculuk

A) Dava Öncesinde

Arabuluculuk esnek bir süreçtir bu nedenle arabuluculuğun başında gündeme dâhil edilmeyen mal ve haklar sonradan sürece dâhil edilebileceği gibi bir kısım mal ve haklar gündemden çıkarılabilir. Arabuluculuk sürecinde davada olduğu gibi taleple bağlılık söz konusu değildir. Taraflar başlangıçtaki taleplerinden bambaşka bir anlaşmaya varabilirler. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davalarında sıklıkla görüldüğü gibi taleplerin öncelikle paylaşırma olmazsa satış gibi terditli sıralanmasına gerek yoktur. Taraflar daha önce sözünü etmeseler bile bu seçeneklerden dilediklerini, diledikleri sırada müzakereye konu edebilirler. Sonuçta da örneğin miras şirketinin söz konu olduğu bir uyuşmazlık, alınan arabuluculuk hizmeti sayesinde miras taksim sözleşmesiyle sonuçlanabilir. Bilindiği gibi yargılama sırasında bu tür istem değişiklikleri ancak ıslah ile mümkündür.

Bir malın mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme kavuşturulacağına dair tahkim sözleşmesi o mal için ortaklığın giderilmesi amacıyla arabuluculuk yoluna başvurmayı engellemez. Çünkü tahkim sadece

dava şartıdır. Arabuluculuğa başvurmaya engel teşkil etmez. Bu durum en çok gemi uyuşmazlıklarında karşımıza çıkabilir.

B) Dava Sırasında

Açılmış bir ortaklığın giderilmesi davası olması arabuluculuk yoluna başvurmaya engel değildir. Bilakis arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılması davayı sulh yoluyla sona erdirmeye ve varılan anlaşmayı mahkeme hükmüne dönüştürme imkânı sağlar. Bu da özellikle taşınmazlar bakımından arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin sorunları ortadan kaldırır. Yine arabuluculuk süreci ya da anlaşması nedeniyle takipsiz bırakılan ortaklığın giderilmesi davası süresinde yenilenecek arabuluculuk anlaşmasındaki edimler mahkeme kararına dönüştürülebilir. Bahsedilen ihtimallerde HUAK gereğince icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç kalmaz. Taraflar kesinleşen mahkeme kararını taşınır ve taşınmaz sicillerine ibraz ederek uygulanmasını sağlayabilirler.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre tarafların haricen vardığı anlaşmanın, taraf yükümlülükleri yönünden eksiksiz olarak karara geçirilmesi gerekir. Yoksa kararda sadece anlaşmaya atıf yapılarak içeriğinin karara bağlanmaması kararın yerine getirilmesini önleyeceğinden bozma nedeni sayılmıştır.

Ortaklığın giderilmesi amacıyla arabuluculuğa başvurulabilmesi için malların intikalinin tamamlanmış olmasına gerek yoktur. Tarafların paylarını gösteren veraset belgesi almaları yeterlidir. Varılan anlaşmanın uygulanabilmesi için -örneğin tapu işlemi gerçekleştirilmeden önce- zaten intikal işlemi yapılacaktır. Aynı şekilde anlaşmanın mahkeme huzurunda sulhe dönüştürülmesi halinde de intikalin tamamlanmış olmasına gerek yoktur. Anlaşma karara dönüşeceğinden mahkeme kararının uygulanması sırasında da intikal işlemi tamamlanabilir.

C) Karar Verilmesinden Sonra

Tıpkı açılan ortaklığın giderilmesi davasından feragat edilmesi halinde yeniden ortaklığın giderilmesi davası açılmasına bir engel olmadığı gibi, bir arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanamaması ve sürecin sonlandırılması halinde yeniden arabuluculuğa başvurulmasına da bir engel yoktur. Ancak bu yeni bir süreç olduğundan üzerinde anlaşılacak arabulucu aynı olsa bile tekrar arabuluculuk ücreti ödenmesi gerekir. Bu mantık silsilesini bir adım öteye taşıma gerekirse; daha önce kesinleşmiş bir hükümlerle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş olmasına rağmen taraflar (örneğin satış giderlerinden kaçınmak için) bu kararın kendilerine uygulanmasını istemiyorlarsa başlatacakları bir arabuluculuk süreci sonunda kesinleşmiş mahkeme kararını ortadan kaldıracak

şekilde, kararın kendilerine uygulanmayacağı hususunda anlaşabilir ve karardaki çözüm şekilden bambaşka bir anlaşmaya varabilirler. Ancak bilindiği üzere kesin hüküm itirazı yeni bir dava açılmasına engeldir.

