



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Gözde EDALİ

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Gözde EDALI

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Gözde EDAL'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı): Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ARAT (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Kürşat KARAUZ (İmza)

Tez Başlığı: Ortaklığın Giderilmesi Davası

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 28/09/2018

Mezuniyet Tarihi : 01/11/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ortaklığın Giderilmesi Davası” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımca yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Gözde EDALİ



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Gözde EDALI
Öğrenci Numarası	20155225010
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	Ortaklığın Giderilmesi Davası
Turnitin Ödev Numarası	1022265158

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 73 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 18/10/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 14

alıntılar dahil % 14'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

18/10/2018

(imza)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	iv
ÖZET	v
SUMMARY	vi
ÖNSÖZ	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM BİRLİKTE MÜLKİYET

1.1. Birlikte Mülkiyet Kavramı.....	2
1.1.1. Mülkiyet Türleri	5
1.1.2. Elbirliği Mülkiyeti	6
1.1.2.1. Elbirliği Mülkiyetinin Kuruluşu	8
1.1.2.2. Elbirliği Mülkiyet Halleri	8
1.1.2.2.1. Miras Ortaklığı.....	8
1.1.2.2.2. Adi Şirket.....	8
1.1.2.2.3. Genel Mal Ortaklığı	9
1.1.2.2.4. Aile Malları Ortaklığı	9
1.1.2.3. Elbirliği Mülkiyetinin Sona Ermesi	10
1.1.3. Paylı Mülkiyet	10
1.2. Paylı Mülkiyetin Tanımı	10
1.3. Paylı Mülkiyetin Unsurları Hata! Yer işareti tanımlanmamış	11
1.4. Paylı Mülkiyetin Hukuki Niteliği	12
1.5. Paylı Mülkiyetin Elbirliği Mülkiyetinden Ayırt Edilmesi	13
1.6. Paylı Mülkiyetin Kuruluşu.....	14
1.7. Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler	15
1.7.1. Paydaşın Kendi Payı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi	15
1.7.2. Paylı Malın Yönetimi ve Tasarrufu	16
1.7.3. Paylı Maldan Yararlanma, Paylı Malı Kullanma ve Koruma	18
1.7.4. Giderlere Katılma ve Yükümlülükler	21
1.7.5. Paylı Mülkiyette Yasal Önalım Hakkı.....	21
1.8. Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Kavramı	23
1.8.1. Sadece Belirli Paydaşlar İçin Sona Ermesi	23
1.8.2. Bütün Paydaşlar için Sona Ermesi	25
1.8.2.1. Kat Mülkiyetine Çevrilmesi Suretiyle Sona Ermesi	26
1.8.2.2. Elbirliği Mülkiyetine Çevrilmesi Suretiyle Sona Ermesi	26
1.8.2.3. Kamulaştırma ve Yok Olması.....	27

1.8.2.4. Mülkiyet Hakkının Terki	30
1.8.2.5. Mülkiyet Hakkının Devri	30

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

2.1. Paylı Mülkiyetin Konusu Eşyanın Paylaşılması	31
2.1.1. Rızai Paylaşım	32
2.1.2. Kazai Paylaşım	32
2.2. Aynen Paylaşma (Taksim)	33
2.3. Paraya Çevirme Yoluyla Paylaşma (Nakden Taksim)	39
2.4. Kat Mülkiyetine Çevirme Yoluyla Paylaşma	39
2.5. Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği Haller	41
2.5.1. Paylı Malın Sürekli Bir Amaca Özgülenmiş Olması	42
2.5.2. Sözleşme ile Sınırlandırma	43
2.5.3. Uygun Olmayan Zaman	44
2.5.4. Kat Mülkiyetinden Kaynaklı Sınırlama	44
2.6. Paylaşma Durumunda İntifa Hakkı Sahibinin Durumu	45

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASININ İCRASI

3.1. Davanın Usul Hükümleri Yönünden İncelenmesi	46
3.1.1. Görevli Mahkeme	46
3.1.2. Yetkili Mahkeme	46
3.1.3. Davacı Sıfatı	46
3.1.4. Davalı Sıfatı	51
3.1.5. Bekletici Mesele	52
3.1.6. Arabuluculuk	53
3.2. Davanın Sonucu Verilebilecek Kararlar	55
3.3. Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları	56
3.3.1. Olağan Kanun Yolları	56
3.3.1.1. İstinaf Kanun Yolu	56
3.3.1.2. Temyiz Kanun Yolu	56
3.3.2. Olağanüstü Kanun Yolları	57
3.3.2.1. Kanun Yararına Temyiz	57
3.3.2.2. Yargılamanın İadesi (Yenilenmesi)	58
3.4. Dava Harçları, Yargılama Giderleri ve Vekalet Ücreti	58
3.4.1. Dava Harçları	58

3.4.2.	Yargılama Giderleri	59
3.4.3.	Vekalet Ücreti	60
3.5.	Genel Olarak	61
3.6.	Satış Memurluğu	61
3.7.	Satış İşlemi	62
3.7.1.	Taşınırların Satışı	62
3.7.1.1.	Arttırmaya Hazırlık	62
3.7.1.1.1.	Arttırma İlanı	62
3.7.1.1.2.	Arttırma Şartnamesi	63
3.7.1.1.3.	Arttırmanın Yapılması	63
3.7.1.1.4.	Arttırmanın Sonuçları	64
3.7.2.	Taşınmazların Satışı	64
3.7.2.1.	Arttırmaya Hazırlık	64
3.7.2.1.1.	Arttırma İlanı	65
3.7.2.1.2.	Arttırma Şartnamesi	65
3.7.2.1.2.1.	Mükellefiyetler Listesi	66
3.7.2.1.2.2.	Kıymet Takdiri	66
3.7.2.1.3.	Arttırmanın Yapılması	66
3.7.2.1.4.	Arttırmanın Sonuçları	67
3.8.	İhalenin Feshi	68
3.8.1.	İhalenin Feshi Nedenleri	68
3.8.2.	İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler	69
3.8.3.	İhalenin Feshini Talep Süresi	69
3.8.4.	İhalenin Feshinde Görevli ve Yetkili Mahkeme	70
3.8.5.	İhalenin Feshi Talebinin Kabulü ve Reddi	70
3.9.	Paraların Paylaştırılması	71
SONUÇ		72
KAYNAKÇA		73
ÖZGEÇMİŞ		77

KISALTMALAR LİSTESİ

AY.	:Anayasa
c.	:cümle
E.	:Esas
HD.	:Hukuk Dairesi
HMK.	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK.	:İcra İflas Kanunu
K.	:Karar
KMK.	:Kat Mülkiyeti Kanunu
md.	:madde
s.	:sayfa
TBK.	:Türk Borçlar Kanunu
TCK.	:Türk Ceza Kanunu
TDK.	:Türk Dil Kurumu
TMK.	:Türk Medeni Kanunu
vd.	:ve devamı

ÖZET

Çalışmamızın konusu ‘‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’’dır. Bu kapsamda öncelikle birlikte mülkiyet kavramı ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Birlikte mülkiyet çeşitleri olan paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti birinci bölümde açıklanmıştır. İkinci bölümde ise ‘‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’’ paylı mülkiyetin sona erme biçimlerinden biri olarak somut olaylar çerçevesinde teorik bilgiler ışığında ele alınmış ve bu bağlamda paylaşım türleri incelenmiştir. Başta aynen paylaşma olmak üzere, paraya çevirme yoluyla paylaşma ve kat mülkiyetine çevirme yoluyla paylaşma halleri bu kısımda işlenmiştir. Son kısımda ise; ‘‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’’ usul hükümleri yönüyle ele alınmış, davanın açılışından sonuçlanmasına, bu esnada yapılan yargılama ve usul işlemlerine, gerekçeli karar yazımı ile yargılama masraflarına ve sonuç olarak davanın icrası kısmına değinilerek tez sonuçlandırılmıştır.

Tezimiz amaçlarından biri de elbirliği mülkiyeti hallerinde maliklerden birinin alacaklısına verilen ortaklığın giderilmesi davası açma yetkisinin, diğer malikler için aleyhe sonuç doğurabildiğini göstermek ve öncelikle mümkünse elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davası (yani iştiragin feshi davası) açma yetkisinin alacaklıya verilmesi gerektiği hususuna dikkat çekmektir.

Anahtar Kelimeler: Ortaklığın Giderilmesi Davası, İzale-i Şüyu Davası, Mülkiyet, Elbirliği Mülkiyeti, Paylı Mülkiyet.

SUMMARY

ELIMINATING THE CASE OF THE PARTNERSHIP

The thesis subject is “The Case of Elimination of Joint Ownership”. In this context, firstly the concept of co-ownership is discussed in detail. As types of co-ownership, common ownership and joint ownership are explained in the first chapter. In the second part, “The Case of Elimination of Joint Ownership” is considered in the light of the theoretical information and within the frame of concrete cases as one of the termination forms of the common ownership, in this context the types of partition are examined. At firstly the partition in kind, partition through money and partition through conversion to flat ownership are discussed in this section. In the last part, “The Case of Elimination of Joint Ownership” is discussed in accordance with the provisions of the procedure and trial and procedure proceedings, reasoned decision in writing, litigation costs in the process up to the conclusion of the case, finally the thesis is concluded by referring to the execution of the case. Main aims of the thesis is to show that the power of litigation for the case of elimination of joint ownership in the circumstance of joint ownership may have adverse consequences for other owners and to draw attention to the fact that, if possible, the power of litigation for conversion of the joint ownership into common ownership (the dissolution of the subsidiary) should be given to the creditor.

Keywords: The Case of Elimination of Joint Ownership, Suit of Partition, Ownership, Joint Ownership, Common Ownership

ÖNSÖZ

Tezimizin konusu ‘‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’’dır. Sonuç kısmında ortaklığın giderilmesi davasında alacaklıya verilen dava açma yetkisi incelenmiştir. Bu kapsamda mülkiyet ve birlikte mülkiyet kavramı ilişkin olarak temel konudan başlanarak genel bilgiler verilmiş, elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet kapsamlı olarak incelenmiştir. Tezin ikinci bölümünde, ortaklığın giderilmesi davası kapsamlı olarak açıklanmış; usule ve icrasına ilişkin hususlar ise son bölümde işlenmiştir.

Gözde EDALI

Antalya, 2018

GİRİŞ

Konunun Amacı

Ortaklığın giderilmesi davası, kendine has özellikler içeren, birçok dava türünden farklı usul uygulamalarına tabi ve esas itibariyle, birlikte mülkiyetin en güzel örneklerinden birini oluşturan dava türüdür. Konumuzun amacı tüm bu özellikleri ayrıntılı bir şekilde anlatmak, anlaşılır kılmak ve sonuçları itibariyle mülkiyet hakkının sahipleri açısından önemini vurgulamaktır.

Konunun Önemi

Ortaklığın giderilmesi davası, birlikte mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkindir. Bu dava neticesinde birden çok malik, birlikte sahip oldukları mülkiyet hakkını sona erdirerek ferdi mülkiyete geçerler. Bu yönüyle, elbirliği mülkiyetinde ortakların; paylı mülkiyette ise paydaşların, evrensel ve mutlak bir aynı hak olan mülkiyet haklarının doğrudan etkilenmesi konunun önemini göstermektedir.

Konunun Hukuktaki Yeri

Ortaklığın giderilmesi davası, Türk Hukuk sistemimizde özel hukuk alanında Medeni Hukuk kapsamında kalmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesi ve devamındaki maddelerde esasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Usul hükümleri yönünden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu; icrası yönünden ise 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlemelere yer verilmiştir.

Konunun Sınırlandırılması

Konumuz hukuk sistemimizdeki önemi itibariyle oldukça geniş kapsamlıdır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikli olarak birlikte mülkiyet başlığı altında elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet konuları işlenmiş, ayrıntılarıyla izah edilmiştir. İkinci bölümde; çalışmamızın başlığını oluşturan ‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’ TMK md. 698 vd. maddeler çerçevesinde esasa ilişkin olarak incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise usuli ve icrai hükümler kapsamında çalışmamız işlenmiş ve bu şekilde sınırlandırılarak işbu çalışma oluşturulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE MÜLKİYET

1.1. Birlikte Mülkiyet Kavramı

Mülkiyet sözcüğü Arapça kökenli bir kelime olup ‘mulkiyyet’ kelimesinden dilimize girmiştir¹. Kelime anlamı sahipliktir. Arapça kökenlidir ve ‘mulk’ sözcüğünden türemiş² olup, sözlük anlamı itibariyle taşınmaz mal anlamına gelir³. Ancak biz bunu genel anlamı itibariyle üzerinde sahiplik kurulan şey, eşya olarak nitelendirebiliriz. Zira mülkiyet kavramı hem taşınır hem taşınmaz mallar için geçerli bir kavramdır.

Mülkiyet kavramı insanla doğa arasındaki zorunlu ilişkiden doğmuştur. İnsanın hayatta kalma çabasında sahip olması gerekenler vardır. Yaşama arzusu insanda sahiplik isteğini ortaya çıkarır. İnsanın sosyal bir varlık olması sebebiyle de mülkiyet hakkı ile insan ilişkisi sosyal bir ilişkidir⁴.

Mülkiyet kavramı veya mülkiyet hakkı genel olarak 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda tanımlanmış değildir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı mutlak bir ayni haktır. Aynı hakkın ne olduğuna ilişkin olarak doktrinde tartışmalar neticesinde başlıca üç görüş ortaya çıkmıştır. Bunlar klasik görüş, şahısçı (personalist) görüş ve telifçi modern görüştür⁵.

Klasik görüşe göre; aynı hak bir şey üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan haktır. Bu görüşte hukuki ilişki eşya ile kişi arasında kurulur⁶.

Klasik görüşün savunduklarının mümkün olamayacağını, hukuki ilişkinin ancak kişiler arasında olabileceğini iddia edenler ise şahısçı görüşü ortaya atmışlardır. Buna göre aynı hak; bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen haktır. Bu görüşte olanlar, aynı hakkın bundan haberi olmayan tüm insanlara karşı ileri sürülebileceğini iddia ederler. Ancak bu görüş de kabul görmemiştir⁷.

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.597f74df26e509.31607554, (erişim tarihi: 15.01.2018)

² Tuğrul, 2004: 3.

³http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.597f74e65b2b79.31022186, (erişim tarihi: 15.01.2018)

⁴ Tuğrul, 2004: 3.

⁵ Ünal ve Başpınar, 2017: 11, 12, 13.

⁶ Oğuzman vd., 2016: 3.

⁷ Oğuzman vd., 2016: 3.

Fransız hukukçu Josserand tarafından “Bir kimsenin mülkiyet hakkı karşısında kırk milyon Fransızın ve hatta diğer milletlere mensup bütün fertlerin borcundan bahsetmek hukuki bir garabettir” denilerek şahıscı görüş eleştirilmiştir⁸.

Sonuçta her iki görüş harmanlanmış ve telifçi-modern görüş ortaya çıkmıştır. Bu görüşe göre aynı hak, sahip olunan şey üzerinde malike doğrudan doğruya hakimiyet yetkisi veren ve herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır⁹.

Mülkiyet hakkı, Anayasa’da yer alan ve negatif statü hakları¹⁰ olan “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlığı altında 35. maddede¹¹ düzenlenmiştir. Bu hak sınırlamalara uymak şartı ile kişiye bir mal üzerinde istediğini yapma hakkını ve tasarruf etme yetkisini verir¹².

Devletler Hukuku Enstitüsünün 1892 yılında Cenevre’de yaptığı toplantısında kabul edildiği gibi “bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kimse”¹³ ve bulunduğu ülkeye tabiiyet bağı ile bağlı olmayan¹⁴ şeklinde tanımlanan yabancıların da mülkiyet hakkı vardır. Ancak bu noktada devletlerin karşılıklı olarak özel bir hakkı vatandaşlarına tanımaları¹⁵ anlamına gelen mütekabiliyet devreye girer. Örneğin; İtalyan Medeni Kanunu’nun 16. maddesine göre; yabancılar ve yabancı tüzel kişiler, özel düzenlemelerle aksi öngörülmedikçe, İtalyan vatandaşlarına tanınan medeni haklardan karşılıklılık ilkesi çerçevesinde faydalanabilmektedirler.¹⁶

Temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesi¹⁷ mülkiyet hakkı için de geçerlidir¹⁸. Anayasa md.13’de yer alan temel hak ve hürriyetlerin

⁸ Oğuzman vd., 2016: 3.

⁹ Ünal ve Başpınar, 2017: 14.

¹⁰ Nohutçu ve Ündal, 2013: 90.

¹¹ ‘Mülkiyet hakkı

Madde 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.’

¹² Özaykut, 2014: 1. Reisoğlu, 1970: 12.

¹³ Levi, 2006: 17.

¹⁴ Doğan, 2010: 37.

¹⁵ Orman, 2012: 4.

¹⁶ Akyol, 2012: 91-92.

¹⁷ *Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*

Madde 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.’

¹⁸ Marmaris 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 11.maddesinin 1. Fıkrasının 2. Cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı gerekçesi ile yapmış olduğu başvuruya yönelik olarak Anayasa Mahkemesi’nin 28.12.2016 tarihli 2016/49 Esas, 2016/200 Karar sayılı kararında; “İtiraz konusu kurala konu birinci derece arkeolojik sit alanlarının zilyetlik yoluyla iktisap edilemeyeceğine ilişkin bu kısıtlama, Anayasa’nın 63. maddesiyle Devlete bir ödev olarak yüklenen kültür ve tabiat varlıklarını korumayı hedeflediğinden, müdahalenin meşru bir amaca dayandığı ve kamusal yarar amacıyla yapıldığı açıktır. Zilyetlerin, mülkiyet hakkını kazanacakları yönündeki meşru beklentilerine yapılan müdahale ile kamusal yararı gerçekleştirmeye ilişkin amacın orantılı olduğu şüphesizdir. Ülkemiz ve hatta aralarında bütün insanlığın ortak mirası kabul edilen evrensel değerlere sahip bulunan kültür varlıklarının, korunması amacıyla birinci derece arkeolojik sit alanlarının zilyetlikle kazanılamamasının, belirtilen amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli

sınırlandırılmasına ilişkin genel düzenleme, yine Anayasa md.35'in 2. cümlesinde mülkiyet hakkına ilişkin olarak özel haliyle karşımıza çıkar. Madde metninden anlaşıldığı üzere mülkiyet hakkı ancak kamu yararı sebebiyle ancak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bunun tipik örneği ise, kamulaştırmadır¹⁹. Kamulaştırma, özel mülkiyete tabi taşınmazların mülkiyetlerinin cebren idareye geçirilmesi yöntemi olarak tanımlanabilmektedir²⁰.

AY. md.13'de bahsi geçen ölçülülük ilkesi, sınırlamada kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını, sınırlamanın amacı bakımından gerekli olmasını ve sınırlama amacı ile sınırlama aracının arasında uygun bir oran, ölçü olması anlamına gelir. Hakkın özünden anlaşılması gereken ise, vazgeçilmez unsur, dokunulduğunda hakkın anlamsız kılacak temel çekirdektir. Bir diğer kavram ise demokratik toplum düzeninin gerekleridir. Bu kavramda kanunla yapılan sınırlama da söz konusu olmakla birlikte, Anayasa'nın bütünlüğü ve tüm hükümleri arasındaki uyum gözetildiğinde Anayasa'da yapılacak sınırlamalarda da etkili olur.²¹ Bu konu, ilerleyen aşamalarda yer alan paydaşlardan birinin paylaşmayı isteme hakkı ile diğer paydaşların mülkiyet hakkının kısıtlanması yönünden önem arz etmektedir.

olduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmediği anlaşılmaktadır.'' Şeklinde karar verilerek mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kanun metninin Anayasa'ya aykırılık içermediği karara bağlanmıştır. Kayseri 5. Aile Mahkemesi'nin, 4721 Sayılı TMK md.229/2-4'de yer alan, kişisel malların gelirlerinin, edinilmiş mal sayılmasının anayasaya aykırılık teşkil ettiğine yönelik başvurusu neticesinde; Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.2016 tarihli 2016/36 Esas, 2016/187 Karar sayılı kararında; '' Kuralın, kişisel malların evlilik birliği içinde elde edilen gelirleri üzerinde diğer eşe yarı oranında hak tanımak suretiyle mülkiyet hakkına müdahalede bulunduğu anlaşılmaktadır. Kuralla, kişisel malların gelirlerinin eşler arasında paylaşılması öngörülmek suretiyle bu hakka müdahalede bulunulmuş ise de malikin kişisel mallarının gelirleri üzerindeki mülkiyet hakkının tamamı hukuken ortadan kaldırılmadığından hakkın özüne dokunan bir müdahale bulunmamaktadır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken bu müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı, söz konusu kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır. '' Ve '' Öte yandan, edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin 4721 sayılı Kanun'da belirlenen mal rejimlerinden herhangi birini, mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle belirlemedikleri durumda geçerli olacak olan yasal mal rejimidir. Kanun koyucu, evlilik kurumuna verdiği önem çerçevesinde eşlerin mal rejimi belirlemediği durumlarda hukuki bir boşluk oluşmasının önüne geçmek amacıyla takdir yetkisi kapsamında bir tercihte bulunmuş ve bu durumda geçerli olacak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye usulünde kişisel malların gelirlerini edinilmiş mal olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, eşlerin, söz konusu yasal mal rejimini, evlilik birliğinden önce ve/veya evlilik birliği devam ederken mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir mal rejimi kabul etmek suretiyle değiştirilebilmelerini ve edinilmiş mal rejimine devam ederken Kanunun 221. maddesinde açık bir şekilde ifade edildiği gibi kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını kararlaştırabilmelerini de mümkün kılmıştır. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin makul ve kabul edilebilir olduğu açıktır. Dolayısıyla kuralda demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. '' Denilerek sınırlandırma Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

¹⁹ Anayasa 'D. Kamulaştırma

Madde 46. – (Değişik: 3.10.2001-4709/18 md.) Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. ''

²⁰ Gözler, 2010: 706.

²¹ Özbudun, 2009: 113-114-115.

Bir malın üzerindeki mülkiyet hakkı bir kişiye ait olabileceği gibi birden fazla kişiye de ait olabilir. İlk halde tek kişi mülkiyeti vardır. İkinci halde ise birlikte mülkiyet söz konusudur²². Burada hak sahibinin sayısına göre bir ayırım vardır. Kamu mülkiyetinde eşyalar kişilere değil, topluma aittir. Özel mülkiyette ise mülkiyet hakkı topluma değil, kişilere aittir²³. Yani hak sahibi özel kişidir²⁴.

1.1.1. Mülkiyet Türleri

Tek kişi mülkiyeti, diğer adıyla ferdi mülkiyet, bir mal üzerinde bulunan mülkiyet hakkının yalnızca tek bir kişiye ait olmasını ifade eder. Yani tek malik vardır. Bu malik gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olabilir²⁵.

Birlikte mülkiyet diğer bir deyişle toplu mülkiyet, birden fazla kişinin aynı eşya üzerinde aynı anda birlikte mülkiyet hakkına sahip olmasıdır. Bu mülkiyet türünde mülkiyet hakkına aynı anda birden fazla kişi sahiptir. Birlikte mülkiyet çeşitlidir: Paylı mülkiyet, Elbirliği mülkiyeti ve Kat mülkiyeti²⁶.

Medeni Kanunda birlikte mülkiyet (çok kişi-topluluk mülkiyeti²⁷) ikiye ayrılmıştır. Birden fazla kişi bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkında belirli oranlarda pay sahibi ise paylı mülkiyet; yine birden fazla kişi aralarındaki ortaklık nedeniyle bir eşyaya belirli oranlar ve paylar olmadan ortak bir şekilde malik ise elbirliği mülkiyeti söz konusu olur²⁸. Tereddüte düşülmesi halinde paylı mülkiyetin bulunduğu kabul olunur. Çünkü birlikte mülkiyette esas olan paylı mülkiyettir²⁹. Paylı mülkiyete Roma ve İslam Hukukunda da sıkça rastlanmaktadır. Zira elbirliği mülkiyetinin ortaya çıkması için ‘‘numerus clausus’’(tahdidilik ilkesi, kapalı sayı ilkesi) ilkesinin gerçekleşmesi gerekir. Buna göre mirasçılık veya kanunda belirtilen bir sözleşme bulunmalıdır³⁰.

Birlikte mülkiyet, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının tüzel kişiliğe ait olması durumundan farklıdır. Bu durumda mülkiyet hakkı, tüzel kişiliği (dernek, vakıf gibi) kuran kişilere değil, onların kurmuş oldukları tüzel kişiliğe aittir. Bireysel ve bağımsızdır. Bir gerçek ve tüzel kişinin malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı arasında temelde fark yoktur³¹.

²² Sirmen, 2016: 272.

²³ Oğuzman vd., 2016: 302.

²⁴ Esener ve Güven, 2012: 166.

²⁵ Ayan, 2013: 29.

²⁶ Akıntürk, 2009: 388.

²⁷ Ayan, 2013: 30.

²⁸ Sirmen, 2016: 272.

²⁹ Ayan, 2013: 30.

³⁰ Aybay ve Hatemi, 2012: 127.

³¹ Ayiter, 1983: 88-89.

Kat mülkiyeti, arsa ile ortak kullanıma tabi yerlerdeki mülkiyet payına bağlı özel bir mülkiyet çeşididir³². Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından kurulan bağımsız mülkiyet hakkıdır (KMK md.1/1). Kat mülkiyetinde birlikte ve tek kişi mülkiyeti birlikte bulunur. Anataşınmaz (arsa) birden fazla kişinin paylı mülkiyetindedir. Bu anataşınmaz üzerinde inşa edilen yapının katları veya bağımsız bölümleri ise tek kişi mülkiyeti uyarınca anataşınmazın paylı maliklerinin her birine aittir. Kat mülkiyeti mahiyeti gereği sadece taşınmazlarda söz konusu olur³³. Zira kat mülkiyetinin söz konusu olabilmesi için bir taşınmaz üzerinde birden fazla bağımsız bölüme sahip bir yapı bulunmalıdır. 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu md.1'de "... o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri... tarafından bağımsız mülkiye hakları kurulabilir." demekle kat mülkiyetinin sadece taşınmazlarda kurulabileceği vurgulanmıştır.

1.1.2. Elbirliği Mülkiyeti

Elbirliği mülkiyeti, birden fazla kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip olması durumunun bir başka çeşididir. Diğer adı iştirak halinde mülkiyettir. TMK 701. maddesine göre; kanun ya da kanunda öngörülen sözleşmeler gereğince oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Bu mülkiyet türünde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır (TMK md.701) Buna göre, elbirliği mülkiyeti ancak kanunun öngördüğü hallerde veya kanunun düzenlediği sözleşmeler dolayısıyla oluşabilecektir. Yani madde metni elbirliği mülkiyetinin oluşumunu bir açıdan sınırlandırmıştır. Elbirliği mülkiyetinde belirli payların olmadığı açıkça düzenlenmiştir ve bu husus elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyetten ayıran en önemli unsurdur. Bu nedenle burada paydaş kavramı da yoktur. Onun yerine ortak kavramı kullanılır. Buna göre maliklerin mülkiyet hakkı ortaklığın sahip olduğu tüm mallara yaygındır. Yukarıda paylı mülkiyette, belirlilik ilkesi gereği malvarlığı üzerinde paylı mülkiyetin kurulamayacağından bahsetmiştik ancak burada kanun metninin lafzi yorumundan da anlaşılacağı üzere bu söz konusu değildir. Zira zaten kanunun öngördüğü hallerin birçoğu malvarlığı değerleridir.

³² Oğuzman vd., 2016: 303.

³³ Akıntürk, 2009: 388.

Elbirliği mülkiyetinin hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı görüşler ileri atılmıştır. Bunlardan birincisi; "ne kadar pay değil, ne oranda pay" görüşüdür. Buna göre, her bir ortak, diğer ortakların aynı vafıa sahip haklarıyla sınırlı olarak, eşyanın tamamına maliktir³⁴.

İkinci görüşe göre ise; elbirliği mülkiyetinde de tıpkı paylı mülkiyetteki gibi maliklerin payları vardır. Ancak bu paylar üzerindeki tasarruf yetkisi bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu görüşün adı paylara bölünmüş paylı hak sahipliği görüřüdür³⁵.

Son olarak hukukumuzda kabul görmüş olan görüşe göre ise; elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliğinin olmadığına ve üzerinde mülkiyet kurulan malvarlığının ortaklığa değil, ortaklığı oluşturan her bir ortağın tamamına ait olduğuna ilişkin görüştür. Yani hakkın sűjesi ortaklık değil ortaklardır³⁶.

Elbirliği mülkiyetinde belirli bir pay yoktur ancak katılma payı (tasfiye payı) vardır. Bu kavram, ortaklığın dağılması halinde tasfiye paylaşma sonucunda oluşan malvarlığına ilişkin hak ve talepleri kapsar³⁷. Ortaklar aslında tasfiye sonucu oluşan değerler üzerinde katılma payına sahiptirler.

Paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyeti arasında oldukça önemli farklılıklar vardır. İlkinde paydaşlar arasındaki birlik, mülkiyetten kaynaklanmaktadır. Ancak elbirliği mülkiyetinde ortaklık mülkiyetten önce oluşmaktadır. Yani mülkiyete elbirliği mülkiyeti niteliğini, söz konusu bu ortaklık kazandırmaktadır.³⁸ Bu konu TMK'nın 702/3. bendinde yer alan; '...sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece, paylaşma yapılamaz...' ifadesinin anlaşılması noktasında önemlidir. Zira ortaklık devam ettiği müddetçe paylaşma yapılamayacak olup, paylaşmanın yapılabilmesi için öncelikle ortaklığın dağılması gerekmektedir. Bunun tek istisnası TMK md.642'de yer alan mirasçılarının, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebileceklerine ilişkin hükümdür³⁹.

Elbirliği mülkiyetinde yukarıda da bahsettiğimiz üzere tüzel kişilik yoktur. Zaten olsaydı mülkiyet tüzel kişiliğe ait olacağı için tek başına mülkiyet söz konusu olacaktı⁴⁰.

şunu da belirtmek gerekir ki, elbirliği mülkiyetinde TMK md.702/2 gereği; *kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir*. Yani kural oybirliği ile karar almaktır. Ancak bunun aksi kararlaştırılabilir.

³⁴ Eren, 2016: 130

³⁵ Eren, 2016: 130

³⁶ Eren, 2016: 130.

³⁷ Eren, 2016: 139-140.

³⁸ Oğuzman vd., 2016: 344.

³⁹ Eren, 2016: 140-141.

⁴⁰ Oğuzman vd., 2016: 344.

Buradan ve elbirliği mülkiyetinin niteliğinden hareketle, ortaklığa yönelik olarak açılacak veya ortaklık tarafından açılacak davalarda; ortaklar arasında zorunlu (mecburi) dava arkadaşlığı vardır. Bu konu mutlak olmayıp ortaklığın borçları hususunda ortaklar arasında müteselsil sorumluluk olduğundan, davacı veya takip yapan alacaklı ortaklardan bir veya birkaçına başvurabilir⁴¹.

1.1.2.1. Elbirliği Mülkiyetinin Kuruluşu

Elbirliği mülkiyeti ya kanun kaynaklı oluşur ya da kanunun öngördüğü sözleşmeler nedeniyle oluşur. Hukukumuzda yer alan elbirliği ortaklığı halleri; miras ortaklığı (TMK md.640), adi şirket ortaklığı (TMK md.620), aile malları ortaklığı ve genel mal ortaklığıdır. Bunlar kanundan kaynaklanan miras ortaklığıdır; diğerleri ise kanunun öngördüğü sözleşmelerden kaynaklanır. Elbirliği mülkiyeti istisnai bir mülkiyet çeşidi olduğuna için, bunu iddia eden kimse ispatla yükümlüdür⁴².

1.1.2.2. Elbirliği Mülkiyet Halleri

1.1.2.2.1. Miras Ortaklığı

TMK md.640'da düzenlenen miras ortaklığı kavramı elbirliği mülkiyetinin kanundan ötürü oluşan tek çeşididir⁴³. Buna göre; birden fazla mirasçı bulunması durumunda, mirasın geçmesiyle beraber paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık oluşur. Mirasçılar terekeye elbirliği ile sahip olurlar ve sözleşme ya da kanundan doğan temsil veya yönetim yetkisi mahfuz kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde beraber tasarruf ederler (TMK md.640/1-2). Miras ortaklığı mirasın vefatı neticesinde mirasın mirasçılara geçmesi anı ile paylaşma anına kadar geçen sürede var olan bir ortaklıktır. Kanunun açık hükmü gereği bu ortaklık bir elbirliği ortaklığıdır. Bunun gereği olarak da kural olarak mülkiyet konusu eşya üzerinde birlikte tasarruf ederler.

1.1.2.2.2. Adi Şirket

TMK md.620'de adi ortaklık sözleşmesi; iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca ulaşmak için birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir, şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşmenin akdedilmesiyle adi ortaklık kurulacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; uygulamada çok fazla rastlanan bu şirket türünde kuruluş için özel bir şekil şartı yoktur. Adi şirketin kuruluşu için tescil prosedürü veya zorunlu yazılılık koşulu yer almaz⁴⁴.

⁴¹ Eren, 2016: 137.

⁴² Eren, 2016: 133.

⁴³ Eren, 2016: 133.

⁴⁴ Sarıca, 2013: 129.

Adi şirket tüzel kişiliğe sahip değildir. Ortaklar, şirkete bir sermaye koyarlar ancak bu şirkete intikal etmez; zira zaten tüzel kişilik yoktur. Bu nedenle mallar şirkete geçmez. Bunlar ortakların elbirliği mülkiyetinde kalır. Şirket yani ortaklık mallarına, tüm ortaklar birlikte sahiptirler. Hiçbiri tek başına sahip değildir. Bu nedenle ortaklar birlikte hareket ederler. Bunun yanı sıra adi şirket değil, ortaklar hak sahibi olabilir ve borç altına girebilirler⁴⁵.

Bunların yanı sıra her ne kadar adi şirket elbirliği mülkiyeti hali olsa da, ortaklar paylı mülkiyete geçilmesine karar verebilirler⁴⁶.

1.1.2.2.3. Genel Mal Ortaklığı

Elbirliği ortaklığını oluşturan ve kanunda öngörülen anlaşmaların çoğu aile hukukundan doğmaktadır. Bunlardan biri eşler arasındaki mal rejimi olan mal ortaklığıdır⁴⁷.

TMK md.256'ya göre; *mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar* (TMK md.256). İlerleyen maddelerde ise mal ortaklığı rejimi ikiye ayrılmıştır. Birincisi konumuzu oluşturan genel mal ortaklığı rejimi diğeri ise; sınırlı mal ortaklığı rejimidir.

Genel mal ortaklığının düzenlendiği TMK md.257'e göre; eşlerin kanun uyarınca kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ve gelirleri ortaklık mallarını oluşturur. Eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş halde bir bütün olarak sahip olurlar. Hiçbir eş, ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf yetkisine sahip değildir (TMK md.257).

Özellikle kanunun lafzında geçen, eşlerin ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün gibi sahip olacağı ifadesi bize genel mal ortaklığının elbirliği mülkiyeti kapsamında kaldığını göstermektedir.

1.1.2.2.4. Aile Malları Ortaklığı

Bir diğer elbirliği mülkiyeti çeşidi ise aile malları ortaklığıdır. Bu da TMK'nın aile hukuku bölümünde düzenlenmiştir.

TMK md.373'e göre; *hısımlar, kendilerine geçen mirasın tamamı ya da bir bölümüyle veya ortaya başka mallar koymak suretiyle aralarında bir aile malları ortaklığı kurabilirler. Bir sonraki maddede bu kuruluş şekli şartı bağlanmış olup resmi şekilde yapılması ve tüm ortak veya temsilcilerin imzasını taşıması gerektiği düzenlenmiştir*(TMK md.374).

TMK md.376'da yer alan; *aile malları ortaklığı, ortakları elbirliği ile iktisadî faaliyette bulunmak üzere birleştirir* hükmü, TMK md.377'de yer alan; *aile malları ortaklığı,*

⁴⁵ Bilgili ve Demirkapı, 2012: 24-25.

⁴⁶ Oğuzman vd., 2016: 345.

⁴⁷ Eren, 2016: 134.

tüm ortakların elbirliği ile yönetilir hükmü ile TMK md.379'de yer alan; *ortaklar, ortaklığa giren malların elbirliği hâlinde malikidirler* hükmü birlikte değerlendirildiğinde aile malları ortaklığının elbirliği mülkiyetinin bir çeşidi olduğunu açıkça görebilmekteyiz.

1.1.2.3. Elbirliği Mülkiyetinin Sona Ermesi

TMK md.703'e göre; *elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesi ile sona erer*. Kanun üç durumu elbirliği mülkiyetinin sona ermesi açısından belirlemiştir. Ancak bunların dışında eşyanın tamamen yok olması ve kamulaştırma gibi durumlarda da elbirliği mülkiyeti sona erer⁴⁸.

Topluluğun yani ortaklığın dağılması elbirliği mülkiyetinin sona ermesi ve tezimizin konusu bakımından oldukça önemlidir. Yukarıda açıkladığımız elbirliği mülkiyeti hallerinin her biri için ayrı ayrı mevcut olan sona erme sebepleri gerçekleşince ortaklar, ortaklığın giderilmesini isteyebilirler ve bu noktadan itibaren tasfiye ve paylaşma işlemleri başlar⁴⁹. TMK md.703/2 uyarınca; *paylaştırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre yapılır*.

Elbirliği mülkiyetindeki ortaklık tasfiyeye girince "tasfiye ortaklığı" adını alır ve elbirliği mülkiyeti devam eder. Burada tasfiyenin gerçekleşmesi için ortaklığın dağılmasını gerektirmeyen tek hal miras ortaklığı halidir. Genel kuraldan farklı olarak miras ortaklığında paylaşma her zaman istenebilir (TMK md.642).

1.1.3. Paylı Mülkiyet

Paylı Mülkiyet, birden fazla kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip olması durumunun bir çeşididir. Diğer adı müşterek mülkiyettir. Müşterek mülkiyet kavramı hukukumuzda Roma Hukuku'ndan girmiş bir kavramdır⁵⁰.

1.2. Paylı Mülkiyetin Tanımı

TMK 688. maddesindeki düzenlemeye göre; *paylı mülkiyette birden fazla kimse, maddî olarak bölünmemiş bir şeyin tamamına belli paylar ile maliktirler*. Tanımlamasını yaparak paylı mülkiyet kavramını açıklamıştır. Buna göre bir taşınır veya taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkına birden fazla kişi belirli oranlarda sahiptir. Burada şu husus oldukça önemlidir. Üzerinde mülkiyet hakkı kurulan eşya bölünmüş değildir. Bu eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bölünmüştür. Bu nedenle birlikte mülkiyet hakkına sahip olan her

⁴⁸ Eren, 2016: 142.

⁴⁹ Eren, 2016: 142.

⁵⁰ Özmen, 1992: 21.

malik (buradan sonra paydaş olarak ifade edilecektir), eşyanın her zerresinde mülkiyet hakkına sahip olup, fiziki olarak bölünmüş bir mülkiyet yoktur. Örneğin; 1000 metrekarelik bir pamuk tarlasının 1/10'una A, 4/10'una B, 2/10'una C ve nihayet 3/10'una da D malik olduğunu düşündüğümüzde A, B, C ve D'nin her biri paydaştır ve tarlanın her yerinde mülkiyet hakkına sahiptirler. Tarlanın bir köşesinde su kuyusu olduğunu düşünelim. Bu su kuyusu üzerinde de her birinin payları oranında mülkiyet hakkı vardır.

Paylı mülkiyette paydaşlar arasında hak ve yükümlülükleri içeren özel bir bağlılık ilişkisi söz konusudur. Paylı mülkiyetin özel bir tüzel kişiliği olmasa dahi, bir ortaklığın asgari kurallarını taşır⁵¹.

Paydaşlar sahip oldukları pay oranlarını aralarında kendileri belirleyebilirler. Böyle bir belirleme yapılmadığı takdirde TMK md. 688/2 devreye girer. Buna göre; *başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır* (TMK md.688/2). Pay oranı ilerleyen başlıklarda açıklanacak olan giderlere katılma noktasında önemlidir. Zira kural olarak her paydaş pay oranına göre giderlere katılacaktır.

Aynı haklara egemen olan belirlilik ilkesi gereği paylı mülkiyet yalnızca tek bir eşya üzerinde kurulabilir. Bunun yanı sıra paydaşlar birden fazla eşya üzerinde paylı mülkiyet hakkına da sahip olabilir. Eren'e göre birden fazla eşyayı barındıran malvarlığı üzerinde paylı mülkiyet kurulamayacaktır⁵². Ancak murisin vefatı sonrası alınan veraset ilamı ile elbirliği mülkiyeti sona ererek mirasçılardan paylarının tereke üzerinde belirlenmiş oluşu dikkate alındığında bu ifadenin her zaman geçerli olmadığı düşüncesi belirecektir. Yani murisin malvarlığı üzerinde veraset ilamı ile paylı mülkiyet kurulacaktır. TMK md.644'ün yorumundan bu anlamı çıkarabilmekteyiz.

Bunun yanı sıra paylı mülkiyet taşınır, taşınmaz malların yanı sıra kıymetli evrak üzerinde dahi kurulabilir⁵³.

1.3. Paylı Mülkiyetin UnsurlarıHATA! YER İŞARETİ TANIMLANMAMIŞ.

Paylı mülkiyete ilişkin kanuni tanım ile açıklamalardan yola çıkıldığında bazı unsurların yer aldığı görülecektir: Paylı mülkiyete tabi malın fiilen-maddi olarak⁵⁴ bölünmemiş (paylaşılmamış) olması ilk unsurdur. Buna göre; malın paylaşılması müşterek mal taşınır ise, fiziken parçalanıp malikler arasında paylaşılması veya taşınmaz ise bölünüp parsellenerek her

⁵¹ Gümüş, 2007: 158-159.

⁵² Eren, 2016: 88.

⁵³ Eren, 2016: 88.

⁵⁴ Esener ve Güven, 2012: 166; Akıntürk, 2009: 389.

bir malik adına tapuya tescil edilmesi halini ifade eder ve bu durumda paylı mülkiyet söz konusu olmaz. Bu durumda bölünen parçalar üzerinde ayrı birer mülkiyet hakkı oluşur⁵⁵.

Diğer unsur, birden çok kişinin bir mala paylı malik olmasıdır. Paylı mülkiyetten söz edilebilmesi için en az iki kişinin varlığı gerekmektedir⁵⁶. Paylı mülkiyette birden çok kişinin malik olmasından bahsedilse de tek bir mülkiyet hakkı vardır⁵⁷. Her bir paydaşın pay oranları bellidir⁵⁸. Her pay birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu için üzerlerinde kanuni bazı istisnalar dışında paydaşlar serbestçe tasarruf edebilirler⁵⁹. Pay oranı kesirli miktarlar ile (1/2, 1/3 gibi matematiksel olarak⁶⁰) gösterilir. Pay oranı, paydaşların yükümlülüklerine katlanma ve yetkileri kullanmak noktasındaki ölçüyü gösterir. Her paydaş payı oranında söz sahibidir. Pay oranları belirtilmemişse pay oranları eşit sayılır⁶¹. Son bir husus da maliklerin aynı zamanda aynı anda mülkiyet hakkına sahip olmalarıdır⁶². Yani farklı zamanlarda farklı ve tek malik olması durumunda paylı mülkiyet söz konusu olmayacaktır⁶³.

1.4. Paylı Mülkiyetin Hukuki Niteliği

Paylı mülkiyetin hukuki niteliği tartışmalıdır. TMK md.688/1'de paylı mülkiyet düzenlenmiş ise de tam bir tanım yapılmamıştır. Bu nedenle de ortaya çeşitli görüşler çıkmıştır. Bunlar; eşyanın bölündüğünü kabul eden görüş, değer bölündüğünü kabul eden görüş, hakkın bölündüğünü kabul eden görüş, bölünen bir şeyin olmadığını kabul eden görüş ve hakkın içerdiği yetkilerin bölündüğünü kabul eden görüştür⁶⁴.

Eski bir görüş olan eşyanın bölündüğünü kabul eden görüşe göre, bizzat eşya paylara ayrılmıştır. Paydaşlar eşyanın bir parçasına sahiptir⁶⁵. Bu görüşe göre, eşya bölünmekte ve sonuçta birden fazla mülkiyet hakkı ortaya çıkmaktadır⁶⁶.

Değerin bölündüğünü kabul eden görüşe göre, bölünen eşya değil, değeri yani sağladığı menfaattir⁶⁷.

Bir diğer görüş olan hakkın bölündüğü görüşüne göre ise, bölünen bizzat mülkiyet hakkıdır⁶⁸. Bu teoride mülkiyet hakkı paydaşlar arasında bölünmüştür⁶⁹. Temeli Roma

⁵⁵ Ertaş, 2012: 226. Şengöz, 2018: 8.

⁵⁶ Ertaş, 2012: 226. Şengöz, 2018: 9.

⁵⁷ Ertaş, 2012: 226.

⁵⁸ Ertaş, 2012: 226. Şengöz, 2018: 9.

⁵⁹ Ertaş, 2012: 226.

⁶⁰ Esener ve Güven, 2012: 166. Akıntürk, 2009: 389.

⁶¹ Sirmen, 2016: 276.

⁶² Kurşat, 2008: 11.

⁶³ Şengöz, 2018: 10.

⁶⁴ Özcan, 2013: 46-48.

⁶⁵ Akıntürk, 2009: 390.

⁶⁶ Özcan, 2013: 46.

⁶⁷ Özcan, 2013: 47; Kurşat, 2008: 17.

⁶⁸ Akıntürk, 2009: 390.

Hukukuna kadar dayanmakta olup Almanya’da hakim olan bir görüştür ve buna göre mülkiyet hakkı bölünebilir bir haktr⁷⁰.

Bölünen bir şeyin olmadığını savunan görüşe göre, bölünen bir şeyin olmadığı kabul edilir. Hak ve zihin bölünmesi reddedilir⁷¹. Burada paylı mülkiyetin bir bütün olduğu ve her birinin eşyanın bütününe kapsayan ve birbirlerini sınırlayan tam bir mülkiyet hakkına sahip oldukları benimsenir⁷².

Son olarak hakkın içerdiği yetkilerin bölündüğünü kabul eden görüşe göre, ideal paylara ayrılmış olan mülkiyet hakkından doğan ödev ve yetkilendir. Akıntürk’e göre yeni ve doğru olan görüş budur⁷³. Burada yetkilerin hepsi değil kimisi bölünebilir. Ayrıca bölünebilen yetkiler yönünden paydaşlar bağımsız hakka sahiptirler⁷⁴. Bölünmeye uygun olmayan yetkiler tüm paydaşlar tarafından beraber kullanılır⁷⁵.

Tüm yetkiler birlikte değerlendirildiğinde hak ve yetkilerin bölündüğünü kabul eden görüş Türk Medeni Kanunu’nun düzenlemesine uygun düşmektedir.

1.5. Paylı Mülkiyetin Elbirliği Mülkiyetinden Ayırt Edilmesi

Paylı mülkiyete en benzer kurum elbirliği mülkiyeti halidir. Her iki mülkiyet türünde malikler eşyanın tamamı üzerinde hak sahibidir⁷⁶. Ancak elbirliği mülkiyetinden farklıdır. Paylı mülkiyette yukarıda da bahsettiğimiz üzere her bir paydaşın pay oranları bellidir ve paydaşlar yalnızca payları üzerinde tasarrufta bulunabilirler. Elbirliği mülkiyetinde ise paydaş değil ortak kavramı vardır. Ortakların belirli payları yoktur. Usul hukuku bakımından paylı mülkiyette paydaşlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olup her biri yargılamaya kendi payını temsilen katılır. Elbirliği mülkiyetinde ise mecburi dava arkadaşlığı vardır ve yargılamaya beraber katılmak zorundadırlar. Aksi halde taraf teşkili sağlanmalıdır. Paylı mülkiyet tarafların anlaşması, mahkeme kararı veya idari işlem ile olabilirken elbirliği mülkiyeti yalnızca kanunda sayılanlar ile sınırlıdır.

Paylı mülkiyette, ortaklık mülkiyet hakkından doğmaktadır, ancak elbirliği mülkiyetinde, ortaklar arasındaki ilişki mülkiyet hakkı doğmadan önce zaten vardır ve bu ortaklık nedeniyle mülkiyet hakkı oluşmuştur⁷⁷.

⁶⁹ Kurşat, 2008: 18.

⁷⁰ Özcan, 2013: 47.

⁷¹ Kurşat, 2008: 20.

⁷² Özcan, 2013: 48.

⁷³ Akıntürk, 2009: 390.

⁷⁴ Özcan, 2013: 48.

⁷⁵ Şengöz, 2018: 12.

⁷⁶ Öztaş, 2011: 7.

⁷⁷ Şengöz, 2018: 16.

Paylı mülkiyette, paydaşlar payları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Ancak elbirliği mülkiyetinde tüm tasarruf işlemleri ortakların oybirliği ile alacakları karara bağlıdır.

1.6. Paylı Mülkiyetin Kuruluşu

Paylı mülkiyet çeşitli şekillerde kurulabilmektedir. Bu bir hukuki işlem ile olabileceği gibi, bir mahkeme kararı veya idari işlem ile de olabilmektedir. Ayrıca kanundan doğan paylı mülkiyet halleri de vardır.

Kişiler kendi aralarında anlaşarak bir eşya üzerinde paylı mülkiyet kurabilirler. Bu eşyanın taşınmaz olması halinde tapuda resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ile paylı mülkiyet kurulabilecektir. Taşınır için sözlü sözleşme ya da adi yazılı yapılması yeterli olup resmi şekil şartı veya kanunda aranan başka bir şart yoktur.

Aynı şekilde paylı mülkiyet mahkeme kararı ile de oluşabilir. Bunun tipik örneği TMK md.644'dür⁷⁸.

Kanun gereği murisin terekesi üzerinde mirasçılar arasında elbirliği mülkiyeti vardır. Ancak bu mülkiyet Sulh Hukuk Mahkemesi'nin mirasçılardan birinin talebi üzerine vereceği bir karar ile paylı mülkiyete dönüştürülebilir.

İdari işlem ile de paylı mülkiyet kurulabilmektedir. Bunu tipik olarak İmar Kanunu md.16 ve 17'de belirtilen şüvülandırma kavramı ile örneklendirebiliriz. Zira belediyeler yapacakları bir idari işlem ile taşınmazlar üzerinde paylı mülkiyet kurabilirler.

Son olarak paylı mülkiyet kanun gereği de kurulabilir. Örneğin yukarıda bahsi geçen taşınırın aslen kazanılmasına ilişkin olan karışma ve birleşme yoluyla mülkiyet oluşumunda eşyaları karışan kişiler arasında paylı mülkiyet kurulacaktır. TMK md.776'ya göre; birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan ya da aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılamayacak şekilde birbiriyle birleşmiş ya da karışmışsa o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınırlarının birleşme ya da karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar (TMK md.776). TMK md.721'e göre ise; iki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar aksi kanıtlanmadıkça, her iki komşunun paylı malı sayılır (TMK md.721). Burada da komşu taşınmazları birbirinden ayıran sınırlar üzerinde kanundan doğan ve taşınmaz sahiplerinin paydaş olduğu paylı mülkiyet hali söz konusudur.

⁷⁸ "Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi

Madde 644- Bir mirasçı, terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hâkimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir. Terekeye dahil diğer hakların ve alacakların paylar oranında bölünmesi hususunda da yukarıdaki hükümler uygulanır."

1.7. Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler

Paylı mülkiyete ilişkin hükümler TMK md.688-700 arasında yer almaktadır.

1.7.1. Paydaşın Kendi Payı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi

İlk olarak TMK md.688’de paylı mülkiyet tanımlanmış olup, paydaşların kendi payı üzerindeki yetkileri sayılmıştır⁷⁹.

Paydaş kendi payı üzerinde tasarrufta bulunabilir. Payını devredebilir, satabilir, bağışlayabilir ya da rehin verebilir. Ayrıca pay haczin konusu dahi olabilir. Madde her ne kadar paydaşların kendi payı üzerinde malik hak ve yetkilerine sahip olduğundan bahsetse de bu tek başına malik olan bir kişiye göre bazen sınırlı olabilmektedir. Mesela paydaş kendi payı üzerinde geçit hakkı kuramaz. Zira geçit hakkı fiziki anlamda kullanılan bir haktır ve böyle bir durumda diğer paydaşların mülkiyet hakkı zedelenecektir. Kira sözleşmesi için de aynı durum geçerlidir. Buna ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’nun 27.11.1946 tarihli kararı⁸⁰ da mevcuttur⁸¹.

Kanunun ikinci fıkrasından anlaşılacağı üzere, paydaş kendi payını koruma hak ve yetkisine de sahiptir. Bu hüküm uyarınca paydaş payını korumak amacıyla istihkak davası açabileceği gibi el atmanın önlenmesi davası da açabilir. Paydaş bu davaları üçüncü kişilere karşı açabileceği gibi, payına müdahalede de bulunan diğer paydaşlara karşı da açabilir⁸².

⁷⁹ ‘‘Madde 688- Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır. Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.’’

⁸⁰ Karar: ‘ ‘Bir paydaşın müşterek şeyin aynındaki payını üçüncü bir şahsa veya paydaşlardan birinin e kiralaması esas bakımından da mümkün olmayan tasarruflardandır. Çünkü, kiralayan sıfatını ala n paydaş müşterek şeyi diğer paydaşlarla idare etmek mecburiyetinde olduğundan kira bağıtı ile üstlendiği borcu yan i bağıttan maksut olan kullanmağa salih bir şekilde teslim borcunu ne paydaşına ne de üçünü bir şahsa karşı yerine getirmeğe ve kir a müddeti içinde de bu halde bulundurmaya muktedir değildir. Hatta o şey paylar sayısınca hisseler e ayrılmış ve her bir hisse paydaşlardan birinin kullanmasına bırakılmış olsa bile yine bunların ayrı ayrı, mühim idari tasarruflardan olan kira bağıtı yapmağa yetkileri olamaz. Meğer ki kanunu n tayin etmiş olduğu çokluk veya bütün paydaşlar bun a müsaade etmiş olsunlar. Aksi takdirde böyle bir kira bağıtının diğer paydaşları d a bağlaması ve bu halde bu hisseye ait kir a müddeti bitmedikçe diğer paydaşların Medeni Kanununun 627 nci maddesi mucibince haiz oldukları taksim ve şüyun izalesini istemek haklarını kullanamamaları lâzım gelir ki, bu yolda bir tefsirin kanunu n hükümlerine olduğu kadar hukuku n esaslı prensiplerine de aykırı düşeceği açıktır. Yukarda yazılı düşünce ve sebeplerden dolayı müşterek mülkiyette pay sahibi olan müteaddit şahıslardan birinin kendi payı hakkında gerek yabancı ve gerek paydaşlarından birisiyle yapacağı kira bağıtının taraflar arasında bir bağlantı vücuda getiremeyeceğine ancak, iki kişi arasında müşterek olan bir şeyin paydaşlarından birinin kendi payını diğerine kiralaması halinde bu kira bağıtının iki taraf arasında muteber bir bağlantı vücuda getireceğine 27/11/1946 tarihinde çoğunlukla karar verildi.’’ (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6588.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6588.pdf, erişim tarihi:)

⁸¹ Oğuzman vd., 2016: 308-309

⁸² Eren, 2016: 98.