V. Uyuşmazlığın Çözümünde Etkili Olacak Faktörler

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarına özel olarak, arabulucunun çözüm için dikkate alması ve üzerinde durulması gereken konular şu şekilde sıralanabilir:

- malın değeri malın sınırlı aynı hak ile yükümlü olup olmaması (örneğin malda paydaşlardan biri lehine intifa hakkı olması)
- halihazırda maldan en çok hangi paydaşların yararlandığı (örneğin tarlayı paydaşlardan sadece birisinin ekip biçmesi)
- mala paydaşlardan biri ya da birkaçı tarafından yapılan faydalı masrafların tutarı ve bu tutarın malın değerine oranı
- malın ailedeki veya paydaşlar arasındaki manevi değeri (satma ve satın alma kararlarında etkili olacağından)
- paydaşların mali güçleri
- uyuşmazlığa konu mal ile ilgili geçmişte yaşanan uyuşmazlıklar
- paydaşlar arasında geçmişte yaşanan veya halen yaşanmakta olan mal ve paydaşlık ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar

VI. Geçerli Bir Anlaşmaya Varılabilmesi için Dikkat Edilmesi Gerekenler

A) Paylaşımın Mevzuata Uygunluğu Bakımından:

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarına özgü olarak arabulucu taraflara taşınmazların aynen taksimi ile ilgili varacakları anlaşmanın imar ve tarım arazilerine ilişkin mevzuatın uygulanması bakımından geçerliliği ile ilgili “sorular” yöneltmelidir. Çünkü varılan anlaşma tapu memuru önünde ya da mahkeme huzurunda ikrar edilse bile imar ve belediye uygulamaları nedeniyle kabul görmeyecek ve anlaşmanın bir geçerliliği olmayacaktır. Taraflarda aynen taksimin mümkün olmadığı ve uyuşmazlığa konu malların satılması yönünden eğilim varsa malın rayiç değeri konusunda örneğin gayrimenkul değerlendirme şirketlerine inceleme yaptırabilirler. Ama bu değer tespitini arabulucunun taraflardan re’sen istemesi ve onları bu yola sevk etmesi mümkün değildir (HUAK m. 15/4). Çünkü arabulucu yargısal bir yetki kullanma anlamına gelebilecek yetkileri kullanamaz. Kendiliğinden araştırma yapamaz.

B) Taksimin Şekli Bakımından:

Uyuşmazlığa konu maldaki payların, bir kısım paydaşça diğer bir kısım paydaşa devri ve taşınmazın kalanının da diğer paydaşlar arasında paylı bırakılabilmesi için böyle bir anlaşmaya bütün tarafların oy birliği ile muvafakat etmesi gerekir. Aksi halde anlaşma elbirliği ile mülkiyetin esasları gereğince geçersiz olur. Arabulucu bu gibi konularda mütalaa verememekle birlikte görüşmelere ara vererek tarafların geldiği aşamayı avukatları ile gözden geçirmelerini isteyebilir. Öte yandan paylı mülkiyet söz konusuysa, paydaşlardan bir kısmının anlaşması diğerlerinin anlaşmaması halinde anlaşanlar taraflar arasında arabuluculuğun tamamlanması mümkündür. Çünkü burada başta bahsettiğimiz ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı söz konusudur.

VII. İcra Edilebilirlik Şerhi için Yetkili ve Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

Bilindiği üzere taraflar icra marifetiyle infazı mümkün bir anlaşmaya vardılar ise bu anlaşmayı esas uyuşmazlık için yetkili ve görevli mahkemeye ibra ederek icra edilebilirlik şerhi alabilir. Böylece arabuluculuk anlaşmasını ilamlı icraya konu edebilirler.