1.7.2. Paylı Malın Yönetimi ve Tasarrufu

İsviçre Medeni Kanunu'nun 647. Maddesinden alınarak düzenlenen (kanun gerekçe) TMK md.689 paylı mülkiyete konu olan eşyanın yönetimi ve tasarrufu konusunda bize yol göstermekte bu konuya ilişkin olarak çerçeve çizmektedir⁸³.

Kanunda paylı malın yönetimine, paylı maldan yararlanmaya ve kullanımına ilişkin belli düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeleri ilerleyen başlıklarda açıklayacağız. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kanunun bu düzenlemelerinin aksi kararlaştırılabilir. İşte TMK'nın 688. Maddesinin birinci fıkrasında da bu husus belirtilmiştir. Bu karar ancak tüm paydaşların aynı yöndeki oyu ile yani oybirliği ile alınabilir. Bunun yanı sıra kanun buna iki istisna getirmiştir. Bunları yukarıda bahsettiğimiz ve kanun maddesi açık olduğu için yinelemeyeceğim ancak bunların istisna tutulması sebebini yorum yoluyla; durumun ve işin önem ve aciliyeti ile gecikilmesi halinde eşyaya zarar gelebileceği düşüncesiyle düzenlendiği açıklanabilir. Ayrıca kanunun lafzi yorumundan bu iki istisnanın emredici hüküm olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu hak ve yetkileri kaldıracak sözleşmeler emredici hükme aykırı olduğundan geçersizdir.

TMK md. 690, 691 ve 692'de paylı malın yönetimine ilişkin olarak olağan, önemli ve olağanüstü yönetim işleri düzenlenmiştir⁸⁴.

Olağan yönetim işleri ufak tefek işlerdir. Örneğin; ağaçların budanması, bozulan çeşmenin tamiri birer olağan yönetim işidir. Tüm paydaşlar bu yönetim işlerini tek başına yapmaya yetkilidirler. Ancak bunları yapmak gibi bir zorunlulukları yoktur. Kanun aynı

⁸³ ‘‘Yönetim ve tasarruf

Anlaşmalar

Madde 689- *Paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler. Ancak, böyle bir anlaşmayla paydaşların aşağıdaki hak ve yetkileri kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz:*

1. *Paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanılabilirliğinin ve değerinin korunması için zorunlu olan yönetim işlerini yapmak ve gerektiğinde mahkemeden buna ilişkin önlemlerin alınmasını istemek,*
2. *Eşyayı bir zarar tehlikesinden veya zararın artmasından korumak için derhâl alınması gereken önlemleri bütün paydaşlar hesabına almak. Taşınmazlarla ilgili anlaşmalar imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir.’’*

⁸⁴ ‘‘Olağan yönetim işleri

Madde 690- *Paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapmaya, özellikle küçük onarımları yaptırmaya ve tarımsal işleri yürütmeye yetkilidir. Zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, paydaşların çoğunlukla alacağı kararla olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı düzenleme getirilebilir.’’*

‘‘Önemli yönetim işleri

Madde 691- *İşletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adî kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekir. Olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işlerinde de aynı çoğunluk aranır. Pay ve paydaşların eşitliği hâlinde hâkim, paydaşlardan birinin istemi üzerine bütün paydaşların menfaatini gözeterek hakkaniyete uygun bir karar verir; gerekli gördüğü işlerin yapılması için paydaşlar arasından veya dışarıdan bir kayyım atayabilir. ‘‘*

zamanda bu yetkinin yukarıda bahsettiğimiz oybirliği ile değil, paydaş çoğunluğu ile değiştirilebileceğini düzenlemiştir.

Önemli yönetim işlerini kanun tadadı yani örnekleme biçiminde saymıştır. Bunlar kanundaki örneklerle sınırlı değildir. İşletme usulünün, tarım ürününün değiştirilmesi, eşyanın adi kiraya veya hasılat kirasına verilmesine ilişkin sözleşmeler, toprak ıslahı ile olağan yönetim sınırlarını aşan bakım, onarım ve yapı işleri önemli yönetim işlerindedir. Bazı durumlarda somut olayın özellikleri de yorumlanarak kanuna uyarlanmalıdır. Zira Oğuzman-Seliçi-Özdemir'e göre; arpa yerine buğday ekilmesi olağan yönetim işi kapsamında kalacaktır. Bunun yanı sıra hububat ekili bir tarlada şeker pancarı ekilmesi önemli yönetim işidir⁸⁵.

Önemli yönetim işlerinin gerçekleşmesi için hem pay çoğunluğu hem de paydaş çoğunluğunun sağlandığı bir karar alınması gerekir. Kanun sadece pay ya da paydaş çoğunluğunu yeterli görmemiş her ikisini de aramıştır. Bu oldukça hakkaniyetli bir durum olmuştur. Zira toplamda beş paya bölünmüş bir eşyanın üç payına A, birer payına da B ve C malik olursa, sadece pay çoğunluğu aransaydı A tek başına önemli yönetim işi için karar alabilecekti. Ancak bu durumda alamayacaktır. Yine aynı şekilde B ve C'de paydaş çoğunluğunu sağlasalar da pay çoğunluğunu sağlayamadıkları için önemli yönetim işi için karar alamayacaklardır. Karar alınabilmesi için A'nın yanında bir paydaşın daha bulunması gerekir ki pay ve paydaş çoğunluğu birlikte sağlansın.

Burada da paydaşlar oybirliği ile alınacak kararların usulünü değiştirebilirler⁸⁶.

Olağan yönetim işleri ile önemli yönetim işleri arasında çelişkide kalırsa somut olayın özelliklerine göre çözüm bulunmalıdır⁸⁷.

Paylı malın satılması, üzerinde aynı hak tesisi, bağışlanması veya tarlanın üzerine inşaat yapılması yani özgülendiği amacın değiştirilmesi gibi durumlar olağanüstü yönetim işleridir. Bunlar paylı mülkiyette en önemli yönetim işleri olup, paydaşların mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak tasarrufları da içerir. Bu yönetim işleri için kanun tüm paydaşların kabulünü aramıştır. Ancak burada da yukarıda bahsi geçtiği üzere oybirliği ile karar alma sayısı, usulü değiştirilebilir.

Burada maddenin metninin son cümlesi üzerinde durmak gerekir. Paylı mülkiyete konu taşınmazlar üzerinde kurulan rehin ve taşınmaz yükü konusunda farklı bir düzenleme

⁸⁵ Oğuzman vd., 2016: 316.

⁸⁶ "Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar

Madde 692- Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Paylar üzerinde taşınmaz rehni veya taşınmaz yükü kurulmuşsa, paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlamazlar."

⁸⁷ Yavuz, 2006: 18.

getirilmiştir. Buna göre; paydaşlardan biri dahi kendi payı üzerinde bir rehin veya taşınmaz yükü sınırlı aynı hakkını kurmuşsa, taşınmazın tamamı için başka bir benzer hak kurulamaz. Kanunun benzer haktan kastını sınırlı aynı haklar olarak yorumlamak mümkündür. Ancak bunun tam tersi mümkündür. Zira kanun bunu yasaklamamıştır. Yani taşınmazın tamamı rehin verilse dahi, paydaşlar kendi paylarını da ayrıca rehin verebileceklerdir.

1.7.3. Paylı Maldan Yararlanma, Paylı Malı Kullanma ve Koruma

TMK md.693'ye göre; paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile uygun olduğu ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir, uyuşmazlık olması durumunda yararlanma ve kullanma şeklini hâkim belirler. Bu belirleme, paylı malın kullanılmasının zaman ya da yer itibarıyla paydaşlar arasında bölünmesi biçiminde de olabilir. Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsil ederek sağlayabilir (TMK md.693).

Paydaşlardan her biri diğer paydaşların hakkına zarar vermediği ölçüde, paylı maldan yararlanma ve onu kullanma hakkına sahiptir. Örneğin bir taşınmaz içinde bulunan çeşmeden su içme ve o suyu kullanma hakkına her paydaş sahiptir. Ancak bu çeşmeden diğer paydaşların yararlanmasını önleyecek şekilde kullanırsa (örneğin çeşmeye hortum bağlayıp sadece kendisi kullanırsa) uyuşmazlık oluşacaktır ve uyuşmazlık halinde de yararlanma ve kullanma şekli hakim tarafından belirlenecektir. Bunun uygulamadaki adı "Muarazanın Giderilmesi Davası"dır. Bu durumda hakim, paylı malın kullanılmasını zaman veya mekan yönleriyle belirleyip hüküm kurabilecektir.

Paydaşlar paylı malın tamamı için bölünemeyen menfaatler yönünden diğer paydaşları temsilen de dava açabilir veya paylı malın korunmasını başka bir şekilde sağlayabilir. Paylı malın çalınması, gasp edilmesi gibi durumlarda onu koruyabilir, zilyetlik veya el atmanın önlenmesi davası açabilir. Tazminat davası dahi paydaş tarafından açılabilir ancak burada menfaat bölünebilir olduğu için sadece payı oranında tazminatı talep edebilecektir. Paylı malın korunması için paydaşın açacağı dava lehe sonuçlanırsa menfaat bölünemeyeceğinden bundan diğer paydaşlar da yararlanacaktır. Ancak dava reddedilirse, hüküm diğer paydaşları bağlamayacak, onlar da yeniden bu davayı açabileceklerdir. Yani kesin hüküm delili davayı açmayan paydaşlara karşı ileri sürülemeyecektir. Üçüncü bir kişinin paylı mal hakkında açacağı davada ise tüm paydaşlar arasında mecburi dava arkadaşlığı olacağından davanın tüm paydaşlara yöneltilmesi gerekir⁸⁸. Bahsi geçen ve paydaşlardan her birine koruma (muhafaza)

⁸⁸ Eren, 2016: 112.

yetkisi veren bu davalar hukuk mahkemelerinde açılacak olan İstihkak (Rei vindicatio⁸⁹) davası ve El Atmanın Önlenmesi (Men'i Müdahale) davasıdır⁹⁰. Bu davalarda mülkiyet hakkına dayalı olarak açılmaları sebebiyle zamanaşımı süreleri işlemez. Zira mülkiyet hakkı yukarıda bahsedilen istinai bazı durumlar hariç zamanaşımına uğramaz⁹¹.

Davanın sonucunda mahkeme, davacı paydaşın haklı olduğuna kanaat getirirse; dava konusu eşyanın mülkiyetinin davacı paydaşa ait olduğunun tespitine ve eşyanın haksız zilyet olan davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verir⁹².

El atmanın önlenmesi davası, haksız el atma devam ettiği müddetçe açılabilir. Davanın açılmasından önce, haksız el atma ihtimali varsa veya daha önceden haksız el atılmış, sona ermiş ancak yeniden tekrarlanması ihtimali varsa bu durumda açılacak dava önleme davasıdır. İşte burada saldırının önlenmesi veya haksız el atmanın önlenmesi davası söz konusu olur. Bu durumda hakim böyle bir ihtimalin olup olmadığına objektif kriterler çerçevesinde karar verecek davacının sübjektif düşüncesiyle bağlı kalmayacaktır⁹³.

Sonuçta mahkeme, davacı paydaşın haklı olduğuna kanaat getirirse; dava konusu eşyaya yönelik el atmanın önlenmesine karar verir⁹⁴. Bu ilamın icrası takip hukuku çerçevesinde ilamların icrası kapsamında sağlanır.

⁸⁹ Yılmaz, 2005: 571.

⁹⁰ "TMK md.683; A. Mülkiyet hakkının içeriği

Madde 683- *Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir."*

⁹¹ İİK md. 96 – (Değişik: 18/2/1965 - 538/53 md.); " *Borçlu, elinde bulunan bir malı başkasının mülkü veya rehni olarak gösterdiği yahut üçüncü bir şahıs tarafından o mal üzerinde mülkiyet veya rehin hakkı iddia edildiği takdirde, icra dairesi bunu haciz ve icra tutanaklarına geçirir ve keyfiyeti iki tarafa bildirir. İcra dairesi aynı zamanda istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını bildirmek üzere alacaklı ve borçluya üç günlük mühlet verir. Sükûtları halinde istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar. Malın haczine muttali olan borçlu veya üçüncü şahıs, ittula tarihinden itibaren yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunmadığı takdirde, aynı takipte bu iddiayı ileri sürmek hakkını kaybeder. İstihkak iddiasının yapıldığı veya istihkak davasının açıldığı tarihte istihkak müddeisi ile birlikte oturan kimseler yahut bu şahısların iş ortakları, iddianın yapıldığı tarihte veya istihkak davası 97 nci maddenin 9 uncu fıkrası gereğince açılmışsa davanın açıldığı tarihte malın haczine ittula kesbetmiş sayılırlar."*

⁹² Yargıtay 1. HD 2015/1117 E. 2017/4163 K.; " *Bunun yanı sıra geçersiz harici satış sözleşmesi nedeniyle yanlar verdiklerini sebepsiz zenginleşme (haksız iktisap) veya mülkiyet (İstihkak MK 618. md (TMK 683.md)) davasıyla geri isteyebilirler. TMK 994. maddesi sebepsiz zenginleşmeyi önleyen özel bir düzenleme olup, her iki davada da TMK 994-995 maddelerinin uygulanması gerekir ."* (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

⁹³ Eren, 2016: 43.

⁹⁴ Yargıtay 14. HD 2017/1678 E., 2017/4319 K. ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD 2017/585 E., 2017/1113 K.; " *Elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için kural olarak zararın doğmuş olması gerekir. İleride zarar doğacağından bahisle dava açılmayacağından bu şekilde açılan davalar reddedilmelidir. Ancak, istinai durumlarda, henüz zarar doğmadığı halde, yakın gelecekte zarar doğacağı pek muhtemel veya muhakkak ise, davacıya zarar tehlikesinin önlenmesi davasını açma hakkı tanınmalı, zararın doğması beklenmemelidir.*

Komşuluk hukukundan kaynaklanan elatmanın önlenmesi davalarında davalının kusurlu olması aranmaz. Davalının kusurlu olup olmaması, kasıtlı hareket edip etmemesi, elatmanın önlenmesi davasına etkili değildir. Yeter ki, davalının eylemi ile davacının zararı arasında illiyet bağı bulunsun. Davalının hiçbir kusuru olmasa dahi, elatmanın önlenmesine, eski hale getirme ve tazminata hükmedilebilir. Kural olarak davacının zararının doğmaması için bir önlem almaması da elatmanın önlenmesi davasını etkilemez." (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Bazen uygulamada paydaşların, paylı maldan yararlanma ve onu kullanma yetkisinin diğer paydaşlar tarafından engellenmesi halinde, bu yetkinin delil tespiti yoluyla tespit edilmesinin istendiğine şahit olmaktadır. Ancak zaten kanun ile belirlenmiş bir konunun mahkeme hükmü ile tespitinde hukuki yarar yoktur⁹⁵.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD 2017/615 E., 2017/1032 K.; ‘*Dava, komşuluk hukukuna aykırı davranışın giderilmesi isteğine ilişkindir.*

TMK'nın 683 maddesindeki "Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir." hükmü ile, mülkiyet hakkının kanunla toplum yararına kısıtlanabileceği temel ilke olarak kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının nasıl korunacağı hükmüne bağlanmış, 730 ve 737. maddeleriyle de taşınmaz malikinin başkalarına zarar vermesinin önlenmesi hedeflenmiştir.

Yapma, kaçınma, katlanma olarak özetlenebilecek bu sınırlamaların önemli bir bölümü TMK'nın "komşu hakkı" başlığı altında, 737 ile 750. maddelerinde düzenlenmiş, 751 ile 761. maddelerinde de yine malikin yapması ve katlanması gereken hususlar belirtilmiştir

Taşınmaz malikinin katlanma yükümlülüğü tamamen mülkiyetin içeriğinden doğmaktadır. Mülkiyet geniş haklar, buna bağlı yetkilerin yanında, söz konusu ödevlerle birlikte bir bütündür. Anayasanın 35. maddesinde de mülkiyet hakkının kamu yararına sınırlandırılacağı ve mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmayacağı öngörülmüştür.

Başta 2872 sayılı Çevre Kanunu olmak üzere bazı özel kanunlarda da mülkiyet hakkının sınırlarına ilişkin hükümler getirilmiştir. Böylece, malikin hak ve çıkarları ile başka maliklerin ve hak sahiplerinin, kısaca toplumun ve çevrenin hak ve çıkarları dengelenmiştir. Nüfusun çoğalması, kentleşmenin hızlanıp nüfusun kentlerde yoğunlaşması, teknoloji ve sanayinin gelişmesi, mülkiyet hakkı ile toplum ve çevre ilişkisinin önemini daha da artırmıştır. Komşuluk kavramı içerisine sadece birbirlerine sınır teşkil eden, yan yana, karşı karşıya olan veya birbirlerine çok yakın taşınmazlar değil, birinin taşkın ve sorumsuz kullanılması ile ötekini etkileyen, birbirlerinin etki alanı içerisinde kalan tüm taşınmazlar girmektedir.

Mahkemece yapılacak araştırmalarda somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konumları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacının sübjektif ve aşırı duyarlılığı ile değil, objektif her normal insanın duyarlılığına göre elatmaya katlanıp katlanamayacağı araştırılmalı; sonuçta katlanılabilir, hoşgörüsü sınırlarını aşan bir zarar veya elatmanın varlığı tespit edildiği takdirde mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı sonucuna varılmalıdır.

Taşkın kullanma belirlendiği takdirde elatmanın tamamen ortadan kaldırılması veya tahammül sınırları içerisine çekilebilmesi için ne gibi önlemlerin alınması gerektiği bilirkişiler aracılığı ile tespit edilerek, tarafların yarar ve çıkar dengelerini gözetilerek bunların en uygununa karar verilmelidir.

Bunun için de mahkemece öncelikle taraflara ait taşınmazların tapu kayıtları ile çap ve krokileri getirilmeli, yapılacak keşifte, kadastro mühendisi veya tapu fen memuru bilirkişi yanında davanın niteliğine, tarafların iddia ve savunmalarına göre, en uygun ihtisas grubu ve meslek erbabından seçilecek bilirkişiler hazır bulundurulmalı; düzenlenecek bilirkişi raporlarında, alınması gereken önlemler ile tazminat, ecrimisil, yıkım ve eski hale getirme istekleri varsa, bunlar gerekçeli olarak gösterilmelidir. Davacının zararının önlenmesi esas olmakla birlikte, davalıya da en az zarar verecek veya külfet yükleyecek önlem veya önlemler belirtilmelidir.

Mahkemece yapılacak araştırmalarda somut olayın özelliği, komşu taşınmazların yerleri, nitelikleri, konumları, kullanma amaçları göz önünde tutularak, normal bir insanın hoşgörüsü ve tahammül sınırlarını aşan bir elatmanın bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacının sübjektif ve aşırı duyarlılığı ile değil, objektif her normal insanın duyarlılığına göre elatmaya katlanıp katlanamayacağı araştırılmalı; sonuçta katlanılabilir, hoşgörüsü sınırlarını aşan bir zarar veya elatmanın varlığı tespit edildiği takdirde mülkiyet hakkının taşkın olarak kullanıldığı sonucuna varılmalıdır.

Yukarıda değinilen ölçütler kullanılırken çok titiz davranılmalı, olayın özelliği gerektiriyor ise yöresel örf ve adetin mevcut olup olmadığı da araştırılmalıdır. Yöresel bir örf ve adetin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için, o yörenin doğal ve ekonomik koşullarına, toplumun kültür seviyesine, telakkilerine, gelenek ve göreneklerine göre oluşan ve uzun süredir devam eden, pek çok kimse tarafından kabul edilen bir durumun söz konusu olması gerekir. Münferit ve devamlı olmayan olaylar örf ve adetin mevcudiyetini göstermez. Hakim örf ve adetin tespitinde, yerel bilirkişi ve tanıkların bilgilerinden, gerektiğinde uzman bilirkişi görüş ve raporundan yararlanacak, hak ve nesafet kuralını göz önünde tutacaktır.””” (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

⁹⁵ Bergama 2. Asliye Hukuk Mahkemesi 2017/311 E., 2017/238 K.; ‘*Dava dilekçesinin incelenmesi neticesinde; taşınmazın kullanımı, yararlanması ve korunması konusunda belirleme yapılmasının istendiği, bu hali ile*

1.7.4. Giderlere Katılma ve Yükümlülükler

TMK md.694'de yer alan düzenlemeye göre kural olarak paydaşlar giderlere payları oranında katılırlar. Ancak bunun aksi oybirliği ile kararlaştırılabilir. Paylı mülkiyetten doğan ya da paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlarca payları oranında karşılanır. Payına düşenden fazlasını ödemiş bulunan paydaş, diğerlerine payları oranında rücu etmek üzere başvurabilir (TMK md.694).

Bahsi geçen bu giderler; vergiler, harçlar olabileceği gibi paylı malın bakımı için yapılan masraflarda olabilir.

Burada şuna dikkat edilmelidir. Payından fazla bu giderlere katılan paydaş fazla katıldığı kısım için diğer paydaşlara rücu edebilir. Aslında paydaş payından fazlasını ödemek mecburiyetinde değildir. Zira burada müteselsil sorumluluk yoktur. Ancak ödemiş olması halinde de bunu diğerlerinden isteyebilecektir.

1.7.5. Paylı Mülkiyette Yasal Önalım Hakkı

Oldukça önemli olan bu konu TMK md.732-734 arasında düzenlenmiştir. Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen ya da kısmen üçüncü kişiye satması durumunda, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler (TMK md.732)⁹⁶. Aslında

dilekçenin niteliğinin delil tespiti talebine yönelik olduğu, kaldı ki vekil aracılığı ile açılan davanın başında delil tespiti harcı yatırıldığı ve Sulh hukuk Mahkemesine hitaben dilekçenin sunulduğu da dikkate alındığında, dilekçedeki talebin dava açmaya yönelik olmadığı, dilekçede geçen ifade ile "belirleme" yani tespite ilişkin olduğu anlaşılmalıdır.

Tüm bunların yanı sıra dava dilekçesinde iddia edilen paylı mülkiyetten doğan kullanma, koruma ve yararlanma hakkı kanundan doğar ve kanundan doğan bir hakkın tespitine de gerek yoktur. Zira zaten kanuni bir hak ve talepte de hukuki yarar yoktur. Açıklanan tüm nedenler sebebiyle dava dilekçesi hususunda Sulh Hukuk Mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği kanaatine varılmış ve HMK'nun madde 20, madde 400 ve 401 hükümleri gereği Mahkememizin görevsizliğine karar verilmiştir."

⁹⁶Yargıtay 14. HD 2015/16559 E. 2017/7149 K. ve Yargıtay 14. HD 2017/2782 E. 2017/9714 K.; 'Önalım hakkı, paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmazdaki payını kısmen veya tamamen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlara, satılan bu payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir hak.

Önalım hakkının kullanılmasıyla bu hakkı kullanan paydaş ile alıcı arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur. Önalım bedeli tapuda gösterilen satış bedeli ile davalı tarafından ödenen harç ve masrafların toplamından ibarettir.

Önalım hakkı paylı mülkiyette satımın üçüncü kişiye satışı anında doğar ve satışın yapılmasıyla kullanılır hale gelir. Önalım hakkı ancak dava yolu ile kullanılabilir. Davalı önalım hakkına tabi taşınmazda pay satın almış olup, davacı önalım hakkını ancak dava yolu ile kullanılabileceğinden davalı ilk celsede davayı kabul etse dahi, yargılama giderlerinden sorumludur." (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/18057 E., 2017/8913 K.; "Anılan düzenlemede, önalım hakkının açık bir tarifi yapılmamakla birlikte temel prensibin mülkiyet serbestisi ve tasarruf yetkisi olduğu gözetilerek paydaşın temlik hakkı sınırlandırılırken bu sınırlandırma sınırlı tutularak sadece satım akitleri için önalım hakkı öngörülmüştür.

Gerçek bir satışın konusu olmayan, satım niteliğinde olmayan pay temliklerinde yasal önalım hakkı doğmayacaktır. Önalım hakkının payın satışındaki şartlar dahilinde kullanılması gerektiğinden, payı paradan başka bir karşılıkla iktisap edenlerden, aynı şartlar yerine getirilmek suretiyle temellük etmeye imkan bulunmamaktadır.

Payı satın alan tarafından, temlik işleminin satış olarak gösterilmekle birlikte gerçekte hibe olduğu savunmasında bulunulması halinde, diğer bir anlatımla hibe ile temlikin amaçlandığının iddia edildiği hallerde,

paydaş payını istediği kimseye satabilir. Yani paydaşın yapacağı satım sözleşmesinde karşı tarafı seçme özgürlüğü vardır. Ancak kanun taşınmazlardaki paylı mülkiyet konusunda ayrı bir düzenleme yoluna gitmiştir. Bu düzenlemenin amacı zannımca taşınmaz mülkiyetinin tek elde toplanması, mülkiyet hakkında birliğin sağlanmasıdır. Zira paydaş arttıkça yönetim ve taşınmazın kullanımı zorlaşabilecektir.

Paydaşlardan biri payını üçüncü bir kişiye sattığında, satış işlemi alıcı veya satıcıya noter kanalıyla bildirilir. (TMK md.733) Bu her ne kadar kanun lafzından anlaşıldığı kadarıyla emredici bir hüküm olsa da uygulama da neredeyse hiç yapılmamaktadır. Zira bu hükmün müeyyidesi de yoktur. Diğer paydaşlar bundan harici olarak haberdar olmaktadır. Ancak şunu belirtelim ki, diğer paydaşların önalım hakkına dayanarak açacakları dava süresi satış işleminin noter kanalıyla bildirilmesinden itibaren üç aydır⁹⁷. Burada başlangıç süresi noter kanalıyla satışın bildirildiği an olduğundan ve bu bildirim hiç yapılmadığından süre de işlemeyecektir. Ancak bu durumda sınırsız değildir. Her halde satışın üzerinden iki yıl geçtikten sonra önalım hakkı kullanılamayacaktır. Uygulamada bu önalım hakkına dayalı tapu iptal tescil davası olarak görülmektedir. Davacı önalım hakkını kullanan paydaş, davalı ise payı alan kişidir. (TMK md.734)

Önalım hakkı cebri artırmayla satışlarda kullanılamaz, ayrıca payın diğer bir paydaşa satılması halinde de kullanılmayacaktır. Zira TMK md.732 payın tamamının veya bir kısmının üçüncü bir kişiye satılması halinde önalım hakkının kullanılabilmesini düzenlemiştir.

Paydaşlar, önalım hakkından feragat edebilirler. Ancak bunun resmi yazılı şekilde yapılması ve tapuya şerh verilmesi gerekmektedir. (TMK md.733/2) Yalnızca tek bir satış için bu hak kullanılmayacaksa feragat değil vazgeçme olur. Zira kanunda bu terimi kullanmıştır. Bu durumda resmi yazılılık ve şerh şartı gerekmemekte, adi yazılı şekilde yapılması yeterli olmaktadır. Kanun vazgeçmenin satıştan önce veya sonra yapılabileceğini düzenlemiş ise de feragat konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Kimi hallerde feragatin satıştan önce

payı temlik alan davalı muvazaalı resmi işlemin tarafı olduğundan ve hiç kimse kendi muvazaasına dayanamayacağından muvazaa iddiasının dinlenmeyeceği açıktır."(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

⁹⁷ Yargıtay 14. HD 2016/12388 E., 2017/9296 K.; 'TMK'nın 733. maddesi gereğince yapılan satışın alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi zorunludur.

Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirdiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer.

Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

TMK'nın 733/3 maddesi gereğince üç aylık hak düşürücü sürenin başlaması için öğrenme yeterli olmayıp yapılan satışın, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilmesi gerekir. Noter aracılığıyla bildirimde bulunulmamışsa iki yıllık hak düşürücü süre içerisinde önalım hakkına dayanılarak tapu iptali ve tescil istenebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.09.2005 tarihli, 2005/6-358 E, 470 K. sayılı kararı da bu doğrultudadır."(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

yapılabileceği belirtilmiş ise de; önalım hakkının satış neticesinde doğuyor olması ve satıştan önce genel kural itibariyle doğmamış bir haktan feragatin mümkün olmayışı dikkate alındığında kanaatime göre satıştan sonra olabilmelidir. Ayrıca kanun bu konuda susmuştur. O halde genel kural olan doğmamış bir haktan feragat mümkün değildir kuralı burada da uygulanmalıdır.

TMK md.734/2 gereği, yasal önalım hakkı sahibi paydaş satış bedelini ve tapu masraflarını hakimin belirlediği yere ve yine hakimin belirlediği süre içerisinde nakden yatırmakla yükümlüdür. Bu durumda ancak önalım hakkına dayalı olarak açılan tapu iptal tescil davası kabul edilebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki yasal önalım hakkından ziyade bir de sözleşmeden doğan önalım hakkı vardır. TMK md.735’de düzenlenen bu hakkın koşulları ve süresi taraflar arasında sözleşmeye dayalı olarak belirlenir ve tapuya şerh edilir. Şerhin süresi on yıldır. Burada paydaşlık durumu yoktur. Yani taşınmaz maliki, taşınmazı bir üçüncü kişiye satması halinde başka bir kişiye kullanması için sözleşme ile önceden bir önalım hakkı tanımaktadır. Sözleşmeye dayalı önalım hakkı diğer koşullar yönünden yasal önalım hakkı ile aynı hükümlere tabidir.

1.8. Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi Kavramı

TMK, paydaşlara her zaman paylı mülkiyeti sona erdirme hakkını tanımıştır. Zira paydaşlar arasındaki ilişki ekonomik amaçlıdır⁹⁸.

Paylı mülkiyet çeşitli durumlarda sona erebilmektedir. Bir paydaşın paydaşlıktan çıkarılması veya payını devretmesi durumunda, taşınmazın satılması, devri veya paydaşların anlaşarak paylaşma ile veya başka şekilde (örneğin elbirliği mülkiyetine geçilmesi halinde) paylı mülkiyeti sona erdirmeleri halinde, paydaşların bir veya birkaçının talebi neticesinde açılacak olan paylaşma ya da ortaklığın giderilmesi davası sonucunda paylı mülkiyet sona erer.

1.8.1. Sadece Belirli Paydaşlar İçin Sona Ermesi

TMK. md. 696’da paylı mülkiyette bir paydaşın hangi koşullarda ve nasıl paydaşlıktan çıkarılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme neticesinde paylı mülkiyet çıkarılan paydaş için sona erecek olup diğer paydaşlar için devam edecektir.

TMK md. 696/1’e göre; bir paydaşın paydaşlıktan çıkarılabilmesi için kendi tutum ve davranışlarıyla veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin

⁹⁸ Sarıhan, 2000: 580.

tutum ve davranışlarıyla diğer paydaşların tamamına veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır biçimde çiğnemelidir. Dikkat edilecek olursa kanun paydaşı sadece kendi davranışlarından sorumlu tutmamış, aynı zamanda kusursuz sorumluluk çerçevesinde başkalarının davranışlarından da sorumlu tutmuştur. Tabi ki yalnızca yükümlülüklerin çiğnenmesi yeterli olmayıp bunun diğer paydaşlar için paylı mülkiyetin devamını çekilmez hale getirmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda elbette diğer paydaşlar bir araya gelerek bir paydaşı paydaşlıktan çıkaramazlar. Bu ancak ve ancak mahkeme kararı ile olabilmektedir⁹⁹.

Kanun koyucu bahsi geçen bu paydaşlıktan çıkarma davasının açılabilmesini de bazı koşullara bağlamıştır. Bu kapsamda TMK md.696/2'ye göre; aksi kararlaştırılmış olmadıkça, davanın açılabilmesi için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar alınmış olması gerekir. Ancak paydaşlıktan çıkarılmak istenen paydaş ve onun payı bu çoğunluğa dahil olmayacaktır. Kanunda her ne kadar bu konuda açık bir hüküm olmasa da aksi düşünüldüğünde pay oranı açık ara farkla çok olan paydaş için kanun hükmü uygulanamaz hale gelebilecektir.

Davanın açılmasından sonra birinci fıkrada yer alan koşullar çerçevesinde hakim paydaşlıktan çıkarılma talebini yerinde görürse öncelikle aynen ayırma yoluna gidecektir. Yani paydaşlıktan çıkarılan paydaşın payını ayırıp ona özgüleyebilecektir. Ancak çoğu zaman bu mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda ise; TMK md. 696/4 devreye girer. Buna göre aynen ayrılmasına imkan olmayan maldaki payın, dava tarihi itibarıyla değerinin kendilerine devrini isteyen paydaşlar bu taleplerini paydaşlıktan çıkarma talebi ile birlikte ileri sürmek zorundadırlar. Kanun burada davacı paydaşlara bir yükümlülük yüklemiştir. Hüküm kurulmadan önce hakim tarafından belirlenen sürede payın değerinin ödenmesine veya

⁹⁹ Yargıtay 14. HD 2015/7945 E. 2017/852 K.; ‘ ‘Paydaşlığın giderilmesi ve paydaşlıktan çıkarma davaları amacı ve sonucu itibarıyla farklılık göstermekte ise de uyumsuzluğun çözümü için izlenecek yol ve yapılacak araştırma, inceleme açısından benzerlikler taşımaktadır. Gerçekten konunun düzenlendiği TMK.nun 696. maddesinde (MK 626/a) açıklanan yöntemle göre paydaşlıktan çıkarma davasında da paydaşlığın giderilmesi davasında olduğu gibi öncelikle paydaşlıktan çıkarılması istenen paydaşın payını karşılayacak kısmın maldan ayırmaya olanak bulunup bulunmadığının yani payın aynen ayrılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu hususun tesbiti için izlenen yol malın aynen bölüşülmesi (aynen taksim) suretiyle paylı mülkiyetin sona ermesi davasındaki yolun aynısıdır. Paydaşın payının aynen ayrılmasına olanak bulunmadığının anlaşılması halinde bu payı isteyen paydaş da bulunmazsa hakim, davalıya payını devretmesi için bir süre belirler ve bu süre içinde devredilmeyen payın açık artırma ile satışına karar verir. Paydaşlıktan çıkarma davalarında da paydaşlığın giderilmesi davasında olduğu gibi paya ait satış kararı cebri icra yoluyla paraya çevirmeye ilişkin hükümler uyarınca yerine getirilir. Bu benzerlikler nedeniyle yasa koyucu eski M.K.nun 626. maddesine 14.11.1990 tarih 3678 sayılı Kanunla eklenen 626/a maddesinde yapılan bu yeni düzenlemede bu dava türü için görevli mahkeme hakkında özel bir düzenleme yapılmasına gerek görmemiştir. Tüm bu nedenlerle 14.11.1990 tarih 3678 sayılı Kanunla eklenen eski M.K.nun 626/a maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar Dairemizin yerleşen ve devamlılık gösteren içtihatlarında yasa koyucunun görev hususunda düzenleme yapmaması ve yasa düzenlemesi dikkate alınarak bu tür davalara bakma görevinin Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu kabul edilmiştir. Açıklanan bu olgular karşısında görevli mahkemenin paydaşlığın giderilmesi davalarında olduğu gibi Sulh Hukuk Mahkemesi olduğunun kabulü ile davanın esasının incelenmesi gerekirken aksi görüşle görevsizlik kararı verilmesi isabetsiz olmuş, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.’’ (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

tevdiiine karar verilir. Kanun metninde ödenme veya tevdii denmektedir. O halde davanın sonuçlanmasından önce çıkarılması talep edilen paydaşa payın değeri ödenebileceği gibi başka bir yere de depo edilebilmektedir. Davanın kabulüyle sonuçlanması halinde sicili bulunan eşyalar bakımından talepte bulunan adına, talep sahibi birden fazla kişi ise her birine eşit oranlarda dağıtılarak paydaşlıktan çıkarılan kişinin payı tescil edilir.

Aynı şekilde TMK md. 696/5 gereği, paydaşlıktan çıkarılması istenen paydaşın payını isteyen paydaş bulunmazsa, davalı paydaşa hakim payını devretmesi için uygun bir süre verir. Bu süre içinde devredilmezse açık artırmayla satışına karar verilebilecektir. Bu hüküm zannımca davalı tarafın davayı uzatma ve hakkını kötüye kullanmasının önüne geçmek amacıyla getirilmiştir. Söz konusu satış kararına, cebri icra yoluyla paraya çevirme işlemine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Bu davada hakim somut olayı TMK md. 4 gereği hakkaniyete uygun olarak ve takdir hakkını kullanarak çözecektir. Paylı mülkiyetin devamının çekilmez hale gelmesi ve yükümlülüklerin ağır ihmali kanunda net bir biçimde açıklanmadığından hakim burada takdir hakkına sahip olacak ve somut olayın özelliklerine göre karar verir.

1.8.2. Bütün Paydaşlar için Sona Ermesi

TMK md.698/1'e göre; belirli koşullar altında paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir. Yani paylaşma isteme hakkı ve yetkisi her bir paydaşa tanınmış ve yenilik doğurucu bir haktır. Bu hakkın kullanılması için paydaşlardan bir veya birkaçının kusuru gerekmez. Paydaş paylı mülkiyeti sona erdirmek ister ve bunu talep eder. Talep anında paylı mülkiyet sona ermez. Ancak diğer paydaşlar paylaşmayı yapma borcu altına girerler¹⁰⁰. Tüm paydaşlar dava dışı olarak aralarında anlaşılırsa yapacakları paylaşma sözleşmesi ile paylı mülkiyeti sona erdirebilirler. Elbette bu taşınmaz için resmi yazılı geçerlilik şartına bağlıdır.

Paylaşma sözleşmesi, bazı paydaşların kabul etmemesi veya aralarında anlaşamamaları nedeniyle genellikle yapılamamaktadır. Böyle bir durumda TMK md.699/2 uyarınca sulh hukuk mahkemesinden paylaşma talebinde bulunulur yani tezimizin konusu olan "Ortaklığın Giderilmesi Davası" açılır. Bu davanın tüm paydaşlara yöneltilmesi gerekir.

¹⁰⁰ Oğuzman vd., 2016: 332.

1.8.2.1. Kat Mülkiyetine Çevrilmesi Suretiyle Sona Ermesi

Paylı mülkiyet, kat mülkiyetine geçiş suretiyle de sona erebilir. Kat mülkiyeti iki şekilde kurulur. Bunlardan bir tanesi resmi sözleşmeyle (iradi) olarak kurulması, diğeri ise mahkeme kararıyla kurulmasıdır¹⁰¹(KMK md.10).

Kat mülkiyetinin çevrilme suretiyle paylı mülkiyetin sona ermesinin bir çeşidi olan mahkeme kararıyla kat mülkiyeti kurulması konusu tezimizin üçüncü kısmında işlenmiştir. Tekerrür olmaması adına bu başlık altında yalnızca resmi sözleşme ile kurulması durumu incelenmiştir.

634 sayılı KMK md.10/1' göre;kat mülkiyeti ve kat irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğar. Bu hüküm dikkate alındığında anataşınmazdaki paydaşların tümü hazırlayıp imzaladıkları tapu memuruna verirler¹⁰².

KMK md.12'de kat mülkiyetinin kurulması için dilekçeye eklenmesi gereken evraklar sayılmıştır. Buna göre; anataşınmazında yapı ya da yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca anataşınmazın maliki ya da tüm paydaşlarının imzaları alınarak onaylanan ve elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilen mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesinin yanı sıra bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı durumunda bu yapıların özelliğine göre KMK md.28 deki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik ya da malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plânı dilekçeye eklenir(KMK md.12).Yönetim planında ana yapıya ait idari şekil ayrıntılı bir şekilde gösterilir. Yönetim planının her sayfası tüm paydaşlarca imzalanır¹⁰³.

1.8.2.2. Elbirliği Mülkiyetine Çevrilmesi Suretiyle Sona Ermesi

Elbirliği mülkiyeti halleri kanunda sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bu haller dışında ortakların bir araya gelerek elbirliği mülkiyeti kurmaları mümkün değildir.

Bunun yanı sıra paylı mülkiyetin elbirliği mülkiyetine çevrilerek son bulması da mümkündür. Bunun rastlanılması ihtimali en yüksek örneği, paydaşların adi ortaklık kurmalarıdır. Bu durumda TBK md.520 vd. maddeler devreye girecektir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Erdoğan, 2008: 813; Balcı, 2004: 44.

¹⁰² Erdoğan, 2008: 813

¹⁰³ Erdoğan, 2008: 814.

¹⁰⁴ Kurşat, 2008: 156.

1.8.2.3. Kamulaştırma ve Yok Olması

AYMd. 13’de yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel düzenleme, yine AYMd.35’in 2. cümlesinde mülkiyet hakkına ilişkin olarak özel haliyle karşımıza çıkar. Madde metninden anlaşıldığı üzere mülkiyet hakkı ancak kamu yararı sebebiyle ancak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bunun tipik örneği ise, kamulaştırmadır. Kamulaştırma, özel mülkiyete tabi taşınmazların mülkiyetlerinin cebren idareye geçirilmesi yöntemi olarak tanımlanabilmektedir¹⁰⁵. Diğer adı istimlak olan kamulaştırma hususu, Anayasa md. 46¹⁰⁶, da ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenmiştir. Kamulaştırma Kanunu md.1¹⁰⁷, de kanunun amaç ve kapsamı, md.3¹⁰⁸, de ise kamulaştırma şartları düzenlenmiştir.

Kamulaştırma ancak ve ancak kamu yararı söz konusu ise yapılabilecektir. Başka bir deyişle gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine ait mülkiyet hakkı, kamu yararı gözetilerek kamulaştırma yoluyla sınırlandırılabilir ve hatta sona erdirilebilecektir. Kamu yararı gözetilerek yapılan kamulaştırma neticesinde kişiye ait mülkiyet hakkı sona erebilecektir. Bu da bizlere mülkiyet hakkının mutlaklığının ve sağladığı sonsuz yetkilerin daim olmadığını, çoğunluğun karşısında mülkiyet hakkının ortadan kalkabileceğini göstermektedir. Zannımca bu düzenlemeler toplumdaki düzenin sağlanması açısından gerekli ve hatta zorunlu olup, mülkiyet hakkının kullanımdan doğan muhtemel kaos ortamlarının önüne geçecek niteliktedir.

Kamulaştırma Kanunu’na göre; idare öncelikli olarak kamulaştırılacak taşınmazı belirler. Taşınmazın kamulaştırılması için kamu yararı kararı alınır. Bu kararın ardından idare kendi imkanları ile kamulaştırmaya konu taşınmazın bedelini tespit üzere bir bedel takdir komisyonu kurar. Bu komisyon taşınmazın bedelini tespit eder ve bu bedel üzerinden taşınmaz malikine teklifte bulunulur. 2001 yılında Kamulaştırma Kanunu’na getirilen özel bir düzenleme ile ‘satın alma usulünün’ uygulanması zorunludur. Yine idare tarafından

¹⁰⁵ Gözler, 2010: 706.

¹⁰⁶ ‘‘ D. Kamulaştırma

MADDE 46. – (Değişik: 3.10.2001-4709/18 md.) Devlet ve kamu tüzelkişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.’’

¹⁰⁷ ‘‘Amaç ve kapsam

Madde 1 – Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyuşmazlıkların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.’’

¹⁰⁸ ‘‘Kamulaştırma şartları

Madde 3 – İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler.’’

oluşturulan satın alma komisyonu, daha önceden belirlenen bedeli belirtmeden, taşınmaz malikini satın alma usulünü uygulamak üzere davet eder. Malik davete uyar ve kamulaştırmayı yapan idare ile bedel konusunda anlaşır, tapuda ferağ vermesi istenir. Tapuda malikin ferağ vermesinden sonra idarece bedel ödenir ve bu aşamadan sonra kamulaştırma işlemine ve bedeline yönelik olarak dava açılmaz¹⁰⁹. Malik davete gelmezse veya gelir de bedeli kabul etmediğini beyan ederse anlaşmazlık tutanağı düzenlenir, kamulaştırılacak taşınmazın bedelinin tespiti ve idare adına tescili için 30 gün içerisinde taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi'ne idare tarafından dava açılır. Burada kamulaştırmanın gerekli olup olmadığı veya kamu yararı olup olmadığı konularını Asliye Hukuk Mahkemesi araştırır. Sadece Kamulaştırma kanununda yer alan şekli şartları inceler, şartların oluştuğunu anlarsa kamulaştırılmasına karar verilen ve bedeli yönünden çekişme bulunan taşınmazın bedelini yapacağı keşif ve bilirkişiler marifetiyle tespit eder. Kamulaştırma işlemine yönelik bir talep ancak ve ancak idare mahkemesine yönlendirilebilir. Kaldı ki Kamulaştırma Kanunu md.14 ile md.10/3-d bendi uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesi'ne bedel tespit ve tescil davası açıldığında tensip ara kararı ile davalı taşınmaz malikine tebliğden itibaren 30 gün içerisinde idari yargıda kamulaştırma işlemine karşı dava açabileceği bildirilir. Dava açarsa Asliye Hukuk Mahkemesi bunu bekletici mesele yapar ve İdare Mahkemesi'nin sonucunu bekler. Açılmadığı takdirde davayı en fazla 4 ay içine sonuçlandırır ve karara bağlar. Dört ay içinde sonuçlanmayan kararlara karşı dört ayın bitinden itibaren en yüksek faiz oranı işletilir.

Kamulaştırma işlemi ve buna ilişkin dava yolları kısaca bu şekilde olmakla birlikte taşınmazın mülkiyeti, anlaşma yoluyla edinilirse tapuda verilen ferağ itibariyle idareye geçer. Ancak dava söz konusu ise karşımıza mülkiyetin geçiş anının tespitinde karşımıza Kamulaştırma Kanunu md. 10, HMK md. 350, TMK md. 705 çıkacaktır. İlgili kanunun 10. Maddesine göre Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan bedel tespit ve tescil davasında tescil hükmü kesin olup bedele karşı kanun yolları açıktır. HMK md. 350'ye göre ise taşınmaz aynına ilişkin davalar kesinleşmedikçe icra edilemezler. Ayrıca TMK md. 705'e göre tescilsiz iktisap hallerinden biri de mahkeme hükmüdür. Buradan da anlaşılacağı üzere adli yargıda görülen kamulaştırma davalarında hükümde taşınmazın idare adına tesciline karar verilirken hüküm kesin olarak verildiği için ve bir ilam söz konusu olduğu için kararın verildiği anda taşınmazın mülkiyeti idareye geçecektir diye düşünmek doğru olacaktır.

Doktrin ile Yargıtay arasında oluşan bir görüş farklılığına da burada değinmekte fayda olacaktır. Doktrindeki görüşe göre kamulaştırılan bir taşınmaz, kamulaştırılan idarenin özel

¹⁰⁹ Oğuzman vd., 2016: 416.

mülkiyetine dahil olur ve idare bu taşınmazı özgüleme yolu ile kamu malı haline getirebilir. Ancak Yargıtay'a göre bir taşınmaz kamulaştırılınca otomatik olarak kamu malı haline gelir¹¹⁰.

Açıklanan bu hususlardan da anlaşılacağı üzere, konunun en başında bahsettiğim mülkiyet hakkının mutlak ve herkese karşı ileri sürülebilir oluşu sınırsız değildir. Bahsi geçtiği şekilde sınırlandırılabilir ve hatta kaldırılabilir. Buna bir başka örnek olarak "istimval" yani taşınırlara devlet tarafından el konulması örnek gösterilebilir. Kısaca bu konudan da bahsetmek uygun düşecektir. İstimval hukuk sözlüğünde ilgililerin rızası olmasa bile yasa gereğince ve değer pahası karşılığında kişilerin mallarına el konulması olarak tanımlanmaktadır¹¹¹. Bir başka ifadeyle, istimval (requisition) özel mülkiyet kapsamındaki taşınırların bedeli karşılığında mülkiyetinin ya da kullanım ve intifa hakkının idareye cebren geçirilmesini düzenleyen istisnai ve olağanüstü durumlara özgü bir yöntemdir¹¹². İstimval, Anayasa md.121¹¹³'deki düzenleme ile karşımıza çıkmaktadır.

Madde metninde geçen mal yükümlülüğü bahsetmiş olduğumuz istimvaldir¹¹⁴. İstimval olağanüstü hal zamanlarında söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenleme de 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almaktadır. 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu ile 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunu da istimval konusunun düzenlendiği ve 1982 Anayasası'ndan evvel çıkarılmış yasalardır¹¹⁵.

Tüm bunların yanı sıra Anayasa'da düzenlenmeyen ancak kamu yararına yönelik bir faaliyet için özel mülkiyete tabi bir taşınmaz geçici olarak girilmesi anlamına gelen "geçici işgal" kurumu da hukuk düzenimizde yer almaktadır. Özellikle Bayındırlık işlerinde, plan, proje ve kadastro çalışmalarında bu kurum gündeme gelmektedir¹¹⁶.

TMK md. 717 uyarınca, mülkiyet konusu şey doğal olaylar nedeniyle devamlı surette ve tamamen yok olursa¹¹⁷ mülkiyet hakkı kaybedilmiş olur. Özellikle taşınmazın bir daha

¹¹⁰ Eren, 2016: 250.

¹¹¹ <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/istimval>, (erişim tarihi: 16.01.2018)

¹¹² Gözler, 2010: 707.

¹¹³ "MADDE 121/2-119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir."

¹¹⁴ <http://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>, (erişim tarihi: 28.08.2017)

¹¹⁵ <http://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>, (erişim tarihi: 28.08.2017)

¹¹⁶ Gözler, 2010: 709-710.

¹¹⁷ "Taşınmaz mülkiyetinin kaybı

Madde 717.- Taşınmaz mülkiyeti, terkin veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer. Kamulaştırma halinde mülkiyetin ne zaman sona ereceği özel kanunla belirlenir."

ortaya çıkması insan tecrübesine ve hayatın olağan akışına aykırı ise taşınmazın tamamen kaybı gündeme gelir. Mülkiyet bu durumda konusuz kalmıştır. Tamamen kayıp halinde tapu sicilindeki kayıt kapatılır¹¹⁸ Taşınırlar yönünden de eşyanın tamamen yok olması mutlak kayba bir örnektir¹¹⁹.

1.8.2.4. Mülkiyet Hakkının Terki

Terk, malikin tek taraflı olarak yönelttiği irade beyanı ile mülkiyet hakkından feragat etmesidir. Bu durumda mülkiyet hakkı sona erer¹²⁰. Paylı mülkiyette paydaşlardan biri payını terk ettiğini açıklarsa mülkiyet hakkını kaybeder. Bu durumda diğer paydaşlar işgal¹²¹ suretiyle sahipsiz kalan bu payı sahiplenebilirler. Ancak hisse işgalinin mümkün olmadığını çok istisnai olarak söz konusu olabileceğini savunan görüşler de vardır¹²². Aynı şekilde tüm paydaşlar terk yoluyla da paylı mülkiyeti sona erdirebilirler.

Taşınmazlar yönünden malik, tapu memuruna terk iradesini yazılı olarak beyan ederse terk geçerli olacaktır. Bu durumda mülkiyet kaydı terkin edilir. Tapusuz taşınmazlarda, tescil olmadığı için terk de yapılamaz. Ancak zilyetlik terk edilebilir¹²³.

1.8.2.5. Mülkiyet Hakkının Devri

Taşınmaz mülkiyeti tescil ile kazanılır (TMK md.705/1). Devir işleminin resmi şekilde düzenlenen sözleşme ile yapılması gerekir (TMK md.706/1). Taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyette payını devretmek isteyen paydaş bunu resmi senet ile tapu memuru huzurunda yapmalıdır. Bu durumda mülkiyet hakkı devir suretiyle kaybedilmiş olacaktır.

Taşınırların devri için zilyetliğin devri yeterlidir (TMK md.763/1). Taşınırlar üzerindeki paylı mülkiyette paydaş zilyetliği devrederek mülkiyet hakkını devretmiş olur.

Paydaşlardan her biri kanun ya da sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, diğer paydaşların onayına veya iznine gerek kalmadan payını devredebilir¹²⁴.

¹¹⁸ Oğuzman vd., 2016: 461.

¹¹⁹ Oğuzman vd., 2016: 764.

¹²⁰ Oğuzman vd., 2016: 461.

¹²¹ ‘‘İşgal

Madde 707.- *Tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin işgal yoluyla kazanılması, ancak kaydının malikin istemiyle terkin edilmiş olmasına bağlıdır.*

Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerinde işgal yoluyla mülkiyet kazanılamaz.’’

¹²² Aybay ve Hatemi, 2012: 140.

¹²³ Oğuzman vd., 2016: 462.

¹²⁴ Şengöz, 2018: 68.

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

2.1. Paylı Mülkiyetin Konusu Eşyanın Paylaşılması

Paydaşlar paylı mülkiyeti sona erdirmek ve fiilen de malı paylaşmaya karar verdiklerinde bunu iki şekilde yapabilirler. Tüm paydaşlar oybirliği ile anlaşıp malı paylaşırlarsa rızai paylaşma söz konusu olur. Ancak anlaşma sağlanamazsa paydaşlardan en az birinin dava açması yoluyla da paylaşma gerçekleşecektir. Buna da kazai paylaşma denir¹²⁵.

¹²⁵ Yargıtay 14. HD 2018/2 E., 2018/4475 K.; “...paydaşlığın giderilmesi davaları paylı veya elbirliği mülkiyete dayanan davalardır.

Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır.

Paydaşlığın(ortaklığın) giderilmesi davasını paydaşlardan (ortaklardan) biri veya birkaçı diğer paydaşlara (ortaklara) karşı açar. HMUK'nun 569.maddesi hükmü uyarınca davada bütün paydaşların (ortakların) yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birisinin ölmesi halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.”(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/6766 E., 2018/5291 K. Ve 2016/6111 E, 2018/5290 K.; “Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davalarda davalı da davacı gibi aynı haklara sahiptir. Bu nedenle davacının paydaşlığın satış suretiyle giderilmesini istemesi davalıların aynen paylaşma istemesine engel teşkil etmez.” (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 14. HD 2018/1253 E., 2018/4865 K. ; “Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMK'nın 27. maddesi uyarınca davada bütün paydaşların yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birinin ölümü halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.”(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 14. HD 2017/5586 E., 2018/4554 K. ; “Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, iki taraflı, tarafları için benzer sonuçlar doğuran davalardır.

Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMK'nın 27. maddesi uyarınca davada bütün paydaşların yer alması zorunludur. Paydaşlardan veya ortaklardan birinin ölümü halinde alınacak mirasçılık belgesine göre mirasçılarının davaya katılmaları sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekir.

5578 sayılı Kanunla değiştirilen 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi gereğince bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne sebeple gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların 3. şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği hükmü mevcutken, 5403 sayılı Kanunun 8. maddesinde 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Kanunun 4. maddesi ile yapılan ve 15.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle "Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez. Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz...." şeklinde düzenleme yapıldığından artık asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altındaki arazilerde de payın üçüncü şahıslara satışı ve devri mümkün hale gelmiştir.

Bu durum kanun değişikliğinden kaynaklandığından usuli kazanılmış hak da oluşturmaz.

5403 sayılı Kanunun 8. maddesinde 30.04.2014 tarihinde yapılan değişikliktan sonra artık borçlunun (zaten paylı mülkiyete konu olan) payının doğrudan satışı mümkün hale geldiğinden ve alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açmakta hukuki yararı kalmadığından davanın reddi gerekir.”(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Paylı mülkiyetin paylaşılması ve sona ermesi için ortaklığın giderilmesi davası açıldığında, sonuçta hakimin davanın kabulüne karar vermesi halinde çeşitli paylaşma yöntemleri vardır. Bunlar; aynen paylaşma (taksim), paraya çevirme yoluyla paylaşma (nakden taksim) ve kat mülkiyetine çevirme yoluyla paylaşmadır.

2.1.1. Rızai Paylaşım

Paydaşlar kendi aralarında anlaşarak bir paylaşma sözleşmesi ile ortaklık konusu malı aralarında paylaşabilirler. Ancak bunun için tüm paydaşların oybirliği ile karar alması gerekir. Biri dahi paylaşmak istemez veya paylaşmak isteyip de paylaşma şartlarını uygun görmezse bu durumda dava yoluyla paylaşma sağlanır. Paydaşların kendi aralarında anlaşarak yaptıkları paylaşmaya rızai paylaşma denilmektedir¹²⁶. Bu aynen paylaşma şeklinde olabileceği gibi malın satılıp bedelinin paylaşılması şeklinde de olabilir. Aynen paylaşma durumunda özellikle taşınmazlar için yapılacak paylaşma sözleşmesinin geçerli olabilmesi TMK md.705 gereği resmi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Paylaşma sözleşmesi bu şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz ve paydaşlar kendi adlarına özgüledikleri taşınmazın parçasının tescilini gerçekleştirmezler.

2.1.2. Kazai Paylaşım

Paylı mülkiyetin giderilmesi hususunda paydaşlar aralarında anlaşmış ve bir paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa kazai paylaşmaya gerek yoktur¹²⁷. Paydaşların anlaşamadıkları durumunda paylı mülkiyet dava yoluyla sona erdirilir. Bu davanın niteliği konusunda da farklı

¹²⁶ Yargıtay 14. HD 2014/16056 E., 2016/627 K.; ‘‘ Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler. Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TMK m. 676). madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere elbirliği mülkiyetine konu mallarda ortaklar paylaşma sözleşmesi (miras taksim sözleşmesi) yapmış iseler bu sözleşmeyle elbirliği haline son vermiş olduklarından artık ortaklığın giderilmesi davası açamazlar. Mirasçıların aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi kendilerini bağlar. Paylaşma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için paylaşma konusu şeyin mirasbırakana ait olması gerekir. Paylaşma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmış olması ve bütün mirasçıların katılması zorunludur. Bütün mirasçıların katılmadığı paylaşma sözleşmeleri geçersizdir. ’’(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 14. HD 2014/15248 E. 2015/11926 K.; ‘ ‘Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler. Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TMK m. 676). Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere elbirliği mülkiyetine konu mallarda ortaklar paylaşma sözleşmesi (miras taksim sözleşmesi) yapmış iseler bu sözleşmeyle elbirliği haline son vermiş olduklarından artık ortaklığın giderilmesi davası açamazlar. Mirasçıların aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi kendilerini bağlar. Paylaşma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için paylaşma konusu şeyin mirase ait olması gerekir. Paylaşma sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmış olması ve bütün mirasçıların katılması zorunludur. Bütün mirasçıların katılmadığı paylaşma sözleşmeleri geçersizdir. ’’(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 31.08.2018)

¹²⁷ Özgür, 1995: 80.

görüşler bulunmaktadır. Bunun bir eda davası olduğunu belirten görüşün yanı sıra¹²⁸; eda davası olmadığını yenilik doğuran bir dava olduğuna ilişkin görüşlerde¹²⁹ vardır. Aslında eda davası HMK md.105'de; *eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir*, şeklinde açıklanarak niteliği belirlenmiştir. Yani ortaklığın giderilmesi davasında da paylaşmayı talep eden paydaş mahkemeden, diğer paydaşlardan paylaşmayı yapmaya mahkum edilmelerini istemektedir. Bunun yanı sıra paylaşma neticesine ortak bir şekilde kurulan mülkiyet sona ereceği için bozucu da olsa yenilik doğurucudur. Yani ortaklığın giderilmesi davası her iki vasfı da taşımakta olup, yenilik doğurucu bir eda davasıdır.

Paylı mülkiyetin sona ermesi hallerinden biri olan ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyet dava yoluyla (kazai şekilde) sona erdirilir. TMK md. 698'e göre; hukukî bir işlem uyarınca da paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması nedeniyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir. Yani her bir paydaşın, ortak mülkiyetin sona erdirilmesini isteme hakkı vardır.¹³⁰

Paylaşma isteme hakkı bozucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır. Bozucudur zira paydaşlar arasındaki ortaklık bir paydaşın isteğiyle sona ermektedir.

Paylı mülkiyette, paydaşın kendi payı üzerindeki mülkiyet hakkı diğer paydaşların mülkiyet hakları ile kısıtlanmış durumdadır. Ortaklığın devamında kanuni bir zorunluluk veya paydaşların hususi bir yararları yoksa bu davanın açılmasında ve ortaklığın giderilmesinde herhangi bir engel yoktur¹³¹. Bu hakkın kullanılması diğer paydaşlarada, paylaşma konusunda sorumluluk yükler. Paylaşma isteminin tüm paydaşlara yöneltilmesi gerekir.

2.2. Aynen Paylaşma (Taksim)

Aynen paylaşma, paylaşılmak istenen malın fiziki anlamda birden çok parçaya bölünerek ayrılması ve ayrılan parçaların paydaşlara payları oranında özgülenerek tek kişi mülkiyeti kurulması halidir. Böylece kişi tek başına malik olur¹³².

Aynen paylaşma bazı şartlara tabidir. Öncelikle aynen paylaşma, malın değerinde ciddi bir azalma olmayacaksa uygulanır¹³³. Ardından malın aynen paylaşmaya elverişli olup

¹²⁸ Oğuzman vd., 2016: 338.

¹²⁹ Eren, 2016: 125.

¹³⁰ Kanun md. 698 gerekçesi; ''Paydaşlar dava açmadan da kendi aralarında paydaşlardan birinin istemi üzerine paylaşma yapabilirler. İstem sözcüğü, bu anlamda davayı da içine alan daha geniş bir ifadedir. Bu sebeple tercih edilmiştir.''

¹³¹ Karahacıoğlu, 1994: 1.

¹³² Kurşat, 2008: 338.

¹³³ Esener ve Güven, 2012: 186. Arslan ve Kırmızı, 2012: 266.

olmadığı araştırılır¹³⁴. Paydaşlardan biri veya birkaçı mahkemeye başvurduktan sonra; mahkeme öncelikle aynen paylaşmanın mümkün olup olmadığına bakar. Bu nedenle davaya konu mal taşınmaz ise tapu kayıtları, çap örnekleri getirtilir¹³⁵. Tapu kayıtlarında bir yanlışlık veya eksiklik olduğu anlaşılırsa, bu durum araştırılır ve gerekirse bunun giderilmesi için taraflara süre verilir¹³⁶.

Aynen paylaşma için tüm paydaşlar aynen paylaşmayı reddetmemiş ya da kabul etmeyeceklerine ilişkin bir sözleşme yapmamış olmaları gerekir. Aksi halde hakim aynen paylaşmaya karar veremez. Kanun metninde yer alan ‘‘paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa’’ ifadesi bu durumu belirtmektedir¹³⁷. Ancak paydaşlardan biri satış suretiyle taksim, diğeri aynen taksim talebinde bulunuyor ise, ifrazın mümkün olduğu anlaşılırsa, davayı satış suretiyle taksim talep eden paydaş açmış olsa dahi aynen taksim suretiyle ortaklık giderilecektir. Yani davacı satış suretiyle taksim istemiş, davalı ise aynen taksim istemiş ise; öncelik aynen taksim olduğu için aynen taksim suretiyle ortaklığın sona erdirilmesine karar verilecektir.

TMK md.699/2’ye göre; paylaşma şeklinde uyuşma sağlanamaz ise, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaşılmasına, bölünen parçaların

¹³⁴ Arslan ve Kırmızı, 2012:266. Ruhi ve Ruhi, 2017: 669

¹³⁵ Küley, 1959: 127-128. Yargıtay 14 HD 2016/1918 E. 2018/1899 K.; ‘‘Paydaşlığın giderilmesi davalarında mahkemece malın aynen bölünerek paylaşılmasına karar verilebilmesi için taşınmazın yüzölçümü, niteliği, pay ve paydaş sayısı ve tarım arazilerinin niteliği ile imar mevzuatına göre aynen taksimin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir.

Taşınmazın önemli ölçüde bir değer kaybına uğraması söz konusu ise aynen bölünerek paylaşılmasına karar verilemez. Keza paydaşlar rıza göstermedikleri takdirde taşınmazın bir bölümü paylı bırakılamaz.

Aynen bölünerek paylaşılmanın (taksim) mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para (ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanır. Paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaşmaya karar veremez. ...

Belediye Encümeni veya İl İdare Kurullarınca 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili Yönetmelik hükümlerine uygun bulunması halinde onaylanması gereken ifraz projesinde kimlere nerelerin verileceği, bu konuda paydaşlar aralarında anlaşamazlarsa hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir.

Onay makamından olumsuz cevap gelmesi halinde paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir.’’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2015/4437 E. 2017/7496 K.; ‘‘Öte yandan, mahkemece teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilerek bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Yasası ve Yönetmeliğine göre ifraz ve tevhidin mümkün olup olmadığının da sorulması gerekmektedir.

Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı...’’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/141 E., 2017/9043 K.; ‘‘Aynen bölünerek paylaşılma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilerek bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Yasası ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur. İfraz projesinde kimlere nerelerin verileceği konusunda paydaşlar anlaşamazlar ise hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir.’’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹³⁶ Ruhi ve Ruhi, 2017: 668. Arslan ve Kırmızı, 2012:264.

¹³⁷ Kurşat, 2008: 339.

değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para(ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir¹³⁸. Aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesi mümkün olduğu takdirde, öncelikle taraflar arasında paylaşmaya ilişkin bir anlaşma var mı buna bakılır. Paydaşların anlaşmaları mahkeme tarafından uygun görülürse, bu anlaşmaya göre karar verilir. Elbette öncesinde hakim tarafından söz konusu taşınmazın veya taşınırın niteliğine ve somut duruma göre aynen paylaşılmasının mümkün ve uygun olup olmadığına bakılır. Aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesi uygun bulunursa, bölünen parçalar paydaşlara özgülendir. Bölünen parçaların değerlerinin birbiri ile denk olmaması durumunda, eksik değerdeki parçaya ivaz (para) eklenerek denkleştirme sağlanır¹³⁹. Tabi bu noktada da denkleştirme yapılacak hangi parçanın hangi paydaşa verileceği anlaşmazlık konusu olabilir, bu nedenle bu husus gerektiği takdirde kura çekilmek suretiyle belirlenebilmelidir. Kaldı ki hakim, taraflara arasında anlaşma olmadıkça taşınmazın tamamını bir veya birkaç paydaşa vererek, diğer paydaşlara ivaz da takdir edemez. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesine ilişkin verdiği karar kesinleştikten sonra İİK md.128 gereği, hüküm özeti taşınmazın bulunduğu yer Tapu Müdürlüğü'ne re'sen gönderilir.

TMK md. 699'a göre; *paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir*¹⁴⁰. Yani aynen paylaşma mümkünse bu yolla paylı mülkiyet sona erdirilir. Bunun mümkün olmadığı durumlarda artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesine karar verilecektir. Örneğin, bir atın veya arabanın aynen paylaşılması mümkün değildir. Ancak bir taşınmaz eğer bazı şartlar uygunsa¹⁴¹ aynen bölüşülerek parsellenebilecek ve bu şekilde aynen paylaşılacaktır.

¹³⁸ TMK md. 699 ve İmamoğlu, 2006: 48.

¹³⁹ Ruhi ve Ruhi, 2017: 1274.

Yargıtay 14. HD 2017/86 E. 2017/2316 K.; ‘*Aynen bölünerek paylaşımın (taksim) mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para (ivaz) eklenerek denkleştirme sağlanır. Paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaşımaya karar veremez.*’

¹⁴⁰ Yargıtay 14. HD 2014/13414 E. 2015/6950 K.; ‘*TMK'nın 699. maddesi paylaşma biçimi başlığını taşımakta olup bu maddeye göre paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir. Paylaşma, kural olarak ya malın belli bir kesiminin paydaşlara aynen verilmesi ya da satılarak satış sonunda elde edilecek paranın dağıtım şekline yapılır. O halde tarafların murisinden kalan ve terekeye dahil olduğu iddia olunan para veya alacakta aynı hak söz konusu olmadığından ve para misli eşyadan sayıldığından ortaklığın giderilmesine karar verilmesi doğru değildir. Davacıların talebinin aynen bölüşme isteğine ilişkin olduğu, dava dilekçesinin elbirliği halinde mülkiyetin, paylı mülkiyete dönüştürülmesi yönünde bir talep bulunmadığı gözetilmeksizin yanlış vasıflandırmayla davanın elbirliği halinde mülkiyetin, paylı mülkiyete çevrilmesi davası olduğunun kabulü isabetli değildir.*’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁴¹ Bu şartlara örnek olarak tarım arazilerinin, Bakanlık tarafından belirlenen miktarın altında kalmama koşulunu içeren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8. Maddesi gösterilebilir. Madde metninde 2014 yılında esaslı değişiklik yapılmıştır. Daha önceden tarımsal arazilerin ifrazı hiç mümkün değilken, şimdi belirli miktarlar dahilinde ifraz mümkün kılınmıştır.;

‘*Tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi Madde 8 ...*

Aynen paylaşmanın mümkün olduğu anlaşılırsa Teknik bilirkişilere taksim(ifraz) projesi düzenlenir. Bu projeye göre, taşınmazın bulunduğu yere göre belediyeden veya İl İdare Kurulu'ndan İmar Kanunu ve yönetmeliğine göre paylaşmanın mümkün olup olmadığı sorulur. Aksi cevap gelirse satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilir¹⁴².

Aynen bölünme yoluyla ortaklığın giderilmesinde, bölünen parçaların hangi paydaşa özgüleneceği noktasında bazı anlaşmazlıklar olabilir. Örneğin; taşınmazın bölünmesinde suya yakın olan kısmın kime, yola yakın olan kısmın kime ait olacağı noktasında sorun çıkabilir. Yargıtay kararlarında bu kura yöntemiyle çözülmüştür¹⁴³. Yani bölünen parçaların özgülenmesi yapılacak bir kura ile olur¹⁴⁴. Kura duruşmada hazır olanların huzurunda çekilir¹⁴⁵. Buna ilişkin kanunda emredici bir hüküm yoktur. Hakim doğrudan da özgüleme işlemi yapabilir ama kura daha uygun olur.¹⁴⁶

(Değişik: 30/4/2014-6537/4 md.) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.

(Değişik: 30/4/2014-6537/4 md.) Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir."

Yargıtay 12. HD 2014/21333 E., 2014/25184 K.; "Yasanın amacı tarım arazilerinin çok küçük parçalara bölünerek ülke tarımının zarar görmesini engellemeye yöneliktir. Emredici hükümler içerdiği ve ülkenin geleceğine yönelik düzenlemeler taşıdığı için bu yasa hükümleri kamu düzenine ilişkin bulunmaktadır. Bu nedenle 5403 Sayılı Yasa hükümlerine aykırılık bulunması halinde bu husus ilgililerce ihalenin feshi sebebi olarak ileri sürülebileceği gibi, mahkemece de re'sen nazara alınmalıdır. Aksinin kabulü halinde miras paylarının üçüncü şahıslara satışının ve küçük parçalar halinde ifrazının yolu açılacağı için yasanın hükümleri dolaylı yoldan çiğnenmiş olacaktır.

Böyle bir durumda yapılması gereken iş, alacaklı tarafından İİK'nun 121. maddesine göre icra mahkemesine başvurarak ortaklığın giderilmesi davası açmak üzere yetki almak suretiyle sulh hukuk mahkemesinde ortaklığın giderilmesi davası açıp satış işlemini gerçekleştirmekten ibarettir."(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

¹⁴² Arslan ve Kırmızı, 2012: 266-267.

¹⁴³ Yargıtay 14. HD 2017/86 E. 2017/2316 K.; "Aynen bölünerek paylaşırma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz projesi düzenletirilerek bu projeye göre taşınmaz belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde ise ilgili belediyeden, belediye dışında ise İl İdare Kurulundan bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur.

Belediye Encümeni veya İl İdare Kurullarınca 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili Yönetmelik hükümlerine uygun bulunması halinde onaylanması gereken ifraz projesinde kimlere nerelerin verileceği, bu konuda paydaşlar aralarında anlaşamazlarsa hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir."(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

¹⁴⁴ Arslan ve Kırmızı, 2012: 267. Ruhi ve Ruhi, 2017: 670.

¹⁴⁵ Ruhi ve Ruhi, 2017: 670.

¹⁴⁶ Yargıtay 14. HD 2016/141 E., 2017/9043 K.; "Aynen bölünerek paylaşırma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenletirilerek bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Yasası ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur. İfraz projesinde kimlere nerelerin verileceği konusunda paydaşlar anlaşamazlar ise hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir."(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

Yargıtay 20. HD 2017/4194 E., 2017/8821 K.; "Somut olayda; dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan tamamlanmış yapıya ilişkin olarak; mahkemece öncelikle bilirkişi kurulundan zemin ve normal katlardaki bölümlerin başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölüm olup olmadığı, niteliklerinin (mesken, işyeri, depo

Önemle belirtmek gerekir ki; burada hakimın paylaşmanın şekli konusunda takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki oldukça sınırlandırılmıştır. Zira amaç ortaklığın anlaşarak, olumlu bir şekilde çözülmesini sağlamaktır. Her ne kadar davacı ve davalı ayrımı yer olsa da her iki taraf içinde dava neticesinde aynı sonuçlar doğacaktır. İşte bu nedenledir ki, ortaklığın giderilmesinde paydaşlar arasında bir anlaşma varsa buna uyulur. Yani hakim ortaklığın giderilmesinde oybirliği ile alınmış bir karar varsa bunun aksi yönde hüküm kuramaz. Örneğin, paydaşlar aynen paylaşmada anlaşmışlar ancak özgülenecek olan kısımlarda anlaşmazlığa düşmüşler ise; hakim satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar veremez ya da artırma yoluyla rıza gösterilmiş ancak bunun ortaklar arasında mı herkese açık şekilde mi yapılacağı konusunda ihtilafa düşülmüşse hakim sadece bu sorunu çözer, aynen paylaşmaya ya da pazarlık usulü ile satışa karar veremez¹⁴⁷. Bu ve buna benzer konularda paydaşların anlaşmasına uyulmalıdır.

Paylaşmaya ilişkin bu dava sonucu verilen mahkeme kararının yenilik doğurucu özelliği yoktur. Zira mahkemem kararı uyarınca taşınmazlar bölünüp ayrı ayrı tapuya kaydedilmedikçe bölünen parçaların hukuki bir mevcudiyetleri yoktur¹⁴⁸.

Bir diğer konuda ortaklığın giderilmesi davasında, mülkiyetin geçiş anına ilişkindir. Genel kural gereği, taşınırın mülkiyeti zilyetliğin devri ile; taşınmazların mülkiyeti ise tapu siciline tescil ile geçer. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere; taşınmazlar yönünden tescilsiz kazanılma halleri vardır. Taşınırın yönünden aynen paylaşma olursa (örneğin tarımsal ürünlerin paylaşılması; zeytin, buğday vs.) zilyetliğin devri ile mülkiyet geçer. Mahkeme kararı ile mülkiyetin geçeceği noktada kanunda açık bir hüküm olmadığı gibi, taşınmazlarda yer alan tescilden önce kazanım halindeki gibi, taşınırın yönünden zilyetliğin

vs. gibi) ne olduğu da açıklattırılarak davaya konu taşınmaz üzerindeki yapının onaylı projesinin ve sonradan değişiklik yapılmış ise buna ilişkin tadilat projesinin olup olmadığının taraflara ve ilgili belediyeye sorulup etraflıca araştırılması, proje mevcut değilse, ilgili belediyeden alınacak ön bilgiye göre yapının mevcut haliyle imar mevzuatına ve bulunduğu yerin imar durumu ile fenne aykırılık oluşturmadığı veya imara veya projeye aykırılıklar giderildiği takdirde onay verilebileceğinin saptanması durumunda, öncelikle aykırılıkların giderilmesi daha sonra yapının fiili durumunu yansıtan projenin hazırlattırılıp, ilgili imar müdürlüğünün onayının ve buna bağlı olarak oturma izin belgesinin alınması, ayrıca Kat Mülkiyeti Kanununun 12. maddesinde sayılan diğer belgelerin tamamlattırılması için kat mülkiyetine geçiş suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyen tarafa yetki ve yeterli süre verilmesi, bu hususlar eksiksiz yerine getirildiği takdirde de, dava konusu taşınmaz üzerindeki yapıda her bir bağımsız bölümün (konumu, yüzölçümü, kullanım amacı ve eklentileri yerinde incelenip irdelenerek) değeri ve bu değere göre özgülenecek arsa payı uzman bilirkişi aracılığıyla saptanıp varsa fiili taksim veya mülkiyetin tespitine ilişkin kesinleşmiş kararlar dikkate alınarak, taksim yoksa çekilecek kura ile önce her paydaşa birer bağımsız bölüm özgülendikten sonra arta kalan bağımsız bölümlerin pay oranları da gözetilmek suretiyle yine kura ile paydaşlara özgülenerken, gerekiyorsa bedel farkı nedeni ile ödenecek ivaz da belirlenmek suretiyle payların denkleştirilmesi, yönetim planı gibi belgeleri paydaşların (tanınan süreye rağmen) imzalamaktan kaçınması halinde bunların imzalanmış sayılması suretiyle araştırmanın tamamlanmasından sonra kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuyla hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olduğundan hükmün BOZULMASINA'' (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

¹⁴⁷ Eren, 2016: 126.

¹⁴⁸ Sirmen, 2016: 298.

devrinden önce kazanım hali yoktur. Taşınmazlar yönünden durum biraz daha farklıdır. Zira TMK md. 716'da yer alan; *“Bir taşınmazın mülkiyetini işgal, miras, kamulaştırma, cebrî icra veya mahkeme kararına dayanarak kazanan kişi tescili doğrudan doğruya yaptırabilir”* ve TMK md.705'de yer alan; *“Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır”* düzenlemeleri gereği taşınmazların aynen paylaşılması noktasında özgüleme yoluyla karar verilince mülkiyet geçecektir. Ancak açık artırma yoluyla satış ile ortaklık giderilirken mülkiyet alıcıya, İİK md.13'de yer alan; *“İcra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur”* şeklindeki düzenleme gereği ihale edildiği an geçecektir¹⁴⁹. Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere bu düzenleme taşınmazlar için yapılmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki elbirliği mülkiyetinde de paylı mülkiyete ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak öncelikle elbirliğine konu ortaklık ortadan kalkmalıdır. Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi ile ortaklığın giderilmesi talep edilebilecektir. Bu durum ise ancak ve ancak miras ortaklığında söz konusu olmaktadır. Yani miras ortaklığı dışındaki bir elbirliği mülkiyeti çeşidinde, bir ortağın paylı mülkiyete çevrilmeyi talep hakkı yoktur.¹⁵⁰ Mirasçılar da paylı mülkiyete geçilmesini talep ederek, ortaklığın giderilmesi davasını açabilirler. Buna ilişkin hükümler paylı mülkiyetteki hükümlere tabidir.

TMK md.648'e göre; açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış ya da haczettirmiş olan veya elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak için bir kayyım atanmasını isteyebilir. Buradan çıkarılacak sonuç, mirasçıların alacaklılarının da ortaklığın giderilmesini talep edebilecekleridir. Bu düzenleme ile alacaklıların hakkı korumak istenmiştir¹⁵¹.

¹⁴⁹ Yargıtay 12. HD 2017/1911 E. 2017/5668 K.; *“4721 sayılı TMK'nın 705. maddesi gereğince cebri icra yolu ile satışta ihalenin kesinleşmesi koşulu ile mülkiyet ihale tarihinde alıcıya geçer.”*(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 31.08.2018)

¹⁵⁰ Oğuzman vd., 2016: 351.

¹⁵¹ Yargıtay 14. HD 2017/5107 E., 2017/9511 K.; *“Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda, borçlu ortağın alacaklısı, icra mahkemesi hakiminden İİK'nun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir.*

İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalarda, kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir.”(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018) Yargıtay 14. HD 2017/4246 E., 2017/8432 K.; *“Elbirliği mülkiyetinde borçlu ortağın alacaklısı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Paylı mülkiyette ise, borçlu paydaşın alacaklısı, borçlunun bağımsız payının haczini ve satışını isteyebileceğinden yetki belgesine dayanarak taşınmazın paydaşlığının giderilmesini istemesi yasa koyucunun amacına uygun değildir.”*(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

2.3. Paraya Çevirme Yoluyla Paylaşma (Nakden Taksim)

TMK md.699/3'e göre; *bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, açık artırma yoluyla satışa hükmolunur*. Eğer aynen bölünme mümkün değilse, yapılacak olan satış açık artırma yoluyla yapılır. Kanunun '*hükmolunur*' şeklindeki ifadesi bize emredici hüküm olduğunu göstermektedir. Durum ve koşulların uygunluğu noktasında hakimin takdir hakkı vardır. Burada hakim somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapar ve ona göre karar verir. Örneğin; paylaşma halinde paylaşılan malın değeri, payların ayrı ayrı değerlerinin toplamından yüksek ise aynen paylaşma uygun olmayacaktır. Açık artırma yoluyla satış, herkese açık da olabilir yalnızca paydaşlar arasında da yapılabilir. Bunun için TMK md.699/3 gereği tüm paydaşların rızası gerekir. Hakim talep olursa; pazarlık usulüyle satışa da karar verebilir. Ancak bunun için, paydaşların aksi bir anlaşma yapmamış, karar almamış olmaları gerekmektedir.

Paraya çevirme yoluyla paylaşmanın safhaları ilerleyen başlıklar altında ayrıntılı ve özel olarak açıklanmıştır. Tekrar olmaması için burada değinilmemiştir.

2.4. Kat Mülkiyetine Çevirme Yoluyla Paylaşma

PAYLI MÜLKİYET, AYNEN VE NAKDEN TAKSİMİN YANI SIRA KAT MÜLKİYETİNE ÇEVİRME YOLUYLA DA TAKSİM EDİLEBİLİR. BU KONUDA KMK MD.10 BİZE YOL GÖSTERİR. BUNA GÖRE; KAT MÜLKİYETİNE KONU OLMAYA ELVERİŞLİ BİR TAŞINMAZ ÜZERİNDEKİ ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARINDA, MİRASÇILARDAN YA DA ORTAK MALİKLERDEN BİRİ, TAKSİMİN, KAT MÜLKİYETİ KURULMASI VE BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN TAHSİSİ SURETİYLE YAPILMASINI İSTERSE, HAKİM, O TAŞINMAZIN MÜLKİYETİNİN, ONİKİNCİ MADDEDE YAZILI BELGELERE DAYANILARAK KAT MÜLKİYETİNE ÇEVİRİLMESİNE VE PAYLAR DENKLEŞTİRİLMEK SURETİYLE BAĞIMSIZ BÖLÜMLERİN ORTAKLARA AYRI AYRI TAHSİSİNE KARAR VEREBİLİR (KMK MD.10/7).