A) Taşınmazlar Bakımından

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlığı çözüme kavuşturan anlaşmada taşınmaz malların aynına ilişkin hükümler varsa taşınmazın aynına ilişkin anlaşmanın icra yoluyla infazı mümkün olmadığından şerh istemi kabul görmecektir. Bu sözleşmeler tapu memuru önünde ikrar edilmedikçe ve mahkeme önünde sulhe çevrilip karara bağlanmadıkça doğrudan devir sonucu doğurmaz. Bu nedenle sözleşmeye uyulmaması halinde niteliği itibarıyla inanç sözleşmesi olan arabuluculuk anlaşmasına dayanarak tapu iptal ve tescil davası açılabilir. Bu itibarla taşınmazlar yönünden anlaşmalara icra edilebilirlik şerhi verilmeyeceğinden yetkili ve görevli mahkemenin hangisi olacağını tartışmaya gerek yoktur.

B) Taşınırlar Bakımından

1. Görevli Mahkeme:

HMK. m. 4/b uyarınca taşınırların paylaşılmasına ve bunlar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin davalara sulh hukuk mahkemeleri bakmakla görevlidir. Bu nedenle ister dava açmadan isterse dava sırasında arabuluculuk yoluna gidilmiş olsun, eğer arabuluculuk anlaşmasındaki edimlerin icra kabiliyeti varsa HUAK m. 18 gereğince verilecek şerh sulh hukuk mahkemesinden talep

edilir. Örneğin (otomobil gibi) sicile kayıtlı taşınırın mülkiyetinin devrine ilişkin anlaşma icra edilebilir olmadığından, devre ilişkin inanc sözleşmesine uyulmaması halinde dava açılması gerekir. Fakat mobilya, ziynet eşyası, mutfak gereçlerine ilişkin anlaşma bir menkul malın teslimine ilişkin olduğundan buna ilişkin anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi istenebilir.

2. Yetkili Mahkeme:

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığına konu mal taşınır ise icra edilebilirlik şerhi arabuluculuk anlaşmasına taraf olanlardan birisinin ikametgâhı sulh hukuk mahkemesinden istenebilir. Hem taşınıra hem de taşınmaza ilişkin hükümler içeren arabuluculuk anlaşmasına yalnızca taşınır mallar bakımından -yetkili ve görevli mahkemede- şerh verilebilir.

VIII. Varılan Anlaşmanın Niteliği

Arabuluculuk anlaşması, arabulucunun katılımının gerekli olması nedeniyle nitelikli adi yazılı şekle tabi, bir veya birden çok tarafa borç yükleyebilecek bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu sözleşmenin konusu bir paranın ödenmesine, bir eşyanın mülkiyet hakkını geçirilmesine ve teslimine, bir işin yapılmamasına ya da yapılmamasına ilişkin olabilir. Daha özel bir nitelemeyle icra edilebilir olmayan ve fakat bir eşyanın mülkiyetinin devrine ilişkin arabuluculuk anlaşması ise inanc sözleşmesi olarak nitelenebilir. Bu sözleşmenin borçlusunu ayrı bir işlem ile mülkiyeti devretmeyi borçlanır.

Arabulucu varılan anlaşmanın niteliği hakkında tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak bu bilgilendirme sürecin başında özet bir şekilde yapılmalıdır. Yoksa ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında varılabilecek muhtemel anlaşma türleri ve bunun sonucunda elde edilebilecek belgenin niteliği hakkında “ayrıntılı açıklama yapmak”, hukuki mütalaa olarak değerlendirilebileceği gibi, tarafları istek ve menfaatlerine uygun olmadığı halde kısa yollara ve garantili görünen çözüme yöneltebilir. Bu da süreçteki seçenekleri sınırlayabileceği gibi hayatın olağan akışına uygun bir anlaşma yerine tarafları tatmin etmekten uzak anlaşmaya imza atılmasına neden olabilir. Bu nedenle arabulucunun başlangıçta yaptığı açıklamaya ek olarak anlaşmanın niteliği hakkında yapacağı açıklamaları seçenekler ve üzerinde anlaşılacak konular netleştikten sonra ve taraflar bunları anlaşma haline getirmek istedikleri aşamada yapması uygun olur.