Yargıtay 14. HD 2015/17968 E., 2017/8128 K.; '*Öte yandan, borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda borçlu ortağın alacaklısı icra mahkemesinden İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra mahkemesinden yetki belgesi alınması zorunludur. İcra mahkemesinden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra mahkemesinden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir.*' (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD 2017/2121 E., 2017/2746 K.; '*İİK 121 maddesi gereği taksim edilmemiş bir miras hissesinin satılması gerektiğinde icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. Somut olayda taşınmazlara haczin uygulandığı tarihte tüm taşınmazların borçlunun murisi adına kayıtlı olduğu ve böylelikle iştirak halinde mülkiyete konu olduğu açıktır. O halde taşınmazlar bu hali ile satılmak istenirse öncelikle icra mahkemesinden satışın nasıl yapılacağını sorulması gerekir.*' (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6 HD 2017/1858 E., 2017/2028 K.; '*Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda, borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121.maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan icra müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde, dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra hakiminden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir.*' (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/1188 E., 2018/500 K. ve 2015/14547 E., 2017/4983 K.; '*Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalarını mirasçılar açabilir. Mirasçılar dışında alacaklılar da İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca icra hakiminden "yetki belgesi" almak kaydıyla bu davayı açabilirler.*' (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

Paylı mülkiyetin kat mülkiyetine çevrilmesi yoluyla taksim için bazı şartlar vardır. Öncelikle, paylı mülkiyete konu taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmeye elverişli olması gerekir¹⁵². Aksi halde, bu yolla taksime hükmedilemez. Bunun yanı sıra paydaşlardan birinin kat mülkiyetine çevirme yoluyla taksimi talep etmiş olması gerekir¹⁵³. Talep olmaksızın hakim, ortaklığı kat mülkiyetine çevirerek taksim edemez¹⁵⁴.

Bu yöntemle taksim için taşınmazın birden fazla bağımsız bölümü olmalıdır. Her paydaşa en az bir bağımsız bölüm tahsis edilmelidir¹⁵⁵. Bu mümkün değilse bu yöntemle taksim gerçekleşmez. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu şekildedir. Bunun yanı sıra paydaşlar rıza gösterirlerse, bir bağımsız bölüm birden fazla paydaşa da tahsis edilebilir. Bağımsız bölümler arasında değer yönünden fark bulunursa, bedel ilavesi ile denkleştirme yapılır¹⁵⁶.

Taşınmazın kat mülkiyetine elverişli olup olmadığı, bağımsız bölümlerin ayrı ayrı değerleri, farklılık varsa miktarı ve denkleştirme gerekip gerekmediği ile paydaşların pay durumlarına göre özgülenip özgülenemeyeceği konularına açıklık getirmek için mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yapılır. Burada bilirkişi raporları oldukça önemlidir. Bilirkişiler raporlarında özellikle denkleştirme konusunu ayrıntılarıyla açıklamalıdır¹⁵⁷.

Kat mülkiyetine çevirme yoluyla taksim istendiğinde bu istemde bulunan paydaş KMK md.12'de sayılan belgeleri ortaklığın giderilmesi dava dosyasına sunmalıdır¹⁵⁸. Bu

¹⁵² Şengöz, 2018: 128-129; Karahasan, 2002: 225.

¹⁵³ Şengöz, 2018: 129; Ertaş vd., 2008: 427.

¹⁵⁴ Şengöz, 2018: 128-129.

¹⁵⁵ Şengöz, 2018: 129. Karahasan, 2002: 225.

¹⁵⁶ Şengöz, 2018: 129.

¹⁵⁷ Karahasan, 2002: 229. Yargıtay 6.HD 1973 T. 2713 E. 2296 K. Sayılı ilamına göre; "İkinci kat 3 numaralı daire üzerinde davacı ile davalılardan İ.E. arasında anlaşmazlık vardır. Bu durumda bunlar arasında kura çekilerek ve gerekirse ivaz alınabileceği göz önünde tutularak bu bağımsız bölümün bunlardan birine tahsis edilmesi gerektiği düşünülmelidir." (Karahasan, 2002: 229).

¹⁵⁸ Yargıtay 20. HD 2018/2680 E. 2018/5209 K., Yargıtay 20. HD 2017/3895 E. 2018/3301 K. ve Yargıtay 14. HD 2015/18310 E. 2016/8489 K.; "Kat Mülkiyeti Yasasının 10. maddesi hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında, ortak maliklerden birinin yargılamanın herhangi bir aşamasında paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması yoluyla yapılmasını istemesi durumunda, hakim, Kat Mülkiyeti Yasasındaki yasal koşulların oluşması halinde ve 12. maddedeki belgeleri de tamamlattırıp taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir.

...
Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine uygun olarak, üzerinde kat mülkiyetine elverişli yapı bulunan ortak taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilmesi için, üzerindeki yapının mimari projesine uygun biçimde tamamlanmış ya da projesi olmamakla birlikte fiili durumuna göre çizdirilmiş imara ve fenne uygunluğu ilgili makamca onaylanmış projesinin olması, bağımsız bölümlerinin başlı başına kullanmaya elverişli bulunması (M.1), yapının tümünün kargir olması (M.50/2) ve her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi, ayrıca 12. maddede yazılı belgelerin (belediyeden onaylı proje, yapı kullanma belgesi ve yönetim planı) tamamlattırılması gerekmektedir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda anılan Yasanın 10. maddesinin son fıkrası hükmünce taşınmazda kat mülkiyetine geçilebilecek ve açılan davada ortaklığın bu yolda giderilmesine karar verilebilecektir" (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

belgeleri sunma yükümlülüğü istem sahibine aittir¹⁵⁹. Ancak günümüzde mahkemeler bu eksikliği gidermektedirler.

Paydaşlar arasında bağımsız bölümlerin kimlere tahsis edileceği konusunda anlaşılabilirse paydaşların fiili kullanımlarına bakılır¹⁶⁰. Ancak fiili duruma göre tahsis yapılabilmesi için diğer paydaşların rızaları bulunmalıdır¹⁶¹. Bu suretle tahsis yapılamayacaksa, özgüleme işlemi kura çekilmek suretiyle yapılır¹⁶².

Mahkeme kararı ile KMK md. 12'deki belgeler¹⁶³ birlikte tapu memuruna verilmelidir. Böylece kat mülkiyetine geçilmiş olacaktır¹⁶⁴.

2.5. Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği Haller

Bir paydaşın paylı mülkiyete tabi malın paylaşılmasını isteme hakkının bazı sınırları vardır. Bu hak paydaşa tanınmış sınırsız ve kural tanımaz bir hak değildir. Zira, bir paydaşın paylaşma hakkının karşısında diğer paydaşlarında mülkiyet hakkının korunması gerekir.

¹⁵⁹ Karahasan, 2002: 226. Yargıtay 6.HD 02/12/1968 T. 5009 E. 4973 K. Sayılı ilamına göre; ‘‘ Taşınmaz malın tasarruf şeklinin kat mülkiyetine çevrilmesini davalı taraf duruşmada istemiş olmasına göre, binanın tamamına ait projenin ibrazı külfetinin davalıya yüklenmesi gerekir.’’, Yargıtay 6.HD 19/11/1987 T. 7047 E. 11786 K. Sayılı ilamına göre; ‘‘ Taksimi isteyen tarafa KMK’nun 12. Maddesinde sayılan belgeler tamamlanmalıdır.’’ (Karahasan, 2002: 226)

¹⁶⁰ Yargıtay 14. HD 2016/17577 E. 2017/7727 K.; ‘‘Mahkemece, taşınmaz üzerine inşa edilen binada davacının payının karşılığı olarak daire bulunmadığı ve ortaklığın giderilmesini istemesinin TMK’nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 11.03.2015 tarihli 2015/3375 Esas, 2668 Karar sayılı ilamıyla özetle, dava konusu taşınmazın tapu kaydı incelendiğinde davacı ile davalı gerçek kişilerin pay sahibi olduklarının görüldüğü, taşınmaz üzerindeki mevcut yapının kaçak olması nedeniyle kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesisinin mümkün olmadığı bilirkşi raporları ile sabit olduğu, her ne kadar tarafların ayrı ayrı daireleri kullanmaları durumunun davalılar tarafından fiili taksim olarak nitelendirilmiş ise de ortaklığın giderilmesi davalarında taşınmazda fiili taksim bulunmasının münhasıran davanın reddi sebebi olamayacağı anlaşıldığından mahkemece işin esasının incelenmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.’’ (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁶¹ Zannımızca uzun süreden beri paydaşlardan birinin fiili kullanımındaki bağımsız bölüme herhangi bir müdahalede bulunmayan başka bir paydaşın, ortaklığın kat mülkiyetine göre çevrilmesi suretiyle taksim davasında sebepsiz yere rıza göstermekten kaçınması hakkın kötüye kullanımını teşkil eder ve hukuk düzenince korunmaz. Kaldı ki kanıtlanmış fiili taksim iddiası olan önalım hakkına dayalı tapu iptal tescil davalarında dahi durum böyledir.

¹⁶² Şengöz, 2018: 129-130.

¹⁶³ ‘‘Kat mülkiyetinin kurulması:

İstem ve belgeler: Madde 12 – (Değişik: 14/11/2007-5711/5 md.) Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının aşağıda yazılı belgeler ile birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir: a) (Değişik: 15/2/2018-7099/5 md.) Anagayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca anagayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının imzaları alınarak onaylanan ve elektronik ortamda tapu müdürlüğüne gönderilen mimari proje ile yapı kullanma izin belgesi. b) Bağımsız bölümlerin kullanılış tarzına, birden çok yapının varlığı halinde bu yapıların özelliğine göre 28 inci maddedeki esaslar çerçevesinde hazırlanmış, kat mülkiyetini kuran malik veya malikler tarafından imzalanmış bir yönetim plâni’’

¹⁶⁴ Karahasan, 2002: 232. Şengöz, 2018: 130.

Bu sınırlar kanundan veya paydaşların aralarında yapacakları sözleşmelerden doğabilir.

Kanundan doğan sınırlamalara örnek olarak; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu md.7, 775 sayılı Gecekondu Kanunu md.34 ve İmar Kanunu md.15 örnek olarak gösterilebilir.¹⁶⁵

2.5.1. Paylı Malın Sürekli Bir Amaca Özgülenmiş Olması

TMK md.698/1'de; '*Hukukî bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir.*' Şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, üzerinde paylı mülkiyet bulunan şey sürekli bir amaca özgülenmiş ise paylaşma istenemez. Buna örnek olarak genellikle iki taşınmazı birbirinden ayıran çit, duvar, yol ve kuyu gibi örnekler verilir.

Unutulmamalıdır ki burada kanunun belirttiği süreklilik koşulunun yanında, zorunluluk¹⁶⁶koşulu da yer almalıdır. Zira tek başına süreklilik yeterli olmayıp, sadece sürekli olmasının yanı sıra paylı mülkiyete konu şeyin varlığının zorunlu olması yani paydaşlar için vazgeçilemez olması gereklidir.

Söz konusu bu sınırlama kanundan kaynaklanmaktadır.

Burada verilen örneklerden, paylaşılması istenemeyecek olan şeyin, paydaşların birlikte ortak olunan veya olunmayan başka mallarının yararına kullanıldığı anlaşılmaktadır. Oğuzman-Seliçi-Özdemir'e göre; '*sürekli amaca özgüleme, paylı maldan yararlanma hususunda, paydaşlar arasında, sürekliliği sağlanmış amaç birliğidir.*'¹⁶⁷

¹⁶⁵ Konunun dağılması adına bunlardan burada yalnızca atıf yapılmak suretiyle bahsedilmiştir. KMK md.7'den aşağıda ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

775 sayılı Gecekondu Kanunu md.34/1-2; '(Değişik birinci fıkra: 2/3/1988 - 3414/4 md.) *Bu Kanun hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üzerinde yapılan bina ile meydana gelen taşınmaz mallar, tahsis tarihinden itibaren 10 yıl süre içinde:*

a) *Devir ve temlik olunamaz.*
b) *Rehin, ve diğer aynı haklarla takyidedilemez.*
c) *Satış va'di sözleşmesine konu teşkil edemez.*
d) *Taksim ve satış suretiyle şüyuun giderilmesi talebine konu olamaz.*
e) *Haczedilemez ve işgal olunamaz.*

Ancak, (e) fıkrası hükmü mahfuz kalmak şartıyla, ölüm, emeklilik, görev nakli ve Türkiye Emlak Kredi Bankasının veya konut kredisi veren diğer kuruluşların ipotekli alacaklarından dolayı yapılacak satış ve işlemler bu kayıtlara bağlı değildir.'

İmar Kanunu md.15;' İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidinde izin verilmez.

İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.

İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez.'

¹⁶⁶ Eren, 2016: 121.

¹⁶⁷ Oğuzman vd., 2016: 334.

Paydaşların kendi aralarında anlaşarak bir eşyayı sürekli amaca özgülediklerine ilişkin anlaşmaların geçerli olmayacağına, gerçek anlamda ve paydaşlardan bağımsız olarak bir amaca sürekli özgüleme olması gerektiğine ilişkin görüşlerin yanı sıra bunun tam tersini savunan görüşlerde mevcuttur.¹⁶⁸ Ancak ikinci fikri savunanların, mülkiyet hakkının malike tanıdığı haklar ve paydaşların oybirliği ile alacakları kararlar olduktan sonra paydaşların sözleşme ile sürekli amaca özgüleme olamayacağına ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir. Yine de somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı ve TMK md.2 gereği dürüstlük ve hakkaniyet kuralları göz ardı edilmemelidir.

2.5.2. Sözleşme ile Sınırlandırma

Yukarıda bahsi geçen TMK md.698/1'e göre paylaşmanın istenemeyeceği bir diğer hal de paydaşların anlaşmasıdır. Buna ilişkin olarak; TMK md.698/2'de; '*Paylaşmayı isteme hakkı, hukukî bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlandırılabilir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmî şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir.*' düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme karşısında; paydaşların paylaşma isteme hakkının aralarında yapacakları bir sözleşme ile 10 yıla kadar sınırlayabilirler. Bu sözleşme için de paydaşların oybirliği ile karar almaları gerekir.

Kanun, paylaşmanın sınırlandırılması konusunu bu şekilde düzenlemesinin yanında taşınmazlara ilişkin ayrı bir hüküm getirerek, şekli bazı şartlar aramıştır. Buna göre; üzerinde paylı mülkiyet kurulan bir taşınmazın paylaşımının sınırlandırılması için yapılacak sözleşmenin resmi şekilde yapılması ve tapuya şerh verilmesi gerekmektedir. Kanun hem resmi şekil hem de şerh verilmesi koşulunu paylaşma hakkının sınırlandırılmasında birlikte aramıştır. Şerh, paydaşlar arasındaki sözleşmenin üçüncü kişilere karşı da sürülebilmesini sağlar. Ayrıca Kanunda buna ilişkin süre en çok on yıl ile sınırlı kılınmıştır¹⁶⁹. Yani on yıldan fazla süreli paylaşma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmeler yönünden sözleşme geçersiz olmayacak, maksimum on yıl için kurulmuş sayılır. On yılı aşkın bir süre için paylaşmanın bertaraf edilmesi mümkün değildir¹⁷⁰. Örneğin; on beş yıl süreli sözleşme ile paylaşılması sınırlandırılmış olan bir malın paylaşılması, en fazla on yıl istenemez. Burada sözleşmeyi geçersiz kılmak yerine, süreyi indirmek, sözleşmenin ayakta kalmasını sağlamak için yapılan bir eylemdir. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu süre önce otuz yıla¹⁷¹; ardından da elli yıla¹⁷² çıkarılmıştır. Eren'e göre on yıldan fazla süreli sözleşmeler TMK md.23'de yer

¹⁶⁸ Oğuzman vd., 2016: 335.

¹⁶⁹ İmamoğlu, 2006: 47.

¹⁷⁰ Ögüz, 1995: 35.

¹⁷¹ Eren, 2016: 119 (dipnot: 371).

¹⁷² Oğuzman vd., 2016: 335.

alan kişilik haklarına aykırılık oluşturur¹⁷³. Bunların yanı sıra paydaşların her on yılın sonunda yeniden bir on yıllık sözleşme yapmalarına yasal engel yoktur.

Uygulamada bu sözleşme ‘‘Paylı Mülkiyetin Devamı Sözleşmesi (İdame-i Şuyuu Mukavelesi)’’¹⁷⁴ adını alır.

2.5.3. Uygun Olmayan Zaman

TMK md.698/3’de; ‘‘Uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz.’’ düzenlemesi yer alır. Oldukça soyut bir ifade olmasının yanı sıra, içi TMK md.2 dürüstlük kuralları ile doldurulur.

Uygun olmayan kavramından anlaşılması gereken, diğer paydaşlar için olağanüstü sebepler dolayısıyla paylaşmanın zararlı olacak olmasıdır¹⁷⁵. Örneğin; pamuk üretiminin yoğun bir şekilde icra edildiği Bergama’da pamuklar, pamuk tarlalarından, birden fazla kimsenin malik olduğu (üzerinde paylı mülkiyet bulunan) pamuk toplama makineleri ile toplanmaktadır. Bu makinenin hasat zamanı olan sonbaharda paylaşılması talebi, uygun olmayan zaman kavramı ile karşılaşacak ve paylaşma istenemeyecek, istense dahi reddedilecektir. Zira TMK md.698/3 bu konuda yukarıdaki düzenlemeyi getirmiştir.

Ayrıca fiyatların artma ihtimali, bu kapsamda değerlendirilemez¹⁷⁶.

Burada da hakimin takdir yetkisi ile TMK md.2’deki dürüstlük kuralları devreye girecek olup, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılacaktır.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki; zamanın uygun olmadığı iddiasına dayanmaktan paydaşlar önceden feragat edemezler. Bu ancak dava açılınca mümkün olur. Zira doğmamış haktan feragat mümkün değildir¹⁷⁷.

2.5.4. Kat Mülkiyetinden Kaynaklı Sınırlama

Kat Mülkiyeti Kanunu md.7’de açık bir şekilde; kat mülkiyetine ya da kat irtifakına tabi olan gayrimenkulde ortaklığın giderilmesi istenemez denmektedir. Bu durumda arsa üzerinde oluşacak paylar dolayısıyla ortaklığın giderilmesi istenemeyecektir. Bu durum, zemini oluşturan arsanın yanı sıra, ortak kullanıma ayrılmış otopark, bahçe, havuz gibi eklentileri de kapsayacaktır.

Aynı kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; *bağımsız bölümler, bağımsız birer taşınmaz gibi dava ve takip konusu olabilir, bunlarda ortaklığın giderilmesi istenebilir,*

¹⁷³ Eren, 2016: 119.

¹⁷⁴ Oğuzman vd., 2016: 335.

¹⁷⁵ Oğuzman vd., 2016: 336.

¹⁷⁶ Eren, 2016: 121.

¹⁷⁷ Eren, 2016: 121.

şeklindeki düzenleme bize; kat mülkiyetine konu bağımsız bölüm üzerinde birden fazla kimsenin paylı mülkiyetinin olması durumunda paylaşmanın istenebileceğini göstermektedir. Yani her bir bağımsız bölüm, bağımsız birer taşınmaz gibi dava ve takip konusu yapılabilir, ortaklığın giderilmesi istenebilir¹⁷⁸.

2.6. Paylaşma Durumunda İntifa Hakkı Sahibinin Durumu

İntifa hakkı, sahibine, hakka konu şeyi kullanma ve semerelerinden yararlanma yetki ve imkanı veren sınırlı bir ayni haktır¹⁷⁹.

TMK md.700'de; *‘Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması hâlinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder’* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Kanun hükmü oldukça nettir. Buna göre; bir sınırlı ayni hak ve irtifak hakkının bir çeşidi olan, hak sahibine mülkiyet hakkından sonra oldukça kapsamlı bir yetki sağlayan intifa hakkı; ortaklık giderilince sona ermez. Paya düşen bedel üzerinde devam eder. Bu genelde hukuki semere şeklinde (örneğin; faiz) olmaktadır. Ancak bu durum, paydaşlardan birinin intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden itibaren 3 ay içinde paylaşma istenmesi durumunda söz konusu olur¹⁸⁰. Kanununun mefhumu muhalifinden; bu 3 aydan sonra istenen paylaşma talebinde bedel üzerinde intifa hakkının devam etmeyeceği aksine intifa hakkının devam edeceği sonucu çıkarılabilir.¹⁸¹

¹⁷⁸ Ruhi ve Ruhi, 2017: 290.

¹⁷⁹ Ayan, 2013: 50.

¹⁸⁰ Yargıtay 14 HD 2014/13943 E., 2015/9164 K. ve Yargıtay 14. HD 2017/3490 E. 2018/1061 K.; *‘Türk Medeni Kanununun 700. maddesine göre, bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder.*

...
TMK 700. maddesi gereğince ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde intifa hakkı davalının payına düşecek bedel üzerinden devam edeceğinden, davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır.’ (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁸¹ TMK md.700 gerekçesi; *‘Uygulamada pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesinin yarattığı huzursuzlukları önleyecek bir hükme ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle yeni getirilen bu maddeyle, bir pay üzerinde intifa hakkı kurulması hâlinde diğer paydaşlardan biri üç ay içinde paylaşma talebinde bulunursa, satış yolu ile yapılacak paylaşmada, pay üzerinde intifa hakkı bulunmaksızın satışın yapılması ve intifa hakkının söz konusu paya düşen bedel üzerinde devam etmesi esası getirilmiştir. Üç ay geçtikten sonra yapılacak paylaşma istemleri ise intifa hakkını etkilemeyecektir.’*

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASININ İCRASI

3.1. Davanın Usul Hükümleri Yönünden İncelenmesi

3.1.1. Görevli Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davasında görevli mahkeme belirlenirken genel hükümlere göre belirlenir. HMK md.4/1-b'ye göre; *sulh hukuk mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarını görürler.* Kanunda açıkça davaya bakacak görevli mahkeme belirlenmiş olup dava sulh hukuk mahkemelerinde görülecektir. Asliye hukuk mahkemesi veya emsal mahkemeler bu davaya bakamazlar, zira görev alanı içerisinde değildir.

3.1.2. Yetkili Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkeme belirlenirken de genel hükümlere göre belirlenir. HMK md.5 vd. da yetkili mahkeme konusu düzenlenmiştir. Genel kural HMK md.6'da belirtildiği üzere; *genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.* HMK md.7'ye göre; *davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.* Ancak çoğu zaman özellikle de taşınmazlara ilişkin davalarda HMK md.12 devreye girmektedir. Buna göre; taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir.(HMK md.12) Taşınmazlara ilişkin olarak açılacak ortaklığın giderilmesi davasında, taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesi kesin yetkilidir. Aksine yönelik yetki sözleşmesi yapılamaz. Yapılsa da geçerli olmaz. Ayrıca birden fazla taşınmazın dava konusu olması halinde, taşınmazlardan birinin bulunduğu yer sulh mahkemesi görevli olur.

3.1.3. Davacı Sıfatı

Genel anlamda davacı, birlikte mülkiyete konu malın paylaşılmasını isteyen paydaş veya ortaktır. Bunlar bir veya daha çok ortak veya paydaş olabilir. Paydaş küçük ise veli bu davayı açabilecektir. Ayrıca paydaş kısıtlı ise vasisi de TMK md.462/1-8 uyarınca vesayet

makamından (sulh hukuk mahkemesi) alacağı izinle bu davayı açabilir¹⁸². Ancak bazı durumlarda başka kişilerde davacı sıfatına sahip olabilmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz TMK md.648'deki, mirasçılarının alacaklılarının ortaklığın giderilmesi davasını açma haklarının yanı sıra; başka durumlarda da alacaklılar talepte bulunabilmektedirler.

Elbirliği (iştirak halinde) mülkiyetinde paylar bütün haldedir ve ortaklardan birinin alacaklısı, borçlusunun payına düşen kısmı direkt olarak haczettiremez ve sattıramaz¹⁸³. Bu noktada İİK md.121 bize yol göstermektedir. İİK md.121'e göre; bir ortağın alacaklısı, icra hukuk mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak ortaklığın giderilmesi davası açabilir¹⁸⁴. Bu yetkiyi ancak mahkeme verir. İcra müdürlüğü bu yetkiyi veremeyeceği gibi, alacaklı da doğrudan bu davayı açamaz. Ancak açmış olması durumunda dava aktif husumet yokluğundan reddedilmeyip, bu durumda alacaklıya icra mahkemesinden yetki alması için süre verilir.¹⁸⁵

İİK md.94¹⁸⁶, konunun içeriği bakımından önem arz etmektedir. Madde metninin ilk fıkrasından konumuz itibariyle taksim edilmemiş miras payının haczedilebileceği

¹⁸² Erdoğan, 1999: 194.

¹⁸³ Karahacıoğlu, 1985: 81.

¹⁸⁴ Yargıtay 14. HD 2017/3499 E. 2017/7123 K.; ‘*Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan icra müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra hakiminden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir.*

İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalarda kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir.

Borçlu ortağın alacaklısı tarafından açılan davalarda birden fazla taşınmaz dava konusu edilmiş ise icra takibine konu borç miktarına göre dava tarihi itibariyle taşınmazlardan borçlu ortağın payına düşecek değerinin tespit edilerek borca yetecek kadar (sayıda) taşınmazın ortaklığının giderilmesine karar verilmesi, fazlaya ilişkin istemin reddi gerekir.

Bu şekilde açılacak davalarda borçlu ortak (paydaş) dahil tüm ortakların (paydaşların) davaya dahil edilmeleri zorunludur.”(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/2623 E. 2018/5205 K.; ‘*Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda, borçlu ortağın alacaklısı, icra mahkemesi hakiminden İİK'nun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir.*

İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalarda, kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir.”(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2016/2513 E. 2018/5001 K.; ‘*İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalarda, kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir.*”(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁸⁵ Ruhi ve Ruhi, 2017: 159.

Yargıtay 14 HD 2018/1021 E. 2018/4597 K. ve Yargıtay 14. HD 2018/1021 E. 2018/4597 K.; ‘*Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan icra müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra hakiminden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir.*”(http://portal.uyap.gov.tr, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁸⁶ İştirak halinde tasarruf edilen mallar:

‘*Madde 94 – (Değişik: 18/2/1965 - 538/52 md.) Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse icra dairesi, yerleşim yerleri bilinen ilgili*

anlaşılmaktadır. Yani elbirliği mülkiyetinin bir hali olan miras ortaklığına dahil olan borçlu bir mirasçının alacaklıları, onun payı üzerinde haciz talep edebilir. Borçlunun miras payı haczedilince icra müdürü İİK md.121/1'e göre, satışın ne şekilde yapılacağını icra mahkemesinden soracaktır. Sormadan miras payının açık arttırma yolu ile satılması durumunda, kanuna aykırılık sebebiyle ihalenin feshi söz konusu olur¹⁸⁷.

Miras ortaklığında henüz paylaşma ve elbirliği mülkiyeti payı üzerinde tasarruf uygun olmadığından, haczin konusunu, elbirliği (iştirak halinde) mülkiyetinin sona ermesi halinde o paya düşecek olan kısım oluşturur¹⁸⁸. Düşecek olan bu kısmın belirlenmesi için ise; söz konusu elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında reddedilmemiş mirasın, borçlu adına tescilini alacaklının talep edebileceği düzenlenmiştir. O halde bu noktada az önce yukarıda bahsettiğimiz gibi, miras ortaklığında yer alan malların üzerindeki elbirliği mülkiyetine son verilmesi için alacaklıya yetki verilecektir. Buna göre; icra mahkemesi TMK md. 648'i göz önünde tutarak ve İİK md. 121/2'ye dayanarak alacaklıya terekedeki mal veya mallara ilişkin olarak ortaklığın giderilmesi davası açmak için yetki verir¹⁸⁹. Bu pratikte ve kanunen doğru olsa da burada ve sıklıkla hakkaniyete aykırı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Zira alacaklı ile hiçbir ilgisi olmayan diğer mirasçılarının mülkiyet hakları bu noktada zedelenebilmektedir. O nedenle evrensel bir hak olarak da kabul gören mülkiyet hakkının önemi göz önünde bulundurulmalıdır.

üçüncü şahıslara keyfiyeti ihbar eder. Bu suretle borçlunun muayyen bir taşınmazdaki tasfiye sonundaki hissesi haczedilmiş olursa icra memuru haciz şerhinin taşınmazın kaydına işlenmesi için tapu sicil muhafızlığına tebligat yapar. (Ek cümleler: 17/7/2003-4949/25 md.) Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmühaberi çıkarılmamışsa, borçlunun şirketteki payı icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlâl ettiği oranda batıldır. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tâbidir. Diğer taşınırlarda icra dairesi başkasına devre mâni tedbirleri alır. (Mülga üçüncü cümle: 17/7/2003-4949/25 md.)

Borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu veya gemi sicili dairesine ve icabında mahkemeye bildirir.

Borçlunun zilyet bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki fevkalade zamanaşımı ile iktisabını istemek hakkının haczedilmesi halinde, icra dairesi zilyetliğin başkasına devrine mani olacak tedbirleri alır ve alacaklıya bir ay içinde taşınmazın borçlusu adına tescili için dava açması yetkisini verir. Mahkemenin tescil kararı ile taşınmaz bu alacaklı lehine mahcuz sayılır.

İkinci fıkra hükmü, almaya hak kazandığı veya almakta bulunduğu emekli veya yetim maaşını istifa için icap eden yoklama muamelesini yaptırmayanlar hakkında yetkili makama bildirmek suretiyle tatbik olunur.

Alacaklının bu sebeple yapacağı kanuni masraflar ayrıca takip ve hükme hacet kalmaksızın dairece borçludan tahsil olunur.”

¹⁸⁷ Kuru vd., 2012: 324.

¹⁸⁸ Kuru vd., 2012: 244, 245.

¹⁸⁹ Kuru vd., 2012: 324.

İİK md.121 yalnızca elbirliği mülkiyetine tabi eşyalar yönünden geçerli olup, paylı mülkiyete tabi eşyalar için uygulanamamaktadır. Ancak Kuru-Arslan-Yılmaz'a göre; paylı mülkiyet payının tek başına satışı zor ise veya çok düşük bedelli ise; bu durumda da alacaklının icra mahkemesinden ortaklığın giderilmesi davası açması için yetki verilmesini talep hakkı olmalıdır¹⁹⁰. Zira maddede belirtilen sayma tahdidi olmayıp, ‘‘...yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lâzımgelirse...’’ denilerek tadaadi yani örnekleyicidir. Bu nedenle örnek alınan İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda da paylı mülkiyetin paraya çevrileceğinin hüküm altına alınmış oluşu göz önünde bulundurulduğunda yukarıda bahsi geçen İİK md.121, paylı mülkiyet hissesi için de uygulanabilir¹⁹¹.

Alacaklı, alacağını karşılayacak miktarda malı davaya konu etmelidir. Aksi halde alacağı aşan kısım yönünden dava reddedilmesi gerekir. Yine alacaklı, borçlusu aleyhine önceden icra takibi yapmış olmalıdır. Aksi durumda takip yapılmadan yetki talep edilirse, dava hemen reddedilmeyip, takip yapması için süre verilir¹⁹². Bu şekilde alacaklının takip öncesi yetki talep etmesinde yani takip yoluna başvurabilecekken yetki talebine yönelik dava açmasında hukuki yararı da yoktur. Hatta bir noktada kanunun alacaklıya alacağını tahsil etmesi için sağladığı bu kolaylık kötüye kullanılabilir ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Hukukun her alanında, kanun maddeleri de uygulanırken TMK md.2 düzenlenen iyiniyet ve dürüstlük ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durum göz önünde bulundurularak takip yapılması için süre verilmesi uygun olur.

Aleyhine takip başlatılan borçlunun ortaklığın devamına ilişkin olarak diğer ortaklar ile sözleşme yapmış olması, alacaklının bu davayı açmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁹³. Dikkat edilmesi gereken bir başka noktada; İİK md 121'in, mirasçılarının alacaklıları yönünden uygulanıyor oluşudur. Yani murisin alacaklısı, alacağını terekeden tahsil edebilecektir. Takip esnasında borçlu ölürse ve alacaklı takibe kaldığı yerden, borçlunun terekesindeki mallarla sınırlı olarak devam etmek isterse, borçlu murisin mirasçıları arasında mecburi takip arkadaşlığı gündeme gelecek olup bu durum mirasçılarının borçlu murislerinin yerine geçerek mecburi takip arkadaşı oldukları tek durumdur¹⁹⁴.

Bir taşınmazda intifa hakkı olan kimsenin bu davayı açması mümkün değildir. Zira mülkiyet hakkına sahip değildir. Aynı zamanda haricen veya noterde yapılmış satış vaadi sözleşmesi ile pay satın alan kimse de bu davayı açamayacaktır. Zira henüz mülkiyet

¹⁹⁰ Kuru vd., 2012: 325-326.

¹⁹¹ Topuz, 2009: 109.

¹⁹² Erdoğan, 1999: 195.

¹⁹³ Şimşek, 2010(Terazi Hukuk Dergisi): 55.

¹⁹⁴ Dişel, 2014: 100.

kendisine geçmemiştir. Tapuda yapılacak devir işleminden sonra davacı sıfatını kazanarak bu davayı açabilir. Bir taşınmazı ölüncüye kadar bakma sözleşmesi ile edinen kimse, tapuda malik olacağından bu davayı açabilecektir. Ancak tapunun düşünceler bölümüne miktar fazlası kısmın Hazineye ait olacağı yazılmış ise, bu Hazineye dava açma hakkı vermez. Zira miktar fazlası kısım bilinmemesinin yanı sıra, bu beyan mülkiyet için yeterli olmayacaktır. Mirasçılar henüz muristen kalan taşınmazları intikal yolu ile almamış olsalar dahi bu davayı her zaman açabilirler. Zira mülkiyet hakkı kural olarak zamanaşımına uğramaz. Mirasçılıktan çıkarılan veya mirası reddeden kimse bu davayı açamaz. Yine mirastan feragat eden kişi de bu davayı açamayacaktır. Ancak onun mirasçılarının bu davayı açma hakları bulunmaktadır¹⁹⁵. Ancak burada bir ayrıma gitmek gerekir. Mirastan feragat eden kişi ivazsız feragat etmiş ise; onun mirasçıları kök murisin terekesinden faydalanabilecekleri için bu davayı açabilirler. Aksi halde yani mirasçı ivazlı feragat etmiş ise, onun mirasçıları da kök murisin terekesinden faydalanamayacaklar ve bu davayı açamayacaklardır.

İmar Kanunu md.16'da da ilgili idareye dava açma yetkisi tanınmıştır¹⁹⁶.

Ortaklığın giderilmesi davası çift yönlü (actio duplex) olup, davada davalıların aynı zamanda davacı, davacıların ise aynı zamanda davalı olmalarını ifade eder. Bu niteliği gereği davacı feragat dahi etse, davalılar davaya devam etmek isterlerse, dava feragat nedeniyle reddedilmez, devam olunur.¹⁹⁷

Davanın actio duplex (Judicia duplicia, duplices actiones) olmasının sebebi karşılıklı mahkumiyet hükmü ile sonuçlanması ve her iki tarafın hem davacı hem de davalı sayılmasıdır¹⁹⁸.

Davanın tek bir paydaş veya ortak tarafından da açılabilir oluşu göz önünde bulundurulduğunda, davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁹⁵ Erdoğan, 1999: 194.

¹⁹⁶ Tescil ve şüyuun izalesi;

“ Madde 16 – Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkinini, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır. Onaylama işlemi, müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkinini için 15 gün içinde tapuya bildirilir. Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemi bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır. Bu Kanun hükümlerine göre şüyulandırılan gayrimenkullerin sahipleri ilgili idarenin tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aralarında anlaşamadıkları veya şüyuun izalesi için, mahkemeye müracaat edilmediği takdirde ilgili idare hissedarmış gibi, şüyuun izalesi davası açabilir. Tarafların rızası veya mahkeme kararı ile şüyuun izalesi ve arazi taksimi de yukarıdaki hükümlere tabidir.”

¹⁹⁷ Eren, 2016: 125.

Yargıtay 14. HD 2016/6766 E. 2018/5291 K., Yargıtay 14. HD 2016/6111 E, 2018/5290 K. ve Yargıtay 14. HD 2017/3499 E. 2017/7123 K.; ‘ Davacı davasından feragat etse bile davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilerek işin esası hakkında karar verilmelidir. Bu nedenle davacının davadan feragat beyanına karşı hazır bulunan davalılardan diyecekleri sorulmalı, davaya devam etmeyi istemeleri halinde yargılamaya devam edilmelidir.’ (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

¹⁹⁸ Aybay, 1966: 39.

Birden çok paydaş veya ortağın birlikte diğerlerine karşı bu davayı açması durumunda aralarındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığıdır¹⁹⁹.

3.1.4. Davalı Sıfatı

Davalı sıfatını, paylaşmaya yanaşmayan veya paylaşma konusunda anlaşılmayan paydaş veya ortak taşır. Bunlarda birden çok kişi olabilir. Davanın tüm paydaşlara veya ortaklara yönlendirilmesi zorunludur. Zira davalı paydaşların veya ortakların arasında mecburi dava arkadaşlığı²⁰⁰ vardır ve davanın sonucundan hepsi etkilenecektir. Buradaki mecburi dava arkadaşlığı maddi hukuktan kaynaklı²⁰¹ dava arkadaşlığıdır. Davanın tümüne yönlendirilmediği anlaşılırsa mahkeme taraf teşkilini sağlamalıdır. Bunu taşınmazlar bakımından tapu kayıtlarındaki paydaşların tespiti ile yapabilir. Sağ olan paydaşların, paydaşlar ölü ise sunulacak veraset ilamına göre belirlenen mirasçılardan davaya dahil edilmeleri gerekir²⁰². İşlemiş olduğumuz dava aslında bu yönden de ayrı ve özel durumlar ihtiva etmektedir. Zira her ne kadar davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığı olsa da, bu durum davalıların birlikte hareket etmelerini zorunlu kılmaz. Yani davalı diğer ortak ve paydaşlar birlikte hareket etmek zorunda değildirler. Buradaki durum yalnızca taraf teşkilinin sağlanması yönündendir.

Yine miras ortaklığının tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti olmadığından, terekeye yönelik açılacak davanın tüm mirasçılara karşı açılması gerekmektedir. Terekeye temsilci atanmış ise, davada onun da taraf olarak gösterilmesi ve davanın ona da yöneltilmesi gerekir²⁰³.

Ayrıca bazı durumlarda başka kişi veya kurumlarda davalı sıfatını taşırlar. Örneğin, mirasçısı olmadan vefat eden kimsenin payı bakımından yasal mirasçı Hazine'dir. Böyle bir durumda davanın ayrıca Hazine'ye de yöneltilmesi gerekir. Böylelikle Hazine davalı sıfatını taşımış olur. Bunun yanı sıra paydaşlar arasında gaip bir kişi varsa 3561 Sayılı Kanun devreye girer. Bu kanun gereği, gaip kişinin hak ve menfaatlerini savunmak için o yerin en büyük mal memuru kayyım olarak tayin edilecek ve davaya dahil edilmesi gerekir. Taşınmaz üzerinde vakıf şerhi varsa Vakıflar Genel Müdürlüğü, taşınmaz üzerindeki paylardan birinde intifa

¹⁹⁹ İhtiyari dava arkadaşlığı;

“Madde 57- (1) Birden çok kişi, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir: a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması. b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri. c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.”

²⁰⁰ Mecburi dava arkadaşlığı;

“Madde 59- (1) Maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır.”

²⁰¹ Pekcanitez vd., 2011: 224.

²⁰² Karahacıoğlu, 1994: 9.

²⁰³ Topuz ve Topuz, 2008: 61-66.

hakkı tesisi varsa intifa hakkı sahibi de davaya dahil edilecektir²⁰⁴. İntifa hakkı sahibinin sıfatı davalıdan çok fer'i müdahildir²⁰⁵. Davanın sonucunda verilecek karardan her ne kadar sadece davacı ve davalı sıfatını taşıyanlar etkilenecekse de, bazen üçüncü kişiler de etkilenebilmektedir. Bu durumda üçüncü kişi olarak davaya katılmak mümkün olmadığından fer'i müdahil olarak davaya katılmak kanun ile mümkün kılınmıştır²⁰⁶.

3.1.5. Bekletici Mesele

Ortaklığın giderilmesi davası açıldığında bazı durumlarda, ortaklığın giderilmesi istenen taşınır ya da taşınmaza ilişkin olarak mülkiyet konusu ihtilafli olabilir. Bu gibi durumlarda Sulh Hukuk Mahkemesi, taraflara Asliye Hukuk Mahkemesi'nde ihtilafın konusuna göre mülkiyet hakkına ilişkin olarak dava açması için süre verir. Belirlenen süre içerisinde dava açılmaz ise, ortaklığın giderilmesi davası da reddedilir. Zira mülkiyet hakkının kime ait olduğu ve ortaklığın giderilmesi davasını kimin açacağı veya kime karşı açılacağı belirlenememiş olacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açılması durumunda bu dava, ortaklığın giderilmesi davasında bekletici mesele yapılır²⁰⁷. Örneğin; ortaklığın giderilmesine konu bir taşınmazın üzerindeki ağaç veya yapılara ilişkin muhdesat iddiası var ise, bu durumun mahkeme kararı ile tespiti gerekir. (Her ne kadar bitkilerin arazinin bütünleyici parçası olduğu kanunda düzenlenmiş ise de; Yargıtay'ın kavak ve söğüt ağaçlarının taşınır mal kapsamında kaldığına ve arazinin bütünleyici parçası olamadığına ilişkin kararları da vardır²⁰⁸.) Bu tespiti Sulh Hukuk Mahkemesi görevi sebebiyle yapamayacağı için iddia sahibine dava açması yönünde yukarıda açıkladığımız şekilde süre verir ve bekletici mesele yaparak davanın sonuçlanmasının yanı sıra kesinleşmesini bekleyecektir. Bu durum ihtilaf olması halinde söz konusu olur²⁰⁹.

²⁰⁴ Ruhi ve Ruhi, 2017: 160.

²⁰⁵ ‘‘Fer’i müdahale;

Madde 66- (1) *Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer’i müdahil olarak davada yer alabilir.*’’

²⁰⁶ Pekcanitez vd., 2011: 226.

²⁰⁷ Yargıtay 14. HD 2016/2485 E. 2018/5208 K.; ‘‘Dava konusu taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil davası bulunması halinde bu davaların sonunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasının sonucu da etkilenecektir. Bu nedenle, açılan tapu iptali ve tescil davaları 6100 sayılı HMK’nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerekir.’’ (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

²⁰⁸ Yargıtay 3. HD 2006/10001 E., 2006/11341 K.; ‘‘Kural olarak, meyve ağaçları dikili olduğu tapulu taşınmazın mütemmim cüz’üdür. Ancak, kavak-söğüt gibi ileride kesilip satılması planlanan ağaçlar mütemmim cüz olmayıp bunları iyi niyetle dikip yetiştirene ait olur.’’

²⁰⁹ İhtilaf olmaması durumunda ise Yargıtay 14. HD’nin 2016/36 E., 2017/8829 K. Sayılı kararı bize yol göstermektedir; ‘‘Paydaşlığın (ortaklığın) satış yoluyla giderilmesi halinde dava konusu taşınmaz üzerinde bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçalar (muhdesat) varsa bunların arzla birlikte satılması gerekir. Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. Belirlenen bu değerler toplanarak

Günümüz hukuk düzeninde ‘‘Muhdesat Aidiyetinin Tespiti’’ adlı dava ile de taşınmazın üzerindeki ağaçlara ilişkin olarak mülkiyet iddiasında bulunulmaktadır. Örneğin; Bergama’nın Kozak Yaylası’nda yoğun bir şekilde yer alan çam fıstığı ağaçlarına ilişkin olarak bu dava çokça açılmaktadır. Yani artık yalnızca kavak veya söğüt ağaçları için değil, ticari ve ekonomik getirisi bulunan tüm ağaç ve bitkilere yönelik olarak mülkiyet hakkı doğabilmektedir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki muhdesatın paydaş veya paydaşlardan birine ya da üçüncü bir şahsa ait olması durumu farklılık arz etmektedir. Eğer paydaş veya paydaşlardan birine ait ve tapuda muhdesata ilişkin şerh varsa ya da paydaş veya paydaşlar arasında bu konuda ihtilaf yoksa; arzın ve muhdesatın dava tarihindeki değerleri ayrı ayrı hesaplanarak toplam değer ile hesaplanan değerler arasında yapılacak yüzdelik oranlama neticesinde satış bedelinin ödenecek tutarı belirlenir²¹⁰.

Ortak ve paydaşlar arasında ceninin bulunması halinde de, çocuğun doğumuna kadar dava bekletilecek²¹¹ ve doğumundan sonra velisi veya vasisi vasıtasıyla dava neticelendirilecektir. Zira taraf teşkilinin sağlanması gerekir.

Mirasçılar, mirası üç ay içinde reddedebilecekleri ve defter tutulmasını talep edebilecekleri için red süresi boyunca dava geri bırakılacak ve bu süre beklenecektir²¹².

3.1.6. Arabuluculuk

22.06.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6325 Sayılı ‘‘Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’’, ortaklığın giderilmesi davasında da uygulanabilirlik taşımaktadır. Kanunun 1. maddesinde amaç ve kapsam başlığı altında,

taşınmazın tüm değeri bulunur. Bulunan bu değer ne kadarının arza ne kadarının muhdesata isabet ettiği yüzdelik (%.....) oran kurulmak suretiyle belirlenir. Satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu oranlar esas alınarak yapılır. Muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara (ortaklara) dağıtılır.’’

Yargıtay 14. HD 2017/3499 E. 2017/7123 K.; ‘‘Bütünleyici parçanın (muhdesat) arzın paydaşlarına (ortaklarına) değil de üçüncü şahsa ait olduğunun anlaşılması halinde bu kimseyi muhdesat sahibi olarak davaya dahil etmek ve ona satış bedelinden pay vermek mümkün değildir.’’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

Yargıtay 14. HD 2015/12744 E. 2017/4230 K.; ‘‘ Paydaşlığın (ortaklığın) satış suretiyle giderilmesine ilişkin davalarda taşınmaz üzerinde bulunan bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçaların (muhdesat) kime ait olduğu konusunda uyuşmazlık olup da bunlar üzerinde bazı paydaşların (ortaklar) hak iddia etmeleri ve öncelikle bu uyuşmazlığın giderilmesini istemeleri halinde o paydaşa görevli mahkemede dava açmak üzere uygun bir süre verilmelidir. Mahkemece verilen süre içerisinde dava açıldığı takdirde sonucunun beklenmesi, açılmadığı takdirde o konuda uyuşmazlık yokmuş gibi davaya devam edilmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta; dava konusu taşınmazlarla ilgili davalı tarafın, davacı taraf hakkında açmış olduğunu bildirdiği paydaşlıktan çıkarma davası var ise, bu davanın tespit edilmesi, bu dava da verilecek kararın pay ve paydaş durumunu değiştirebileceği gözetilerek sonucunun beklenmesinin gerektiği açıktır.’’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

²¹⁰ Yabancı, 1997: 96.

²¹¹ Karahacıoğlu, 1985: 59.

²¹² Karahacıoğlu, 1985: 81.

yabancılık unsuru taşısalar dahi, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ya da işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuğun uygulanacağı belirtilmiştir. Konumuz itibariyle ortaklığın giderilmesi davasında da talep ortakların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir paylaşma işlemine ilişkindir. Yani ortaklığın giderilmesi davası, arabuluculuk faaliyetine uygun bir davadır. Burada önemle belirtmek gerekir ki buradaki arabuluculuk zorunlu olmayıp ihtiyari arabuluculuktur.

6325 sayılı kanun md.2’de tanımlandığı üzere, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi; arabuluculuk ise, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir. Yani bizim davamız yönünden arabuluculuk kurumu olanaklıdır. Arabulucu kimseler, uyuşmazlığın taraflarından bağımsız bazen de özerk birey ya da gruplardan oluşur. Arabulucuların tarafların varacağı anlaşma sonucu karşılanması umulan maddi gereksinimleri yoktur. Yanlı ve sabit fikirleri yoktur. Taraflar arasındaki sorunlara, gereksinimlere ve ilişkilere taraflardan daha nesnel ve tarafsız aynı zamanda çok yönlü bakabilirler²¹³.

Arabuluculuk faaliyetine başvurmak çoğu zaman daha uygun olabilmektedir. Zira ortaklığın konusunu oluşturan eşyanın fiyatının düşük oluşması ile yargılama harç ve giderleri nedeniyle oluşacak fazla harcamalar arabuluculuk faaliyeti ile engellenmiş olur²¹⁴. Arabuluculuk süreci, yargılama süreci ile karşılaştırıldığında oldukça kısa sürebilmektedir. Özellikle yargılamaların, usuli işlemler ve tebligatlardaki gecikmeler nedeniyle uzamasına da engel olur²¹⁵.

Elbirliği ile mülkiyet halinde tüm ortakların bu sürece katılmaları ve oybirliği ile karar vermeleri gerekir. Paylı mülkiyette ise, durum böyle değildir. Paydaşlar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı söz konusudur. Yani bu durumda her bir paydaş ister ayrı ayrı ister birlikte arabuluculuk faaliyetine devam edebilirler²¹⁶. Ancak burada elbette her paydaş kendi payı ile ilgili olarak arabulucuya başvurabilir. Yani ortaklığın giderilmesi için yine tüm

²¹³ Moore, 2016: 9.

²¹⁴ Demir, 2016: 491.

²¹⁵ Demir, 2016: 493.

²¹⁶ Demir, 2016: 494-495.

paydaşların arabuluculuktan haberdar olmaları ve kendi payları yönünden onay vermeleri gerekir.

Mahkeme hakimi, davanın arabuluculuğa elverişli olması durumunda, arabuluculuğa ilişkin bilgilerin yer aldığı formun, davanın taraflarına ulaştırılmasını sağlar. Formda, arabuluculuk faaliyetinin faydaları, arabulucuya nasıl erişebilecekleri ve sürece ilişkin bilgiler yer alır. Ayrıca formdan başka ilgili adliyede mevcut olması durumunda hakim, tarafları arabuluculuk bürosuna yönlendirir. Taraflar hakim karşısına çıktıktan sonra dahi, kendiliğinden arabulucuya gidebilirler. Yine söz konusu formda, tarafların arabulucuya gitmek konusunda karar verdiklerinde mahkemeye bilgi vermelerinin gerektiği, mahkeme tarafından davanın en fazla 3 ay süreyle erteleneceği ve anlaşma durumunda anlaşma belgesi düzenleneceği ve bu belgenin icra edilebilirlik için anlaşma belgesinin mahkemeye sunulması ve mahkemeden şerh alınması gerektiği bilgisi bulunur²¹⁷. Arabuluculuk sonucu söz konusu olan anlaşma her iki taraf içinde bağlayıcıdır ve mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilince anlaşma, ilam niteliğindeki belgelerden sayılır²¹⁸. Tezimizin konusu olan ortaklığın giderilmesi davası arabuluculuğa elverişli bir davadır ve bahsi geçen durumlar bu dava türünde mümkündür.

3.2. Davanın Sonucu Verilebilecek Kararlar

Davanın sonucunda verilebilecek karar, yargılama aşamasında yapılan işlemlerin sonucuna bağlıdır. Şöyle ki yargılama sırasında Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından keşif yapılır. Bu keşifin amacı, taşınmaz malın değerinden ziyade bölünebilir olup olmadığının tespitidir. Zira özellikle taşınmazlar için değer, satış aşamasındaki kıymet takdiri işlemi sonucu belirlenecektir. Taşınırlar yönünden de benzer bir durum olduğunu söylemek mümkündür. Ancak taşınırların satış aşamasında kıymet takdiri işlemi yoktur. Uygulamada hem yargılama hem de satış aşamasında bilirkişiler değeri de tespit etmektedirler.

Yapılan keşif sonucu üzerinde birden fazla mülkiyet bulunan mal, bölünebilir nitelikte ise; “davanın kabulü ile aynen taksimine” karar verilir. Aynen bölünmenin mümkün olmaması durumunda; “davanın kabulü ile satış suretiyle taksimine” karar verilir²¹⁹.

²¹⁷ Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Council of Europe/Avrupa Konseyi, Haziran 2017, “Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı”: s.16.

²¹⁸ Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Council of Europe/Avrupa Konseyi, Haziran 2017, “Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı”: s.19.

²¹⁹ Yargıtay 14. HD 2016/2545 E., 2018/5158 K.; “Paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde satışın nasıl yapılacağı, satış bedelinin paydaşlara ne şekilde dağıtılacağı, harç ve yargılama giderlerinin paydaşlara hangi oranda yükleneceğinin hüküm sonucunda gösterilmesi gerekir.

Somut olayda mahkemece, satışın genel açık artırma yoluyla yapılacağı hükümde belirtilmesi; satış bedelinin paydaşlara tapu kaydı ve mirasçılık belgesindeki payları oranında dağıtılması; harç, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de satış bedelinin dağıtılmasındaki oranlarda paydaşlara aidiyetine karar

Dava dilekçesinde aynen taksim talep edilmesi unutulmuş yalnızca satış suretiyle taksim talep edilmiş ve keşif esnasında aynen taksimin mümkün olduğu anlaşılmış ise; mahkeme hemen davacıya aynen taksim talep edip etmediğini sorar. Davacı taraf aynen taksim mümkün olmasına rağmen ısrarla satış suretiyle taksim olmasını isterse; mahkemece ‘‘davanın esastan reddine’’ karar verilir. Zira asıl olan aynen taksimdir. Kabul etmeleri durumunda aynen taksim kararı verilir.

Dikkat edilmesi gereken bir başka nokta ise bu davadan davacı feragat etse dahi davalıların bu davaya devam edebiliyor olmalarıdır. Yukarıda bahsettiğimiz durumda davalılara da aynen taksim talep edip etmedikleri sorulmalıdır. Davacı aynen taksim mümkün iken satış suretiyle taksim istiyorsa, buna karşılık davalılar aynen taksimi kabul ediyorlar ise neticede yargılamaya devam edilir ve esastan red yerine yine aynen taksim kararı verilir.