IX. İcra Edilebilirlik Şerhi Alınan Anlaşmanın Niteliği ve İlamdan Farkları

İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşması hala bir özel hukuk sözleşmesidir. Bir mahkeme kararı değildir. İcra edilebilirlik şerhinin anlaşmaya kazandırdığı tek nitelik, ilamlı icraya konu edilebilmesidir. Yoksa şerh almış anlaşma ilamlı icraya konu edilebilmesi dışında usul hukukunda ilamlara tanınan hiçbir işleme konu olamaz. Örneğin şerh alınması arabuluculuk anlaşması ile kesin hüküm itirazında bulunma olanağı vermez.

X. Varılan Anlaşmaya Uyulmamasının Sonuçları ve İcra Kabiliyeti Olmayan Edimler Bakımından “Yedek Edim”

Varılan anlaşmaya uyulmaması halinde icra edilebilirlik şerhi alabilmiş anlaşma ilamlı icraya konu olur. İcra edilebilirlik şerhi alınamayan anlaşmalar bakımından ise dava açılması gerekir. Açılacak davada arabuluculuk anlaşması senet niteliğinde olacağından davayı ispat etmede başlı başına yeterli olacaktır.

Çalışma boyunca bahsedildiği üzere gerek taşınmazlar gerekse sicile kayıtlı taşınırların icra dairesi marifetiyle teslim ve tescili mümkün değildir ve bu anlaşmalara icra edilebilirlik şerhi alınamaz. Bu durumda dava açmaya gerek kalmaksızın uyuşmazlığı sonlandırmanın bir yolu olarak arabuluculuk anlaşmalarında, üzerinde anlaşılan fakat icra kabiliyeti olmayan edimlerin ifa edilmemesi halinde uygulanmak üzere, yedek edim(ler) belirlenebilir. Örneğin bir taşınmazın belirli bir tarihe kadar tapuda devrini borçlanan tarafın bunu yapmaktan kaçınması halinde, borçlunun belirli bir tutarda para ödeyeceği kararlaştırılabilir. Para icra edilebilir bir edim olduğundan, ilk edimin yerine getirilmemesi üzerine yedek edim için icra edilebilirlik şerhi alınabilir ve anlaşma bu bakımdan ilamlı icraya konu edilebilir.

XI. Arabuluculuk Yoluyla Ortaklığın Giderilmesinde Arabulucunun Ücreti

(Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi) Arabuluculuk ücretinin sınırları

MADDE 3 – (1) Arabuluculuk ücreti Tarifede yazılı miktardan az olamaz. Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı takdirde arabuluculuk ücreti, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirlenir.

Ortaklığın giderilmesinde müşterek ve elbirliğiyle malik olanların mal üzerindeki hakları eşit olmayabileceğinden arabulucu ücretinin her taraftan eşit alınması arabuluculuk sürecini taraflar arasında yeni bir uyuşmazlığa neden

olarak sürecin zorlaşmasına neden olabilir. Bu nedenle tarifedeki “aksi kararlaştırılmadıkça hükmüne istinaden”, taraflar ile arabulucu arasındaki ücret sözleşmesinde miras şirketi bakımından, mirasçılık belgesini diğer hallerde mülkiyet oranını esas alan bir sözleşme yapılması taraflar adil olacaktır. Yararlandığım yabancı kaynaklara yansımış tecrübeler de çok taraflı uyuşmazlıklarda tarafların uyuşmazlığa olan katkıları değerlendirilmeden hepsinden eşit ücret alınmasının sürece zarar verdiği yönündedir. Tür uygulaması bakımından da bir dava açılmış olsaydı yargılama giderlerine tarafların payları oranında hükmedilecek olması da önerdiğim çözümü destekleyecek bir örnektir.

(Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi) Arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu ile yürütülmesi

MADDE 4 – (1) Aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, ücret miktarları aynı olmak üzere, her bir arabulucuya ayrı ücret ödenir.

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin ikinci Kısımında, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukuki uyuşmazlıkların dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının sağlanmasında arabulucuya ödenecek ücret çeşitli kademelerde, bir arabulucu görev yaparsa toplam %6'dan, birden fazla arabulucu görev yaparsa toplam %9'dan başlayıp azalan oranlarda belirlenmiştir. Ortaklığın giderilmesinde her davacı aynı zamanda davalıdır yani uyuşmazlık çift taraflıdır. Özellikle tarafların sayısının fazla olması halinde her bir tarafın toplam arabulucu ücretinin taraf sayısına bölünmesi suretiyle belirlenecek ücreti ödemesi yukarıda açıklanan nedenlerle doğru olmaz. Bu durumda tarifede toplam ücret olarak düzenlenen örneğin asgari %6'nın taraflar arasında payları oranında belirlenmesi uygun olacaktır.

XII. Arabuluculuk Yoluyla Ortaklığın Giderilmesinde Avukatlık Ücreti

HUAK'ın yürürlüğe girmesinden sonra AAÜT m. 16'da yapılan değişiklikle getirilen “arabuluculuk, ... anlaşmalarından doğacak avukatlık ücreti uyuşmazlıklarında işbu tarifede yer alan hükümler uyarınca saptanacak miktarlar, akdi avukatlık ücretinin asgari değerlerini oluşturur” hükmü, avukatların ücret kaygılarını azaltabilecek bir yeniliktir. Fakat avukatların, arabuluculuk sürecinde kazanç kaygısı yaşamadan uyumlu çalışabilmeleri için, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi ihtimalini de dâhil ettikleri ücret sözleşmeleri yapmaları yerinde olacaktır. Zira Ortaklığın giderilmesi ve taksim davaları için AAÜT'nin ikinci kısmında belirlenen ücret bugün için 1.500 TL'dir. Taraflar arasında sözleşme olmaması halinde uygulanacak bu tamamlayıcı nitelikteki

kuralın yürürlüğe girmemesi için avukatlık ücret sözleşmesinde arabuluculuk sürecinde verilecek hizmet için makul bir ücret belirlenmesi yerinde olacaktır.

XIII. Çok Taraflı Uyuşmazlıklarda Arabulucuların Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

Uyuşmazlığın çözümünde birden çok arabulucu görev alabilir. Böyle bir durumda tarafların kaç arabulucu görev alacaksa tamamı üzerinde mutabık olmaları gerekir. Üzerinde anlaşılan arabulucuların daha önce birbirini tanıyan ve birlikte çalışmış olmaları aralarındaki iletişimi kolaylaştıracağından süreci daha etkin yönetmelerini sağlar.

Çok taraflı uyuşmazlıklarda ciddi bir organizasyon yapılması gerekir. Özel ve ayrı görüşme için uygun ortam ayarlanmalıdır. Bürosu küçük, oda sayısı yetersiz arabulucular daha geniş görüşme ortamı hazırlamalıdır. Örneğin otellerin toplantı salonlarından yararlanmayı düşünebilirler.

Çok taraflı uyuşmazlıklarda gizlilik her zamankinden fazla önem taşır. Çünkü gizlilik hata ve dikkatsizlik gibi anlık gelişen nedenlerle kolaylıkla ihlal edilebilir. Bu kapsamda görüşmelerde tutulan notların güvenliği çok önemlidir. Her taraf için farklı renklerde not kağıtları ve farklı dosya kullanılarak hata riski azaltılabilir.

Her oturumdan önce arabulucunun tarafların durumuna uygun soru ve yaklaşımı belirlemek için ciddi bir hazırlık yapması gerekir. Tarafların su yüzünde görünen uyuşmazlıkları ile altta yatan uyuşmazlıkları aynı olmayabilir. Temel uyuşmazlığın tespit edememek ise süreci başarısızlığa götürebilir. Bu nedenle etkin dinleme ve açık uçlu sorularla gerçek uyuşmazlık nedenleri her bir taraf bakımından ortaya çıkarılmalı ve ilgili taraflar arasında eşleştirilmelidir.

Her uyuşmazlıkta olduğu gibi ortaklığın giderilmesinde de bütün tarafları harekete geçiren karar verici paydaşlar olacaktır. Bu kişiler süreç üzerindeki karar vericilik işlevinden vazgeçmemek ve güçlerini sergilemek sürece zarar verebilecek davranışlarda bulunabilirler. Bu kişilerin girişimlerinin sürece zarar vermesini engellemek için sistematik yöntemler kullanılmalıdır. Bu amaçla en sık kullanılan çerçeveleme yöntemi iletişimi temizlemede yararlı olacaktır. Ek olarak arabulucu, taraflarla ayrı görüşerek bahsedilen etkiyi azaltabilir.

Yine her ne kadar taraf sayısı fazla olsa da uyuşmazlığın tarafı olmadığı halde süreç üzerinde etkisi olan kişiler olabilir. Bunlar paydaşların eşleri ve çocukları olabilir. Arabulucuda tarafların bazılarında kendi iradeleri ile karar alamadıkları izlenimi doğarsa özel bir görüşmede ilgili taraf ve onun kararında söz sahibi

olanlar bir araya getirilerek bu kişilerin taraf üzerindeki etkisi ve nedenleri ortaya çıkarılabilir, böylece engeller de ortadan kaldırılabilir. Bu sayede uyuşmazlığın tüm bileşenleri sürece dahil edilmiş olur. Tecrübesiz arabulucuların genellikle uyuşmazlıkta ve karar vermede etkisi olan yan bileşenleri atladıkları ya da yeterince önemsemedikleri ifade edilmektedir.

Tarafların duygularını ifade etmelerine izin verilmelidir. Aksi halde yıllardır birikmiş gerginlikleri ifade fırsatı bulamayan taraflar süreci kısa tutma ve sonlandırma eğilimine girebilirler. Çünkü içinde buldukları uyuşmazlığa muhtemelen o güne kadar isteklerine değer verilmemesi neden olmuş olabilir. Bu nedenle çok taraflı uyuşmazlıklarla ilgilenen tecrübeli arabulucuların esas uyuşmazlığın görüşülmesinden önce tarafların uyuşmazlığı görüşmesini ve iletişim kurmalarını engelleyen konulara odaklandıklarını, iletişimde belli oranda iyileşme ve akışkanlık temin edildikten sonra esas uyuşmazlık hakkında görüşmeleri başlattıklarını görüyoruz.

Arabulucunun tarafların müzakere temposuna müdahale etmesi doğru değildir. Bu nedenle çözümü hızlandırmak adına acele etmek ya da gerekmediği halde süreci yavaşlatmak çok taraflı arabuluculuğu kontrolden çıkarabilir. Bu nedenle arabulucu tarafların temposuna uyum sağlamalı ve bozmamalıdır.

Arabulucunun aktif davranması gereken hallerde pasif ve suskun kalması tek başına başarısızlığa neden olabilir. Yine kontrolü kaybetmemek adına birden fazla arabulucu ile sıkı bir şekilde takip edilen arabuluculukta da taraflar kendilerini aşırı kontrol altında hissedeceklerinden süreci sahiplenmekte sorunlar yaşayabilirler. Bu nedenle arabulucunun süreci yönetirken göstereceği aktivitenin düzeyini iyi belirlemesi bunu yaparken de hislerine güvenmesi gerekebilir. Arabulucu taraflarla uğraşmaktan uyuşmazlık ile ilgilenemez halde ise yardıma ihtiyacı var demektir. Bu durumda sürecin birden fazla arabulucu ile yürütülmesi gerekir. Hatta arabulucular tarafları gruplara bölerek görüştürebilir. Bu durumda arabulucu ekibi kendi arasında devamlı iletişimde kalarak gruplardaki durumu değerlendirebilirler.