3.3. Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

3.3.1. Olağan Kanun Yolları

3.3.1.1. İstinaf Kanun Yolu

1086 sayılı HUMK md.437’de yer alan; ‘*Sulh mahkemesi kararlarına karşı temyiz süresi sekiz gündür.*’ Düzenlemesi artık hukukumuzda yer almamakla beraber, 6100 sayılı HMK’da ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin olarak istinaf süresi yönünden özel bir düzenleme de bulunmadığından; HMK md.345’de yer alan genel düzenleme ‘*İstinaf yoluna başvuru süresi iki haftadır.*’ gereği söz konusu bu davaya karşı iki hafta içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

3.3.1.2. Temyiz Kanun Yolu

HMK md. 362/1-b bendinde temyiz edilmeyen kararlar arasında; ‘‘...özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar...’’ da sayılmaktadır. Yani HMK md. 4’de de ‘‘Ortaklığın Giderilmesi Davası’’nın sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtildiği için bu dava neticesinde verilen karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi’nden sonra başka bir mercii bulunmamaktadır. Özetle tezimize konu bu dava yönünden temyiz kanun yolu kapalıdır.

Kanunun lafzında "özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar" denmektedir. Peki HMK özel bir kanun mudur genel bir kanun mudur? Uygulamaya bakılırsa HMK Özel Kanun olarak kabul görmüştür. Özel kanun-

verilmesi gerekirken aksi şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ise de, belirtilen hususlar kararın bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nun 438/7. maddesi gereğince hüküm sonucunun aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018).

genel kanun ayrımı bizi Hukuk Fakültesi'nin birinci sınıfında okutulan Medeni Hukuk dersine götürmektedir.

Genel kanunlar hukukun birden çok dalına ilişkin düzenleme getirirler. Oysa özel kanunlar, tek bir alanda düzenleme yaparlar. Bir kanun hem genel hem özel düzenleme yapmış olabilir. HMK hukukumuzdaki temel kanunlardandır. İş, ticaret, tüketici, aile, kadastro ve hatta bazen icra mahkemesindeki yargılamaların düzeni ve yapılacak işlemler bu kanunda düzenlenmiştir. O halde HMK birden fazla alanda düzenleme yaptığına göre, genel bir kanundur. Bu yönüyle bakarsak genel kanun olan HMK 'da bahsi geçen ortaklığın giderilmesi davası ile ilgili kararlar temyiz tabi olmalıdır. Zira bu davanın düzenlendiği Türk Medeni Kanun da genel bir kanundur. Ancak uygulamada tartışmasız olarak yerleşen durum bu davaya karşı temyiz yolunun kapalı olduğudur. Duruma, HMK'nın 4. ve yukarıda bahsi geçen 362. Maddelerinde ortaklığın giderilmesi davasının özel olarak belirtilmiş olması yönünden bakarsak, HMK'nın içerisindeki bu düzenlemeleri özel bir düzenleme olarak görebiliriz. Zira az önce de bahsettiğimiz gibi genel kanunlar içerisinde özel hükümler barındırabilmektedir. Kıyas yolunun usul hukukunda geçerli olduğu dikkate alındığında bu durumda haklılık payı olduğu da anlaşılacaktır. Ancak izah etmeye çalıştığımız üzere hukuk yorumuna açık ve bazı yönleriyle göreceli bir alandır.

3.3.2. Olağanüstü Kanun Yolları

3.3.2.1. Kanun Yararına Temyiz

6100 sayılı HMK md. 363'de düzenlenmiş olan bu kurum olağan ve normal bir kanun yolu olmadığından²²⁰, bu başlık altında incelemek doğru olur. Bu kanun yolunda ilk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararların yanı sıra, temyiz ve istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlara karşı, yürürlükteki hukuk kurallarına aykırı olduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur. (HMK md. 363/1) Bu kanun yolunun amacı, yürürlükteki hukuk kurallarına ve mantığa aykırı olarak verilmiş ve bu haliyle kesinleşmiş olan kararların bozularak Resmi Gazete'de yayımlanmasının ve bu sayede gelecekte verilebilecek benzer muhtemel kararların önüne geçilmesinin sağlanmasıdır²²¹.

²²⁰Pekcanitez vd., 2011: 633.

²²¹ Pekcanitez vd., 2011: 633.

3.3.2.2. Yargılamanın İadesi (Yenilenmesi)

6100 sayılı HMK md. 374'e göre; yargılamanın iadesi, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş kararlar için başvurulabilen bir yoldur. Bu kesinleşme olağan kanun yollarına başvurarak veya başvurmadan da gerçekleşmiş olabilir.

Yargılamanın iadesi diğer adıyla yenilenmesi istisnai bir yol olup, belirli ağırlığa sahip hata ve noksanlıklar neticesinde verilen kararların, kesinleşmeden sonra kaldırılmasını sağlar. Maddi anlamda kesin olmayan kararlarda bu yola başvurulamaz. Çekişmesiz yargıya ilişkin kararların yanı sıra icra mahkemesi tarafından verilen ancak kesin hüküm teşkil etmeyen kararlara karşı bu kanun yoluna başvurulamaz. Fakat icra mahkemesi tarafından verilen ihalenin feshi talebinin reddi kararına karşı bu yola başvurmak mümkündür²²². İlerleyen aşamalarda açıklanan ve ortaklığın giderilmesi davası neticesinde gündeme gelebilecek ihalenin feshi davası sulh hukuk mahkemesinde görülecek ve talebin reddine karar verilirse yine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir.

HMK md. 378'e göre; yargılamanın iadesi talebini kararı veren mahkeme inceleyecektir. Bu nedenle bu kanun yolunu, bir üst mahkemeye başvuru imkanı vermemesi sebebiyle teknik anlamda kanun yolu olarak kabul etmeyen çevreler de vardır²²³.

3.4. Dava Harçları, Yargılama Giderleri ve Vekalet Ücreti

3.4.1. Dava Harçları

6100 sayılı HMK md. 120'ye göre; davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır, avansın yeterli olmadığına dava sırasında anlaşılması hâlinde, mahkemece, bu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilir, düzenlemesi yer almaktadır (HMK md.120). Her ne kadar dava şartlarının düzenlendiği HMK md.114'da harçlar sayılmamış ise de 120. madde gereği dava açılırken harç yatırılması zorunludur. Bu durumda bir çeşit dava şartıdır. Harçların yatırılmadığı veya eksik yatırıldığı anlaşılırsa davacıya iki haftalık kesin süre verilir. Bu sürede eksiklik giderilmediği takdirde davanın usulden reddine karar verilir.

Her hukuk davasında olduğu gibi, dava açarken başlangıçta başvuru harcı ve peşin harç olmak üzere iki çeşit harç yatırılır. Ortaklığın giderilmesi davasında da bu durum aynı şekilde geçerlidir. Harçların miktarı her yıl Resmi Gazete'de yayınlanan harçlar tarifesinde belirtilir.

²²² Pekcanitez vd., 2011: 636.

²²³ Ercan, 2012: 420.

27 Aralık 2017 tarihli 29931 sayılı Resmi Gazete’de, Maliye Bakanlığı (Gelir İdaresi Başkanlığı)’na yayınlanan 78 seri nolu ‘‘Harçlar Kanunu Genel Tebliği’’ne göre; 2017 yılı itibariyle Sulh Hukuk Mahkemeleri’nde başvuru harcı 14,50 TL’dir; peşin harç ise başlangıç için maktu alınır. Bu miktar da 31,40 TL’dir. Maktu alınmasının sebebi, yargılama tamamlanıp satış aşamasına geçildiğinde; karar ilam harcının satış bedeli üzerinden binde 11,38²²⁴ üzerinden hesaplanıp alınacak olmasıdır. Taksim suretiyle ortaklık giderilecek ise bu oran yine satış bedeli üzerinden bu sefer taksim edilen gayrimenkulün değeri üzerinden binde 4,55’dir. Belirlenen karar ilam harcından başlangıçta yatırılan peşin harç mahsup edilir ve kalan miktar satış bedeli (taksim bedeli) üzerinden hazineye gelir kaydı şeklinde tahsil edilir.

Tarifede taşınırлар yönünden harç miktarı, taşınmazların aksine özel olarak düzenlenmemiştir. Taşınırлар yönünden de bu defa satış bedeli üzerinden binde 68,31 oranında karar ilam harcı alınması gerektiği ilk başta genel düzenleme gereği akla gelebilecek olsa da burada da satış bedeli üzerinden binde 11,38 oranında karar ilam harcı alınacaktır. Tabi ki başlangıçta yatırılan 31,40 TL (maktu) peşin harcın mahsubu ile bulunan bedel hazineye gelir kaydedilir.

3.4.2. Yargılama Giderleri

‘‘Yargılama Giderleri’’ esasen HMK md.323²²⁵ ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Davacı davadan feragat eder ve davalılar da davaya devam etmek istemezlerse; HMK md.312 gereği, davacı yargılama giderlerine mahkum edilir.

HMK md.326’da; kanunda yazılı hâller dışında, yargılama giderlerinin, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir; davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır, aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaşırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir, düzenlemesi yer

²²⁴ 2017 yılı Harçlar Tarifesi, A-Mahkeme Harçları, III-Karar İlam Harcı, 1.Nispi Harç, bent c.

²²⁵ ‘‘Yargılama giderlerinin kapsamı;

Madde 323- (1) *Yargılama giderleri şunlardır:*

- a) *Celse, karar ve ilam harçları.*
- b) *Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri.*
- c) *Dosya ve sair evrak giderleri.*
- ç) *Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler.*
- d) *Keşif giderleri.*
- e) *Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler.*
- f) *Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler.*
- g) *Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri.*
- ğ) *Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti.*
- h) *Yargılama sırasında yapılan diğer giderler.’’*

almaktadır (HMK md.326). Her ne kadar bu düzenleme bize yol gösteriyor ise de; ortaklığın giderilmesi davasında yargılama giderleri, satış bedeli üzerinden tahsil edilir. Ancak özel bir dava türü olması nedeniyle, yargılama giderleri satış bedeli üzerinden, paydaşların payları oranında her birinden ayrı ayrı ve satış bedeli üzerinden alınarak tahsil edilir. Zira satış sonucu elde edilen para her paydaşa dağıtılacak olup, paydaşlardan biri veya birkaçı paylaşmayı istemese dahi netice bir para alacağı olup elde ettiği bu bedel üzerinden de yargılama giderine payı oranında katlanacaktır.

3.4.3. Vekalet Ücreti

Burada karşımıza ‘Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ çıkmaktadır. 02 Ocak 2017 tarihli 29936 sayılı Resmi Gazete’de, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı’nca yayınlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin ikinci kısmının birinci bölümüne göre; ortaklığın giderilmesi ve taksim davaları için vekalet ücreti 1.650,00 TL’dir. Yani vekalet ücreti maktu olup, satış bedeli üzerinden hesaplama yapılmaz. Satış aşamasındaki iş takibi için bu ücret 730,00 TL’dir. Ancak bu aşama mahkemenin takdirinde olmayıp, hükümde de belirtilmez. Burada belirtmemiz gereken en önemli noktalardan biri şudur; davacı ve davalı taraf vekille temsil ediliyor ise ve dava kabulle sonuçlanmış ise; her iki taraf lehine de vekalet ücretine hükmedilir. Bu durum ortaklığın giderilmesi davasını diğer davalardan ayırmaktadır. Yani bu dava neticesinde her iki taraf da kazanır.

Davalı taksim istemiyorsa ama vekili varsa; yine vekalet ücreti verilir zira taksim ve satış sonucu o da satış bedelinden hissesi oranında pay alacaktır ve yargılama her ne kadar onun istediği şekilde sonuçlanmamış ise de, vekil yardımından faydalanmıştır.

Davanın kabulü halinde davalı tarafta birden fazla davalı ve her birinin ayrı ayrı vekilinin bulunması durumunda, her bir davalı vekili lehine ayrı vekalet ücretine hükmedilir. Ancak birden fazla davalının tek vekili olması durumunda, müvekkil sayısı kadar vekalet ücretine hükmedilmez, tek vekalet ücretine hükmedilir.

Davanın reddine karar verilmesi durumunda vekalet ücreti konusunda, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin üçüncü maddesi bize yol göstermektedir. "Avukatlık ücretinin aidiyeti, sınırları ve ortak veya değişik sebeple davanın reddinde davalıların avukatlık ücreti" başlığını taşıyan maddeye göre; yargı yerlerince avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, ekli Tarifede yazılı miktardan az ve üç katından çok olamaz. Bu ücretin belirlenmesinde, avukatın emeği, çabası, işin önemi, niteliği ve davanın süresi göz önünde tutulur. Müteselsil sorumluluk da dahil olmak üzere, birden fazla davalı aleyhine açılan davanın reddinde, ret sebebi ortak olan davalılar vekili lehine tek, ret sebebi ayrı olan davalılar vekili lehine ise her ret sebebi için ayrı ayrı avukatlık ücretine hükümlenir (AAÜT md.3).

Normalde dava kabul edildiğinde davalı yan lehine karşı vekalet ücretine hükümlenmez ancak yukarıda açıklanan sebeplerle ortaklığın giderilmesi davasında durum farklıdır.

Dava kabul edildiğinde, davacı ve davalı yan lehine hükmedilen karşı vekalet ücreti, davalılardan hisseleri oranında satış bedeli üzerinden tahsil edilir. Davacıların ve davalıların kendi vekilleri yönünden paylarına düşen kısım kendi üzerlerinde bırakılır. Daha açık bir ifadeyle, davacı vekili için hükmedilen 1.650,00 TL'nin tarafların hisseleri oranında satış bedelinden tahsiline ve davacının payına düşen kısmın kendi üzerinde bırakılmasına karar verilir. Aynı şekilde davalı vekili için hükmedilen 1.650,00 TL'nin de tarafların hisseleri oranında satış bedelinden tahsiline ve davalının payına düşen kısmın kendi üzerinde bırakılmasına karar verilir. Böylelikle karşı vekalet ücretinin bir kısmını aslında müvekkilin kendi ödemektedir. Normal davalarda vekalet ücretinin tamamı kabul ve ret durumuna göre karşı tarafa ödettirilirken, ortaklığın giderilmesi davasında bu durum yukarıda açıkladığımız sebeplerle böyle değildir. Zira "Ortaklığın Giderilmesi Davası" özel ve farklı bir davadır.

3.5. Genel Olarak

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi durumunda, satış işlemleri İİK hükümlerine göre yapılır. Satışa ilişkin hükümler İİK md.106-137 arasında düzenlenmiştir. Buna ilişkin ayrıntılı bilgiye aşağıda yer verilmiştir.

3.6. Satış Memurluğu

Mahkeme vermiş olduğu ortaklığın giderilmesine ilişkin kararda satış işlemlerini Satış Memurluğu veya İcra Müdürlükleri yapar. Uygulamada, kararda satışı gerçekleştirecek memurun ismi de yazılabilmektedir. Ancak bu sakıncalı bir durumdur. Zira görevlendirilen kişinin tayininin çıkması, vefat etmesi veya başka bir halden ötürü görevini gerçekleştiremeyecek olması durumunda sıkıntılar doğmaktadır. Görevlendirme hüküm ile yapılır. Daha sonradan görevlendirilen kişiyi değiştirmek hükmü değiştirmektir. Her ne kadar esasa ilişkin bir durum olmasa da ek karar ile görevlendirme değişikliği yapılamayacağı kanaati hasıl olmuştur. Bu nedenle hükümde icra müdürlüğü veya sulh hukuk mahkemesi müdürlüğü şeklinde isim belirtmeden görevlendirme yapmak daha uygundur.

Ortaklığın giderilmesi davasında verilen karar kesinleşince, talep halinde dosya tüm ekleriyle beraber bir üst yazı ile satış memurluğuna gönderilir²²⁶.

Görevlendirilen satış memuru derhal satış işlemlerine başlar. Kendisine gönderilen dosyaya bir satış numarası verir ve tüm işlemleri bu numara üzerinden yapar. Satış

²²⁶ Ruhi ve Ruhi, 2016: 15.

memurunun görevi aşağıda açıklanan konularda ayrıntılı olarak açıklanmıştır ancak kısaca bahsetmek gerekirse; satış memuru satılmasına karar verilen taşınır veya taşınmaz malın arttırmaya hazırlık işlemlerini yapmak, kıymet takdirini yapmak²²⁷, keşfe gitmek ve artırmanın yapılarak satışın gerçekleştirilmesini sağlamak yani ihaleyi tamamlamak ve satış sonucu paraları paylaşmakla görevlidir.

3.7. Satış İşlemi

3.7.1. Taşınırın Satışı

Satış talep edilip dosya satış memurluğuna gönderildikten sonra, İİK md.112 gereği satış talebinden nihayet iki ay içinde taşınır mallar satılır.

İİK md.114 gereği satış kural olarak açık artırma yoluyla yapılır. Ancak bazı durumlarda pazarlık usulü ile satış da mümkündür. Pazarlık usulünün hangi hallerde yapılabileceği tahdidi bir biçimde İİK md.119'da sayılmıştır²²⁸.

Genel kural açık artırma olmak ile beraber kapalı satış yapılmasına da karar verilebilir. Ancak bunun için tüm hissedarların rıza göstermesi gerekir. Bir paydaş dahi kapalı satış istemez ise satış açık artırma usulü ile yapılır.

3.7.1.1. Arttırmaya Hazırlık

Arttırmaya hazırlık işlemleri İİK md.114'de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Hazırlık işlemleri taşınır için, artırma ilanı ve artırma şartnamesinden oluşur.

3.7.1.1.1. Arttırma İlanı

İİK md.114'e göre; birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı yer, gün ve saat daha önceden ilân edilir. İlanın şekli, artırmanın tarzı, yer ve günü ayrıca gazete ile yapıp yapılmayacağı icra memurluğu veya satış memurluğu tarafından ilgililerin menfaatleri dikkate alınarak belirlenir. İlânın yurt düzeyinde yayımlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi durumunda bu ilân, satış talebi tarihinde tirajı elli binden fazla olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle yapılır.

²²⁷ Ruhi ve Ruhi, 2016: 15.

²²⁸ ‘‘Pazarlık suretiyle satış;

Madde 119-Aşağıdaki hallerde satış pazarlık suretiyle yapılabilir:

1 – Bütün alakadarlar isterse,

2 – Borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyat teklif edilirse,

3 – Arttırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet verilirse,

4 – 113 üncü maddenin ikinci fıkrasında gösterilen haller bulunursa,

5 – (Değişik: 17/7/2003-4949/31 md.) Mahcuz malın tahmin edilen değeri bir milyar lirayı geçmezse.’’

Taşınır satışında, satış ilanının paydaşlara tebliği zorunlu değildir. Ancak satış için görevlendirilen satış memuru tebliğe karar vermiş ise bunu mutlaka usulüne uygun bir şekilde hissedarlara tebliğ etmelidir. Aksi takdirde ilerleyen aşamalarda ihalenin feshi hususu gündeme gelebilir²²⁹.

3.7.1.1.2. Arttırma Şartnamesi

Arttırmaya hazırlık kapsamında satış memurunca ilandan başka bir de arttırma şartnamesi düzenlenir. Arttırma şartnamesinde satışı yapılacak olan taşınırın özellikleri özet halinde belirtilir.

Gazete ile yapılacak ilanlara satış şartnamesi ayrıntılı olarak gösterilmez. Satılacak şeyin cinsi, niteliği, önemli vasıfları, muhammen kıymeti, bulunduğu yer, ikinci arttırmanın gün ve saati ile satış şartnamesine ilişkin diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği, talep halinde ve ilanda gösterilen masrafı verilmek koşuluyla şartnamenin bir örneğinin gönderilebileceği hususları yazılmakla yetinilir (İİK md.114/3-1.c.). Ancak satış memurluğunca yapılması zorunlu ilanlar dışında, hissedarlar şartnamenin tamamını, masrafı kendilerini karşılamak koşuluyla, diledikleri vasıtalarla ilan edebilirler. Ancak tercihe bağlı olan bu ilan resmi işlem olan şartnameyi etkilemez (İİK md.114/3-2.c.). Yani arttırma bakımından satış memurluğunca yapılan ilan esas alınır²³⁰.

3.7.1.1.3. Arttırmanın Yapılması

İİK md.114'e göre; açık arttırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden on gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. İkinci ihalede ise, elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar ve en az on gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler hacedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz. Teklif vermeden önce, hacedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi mecburidir (İİK md.114).

İİK md.115'e göre; birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif değerlendirilerek çok arttırana ihale edilir. Öyle ki, arttırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyeninin alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o

²²⁹ Ruhi ve Ruhi, 2017: 1287-1288.

²³⁰ Pekcanitez vd., 2013: 150.

malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerekir. Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır. İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer (İİK md.115).

İİK md.117'ye göre ise; altın ve gümüş eşya maden halindeki kıymetlerinden daha aşağı bir bedel ile satılamaz (İİK md.117).

3.7.1.1.4. Arttırmanın Sonuçları

İİK md.118'e göre satış peşin para ile yapılır ve para ödenmedikçe taşınır mal alıcıya teslim edilmez. Ancak satış memuru alıcıya yedi günü geçmemek üzere bir mehil verebilir.

TBK md. 279'da yer alan; '*Arttırmada taşınır bir mal alan kişi, onun mülkiyetini ihale anında kazanır.*' hükmü dikkate alındığında, ihale ile birlikte taşınırın mülkiyeti alıcıya geçecektir.

6352 sayılı Kanun ile İİK'nın 118. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırıldığı için, alıcının arttırmalar neticesinde ihale bedelini kısmen veya tamamen ödememesi durumunda yapılan ikame (tamamlayıcı) ihalenin de bir dayanağı kalmamıştır. Ödeme yapılmaması durumunda satış memuru ihaleyi doğrudan feshedebilecektir. İİK md.118 gereği, ödeme yapmayan alıcılar ve kefilleri, teklif edilen bedel ile son bedel arasındaki farktan sorumludur. Ayrıca bu fark varsa öncelikle teminattan karşılanır²³¹.

3.7.2. Taşınmazların Satışı

Satış talep edilip dosya satış memurluğuna gönderildikten sonra, İİK md.123 gereği satış talebinden nihayet üç ay içinde taşınmaz mallar satılır. Satış açık arttırma yoluyla yapılır. Taşınmazların pazarlık usulü ile satılmaları mümkün değildir.

Genel kural açık arttırma olmak ile beraber kapalı satış yapılmasına da karar verilebilir. Ancak bunun için tüm hissedarların rıza göstermesi gerekir. Bir paydaş dahi kapalı satış istemez ise satış açık arttırma usulü ile yapılır.

3.7.2.1. Arttırmaya Hazırlık

Taşınır satışındaki arttırmaya hazırlıktan farklı olarak burada İİK'da kıymet takdiri ve mükellefiyetler listesi düzenlenmiştir.

²³¹ Pekcanitez vd., 2017: 153.

3.7.2.1.1. Arttırma İlanı

İİK md.126'ya gereği; birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat önceden ilan edilir. İlan, birinci ihale tarihinden en az bir ay önce yapılır. Yapılacak ilana, satılacak şeyin cinsi, niteliği, önemli vasıfları, tahmini kıymeti, bulunduğu yer; birinci ve ikinci ihalenin yapılacağı yer, gün ve saat; arttırmaya katılacakların satılacak taşınmaz malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği²³²; diğer bilgilerin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği hususları yazılır. Ayrıca, ipotek sahibi alacaklılarla diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını ve diğer iddialarını belgeli bir biçimde on beş gün içinde satış memurluğuna bildirmeleri gerektiği yazılır; aksi halde, hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça, satış bedelinin paylaşması dışında kalacakları da ilanda belirtilir.

İİK md.126'nın atfıyla İİK md.114/2 ve md.114/3'de düzenlenen ilana ilişkin hususlar taşınmaz satışında da aynen uygulanır²³³.

3.7.2.1.2. Arttırma Şartnamesi

Arttırma şartnamesinde taşınmazla ilgili hak ve yükümlülüklerle diğer hususlara yer verilir²³⁴. İİK md. 124/1 gereği satış memurluğu, arttırma şartnamesini düzenler. Arttırma şartnamesinde satılacak olan taşınmaz üzerindeki tüm hususlar gösterilir. Satış memurunun bu şartnameyi düzenleyebilmesi için çeşitli kurumlara özellikle de tapu müdürlüğüne müzekkere yazması gerekmektedir. Arttırma şartnamesinde ayrıca İİK md.125 gereği hangi masrafların müşteriye ait olacağı ve taşınmazın üzerindeki irtifak hakları, taşınmaz mükellefiyetleri, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal edeceği belirtilir.

Şartname, ihaleden en az on gün önce satış memurluğunda herkesin görebileceği bir yerde bulundurulur.

²³² İhaleye paydaş veya ortaklarda girecek ise %20 teminat zorunluluğunda hissedar, payın bakiye kalan kısmını %20'ye tamamlar ve o miktarı teminat olarak yatırır. Payının değeri %20'yi karşılıyorsa teminatsız şekilde ihaleye girer.

²³³ İİK md.114/2; 'İlanın şekli, artırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra memurluğunca alakadarların menfaatlerine en muvafık geleni nazarı dikkate alınarak tayin olunur. (Ek cümle: 17/7/2003-4949/27 md) İlânın yurt düzeyinde yayımlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi hâlinde bu ilân satış talebi tarihinde tirajı elli binin (50.000) üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle yapılır. (Ek: 18/2/1965 - 538/57 md)''

İİK md.114/3; 'Gazete ile yapılacak ilanlara satış şartnamesi eklentisiyle geçirilmeyip, satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, muhammen kıymeti, bulunduğu yer ve ikinci artırmanın gün ve saati, satış şartnamesinin vesair bilginin nereden ve ne suretle öğrenilebileceği, talep halinde ve ilanda gösterilen masrafi verilmek şartıyla şartnamenin bir örneğinin gönderilebileceği hususları yazılmakla iktifa olunur. İcra dairesince yapılması zaruri ilanlar dışında, taraflar şartnamenin tamamını, masrafi kendilerine ait olmak üzere, diledikleri vasıtalarla ilan edebilirler. Ancak hususi mahiyetteki bu ilan resmi muameleye tesir etmez. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/24 md) Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır. (Ek fıkra: 2/7/2012-6352/24 md)''

²³⁴ Pekcanitez vd., 2017: 155.

3.7.2.1.2.1. Mükellefiyetler Listesi

İİK md.128'e göre; satış memuru satışa başlamadan önce taşınmaz üzerindeki tapu sicillinde görünen mükellefiyetlerin tamamının bir listesini yapar. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu satış mükellefiyetlerle beraber yapılır ve alıcıya intikal eder.

3.7.2.1.2.2. Kıymet Takdiri

Satış memuru tarafından taşınmazın kıymet takdiri işlemleri yapılır. Her ne kadar Ortaklığın Giderilmesi Davası görülürken de bir keşif yapılmış ise de bu keşif değer tespitinden ziyade aynen taksimin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle satış memuru tarafından kıymet takdiri yapılmak üzere keşfe çıkılır. Keşifte bir fen bilirkişisinin yanında duruma göre ziraat, makine veya inşaat mühendisi de bulundurulur. Kıymet takdiri yapıldıktan sonra bu takdir işlemine yönelik olarak, İİK md.128/a uyarınca bilirkişi raporunun tebliğinden itibaren 7 gün içinde paydaşlar Sulh Hukuk Mahkemesi'ne şikayet yoluna başvurabilirler. Kanunda şikayet olarak adlandırılan bu kurum, uygulama itiraz olarak da nitelendirilmektedir. Bu durumda şikayet veya başka deyimle itiraz eden kişi Sulh Hukuk Mahkemesi'nde "Kıymet Takdirine İtiraz Davası" açacaktır. Bu dava basit yargılama usulüne göre görülecek olup, yeniden keşfe gidilecektir. Keşif ve raporlar neticesinde mahkemenin vereceği karar kesindir. Bu dava türünde uygulamada hatalı olarak satış memuru davalı taraf olarak gösterilmektedir. Oysa ki itiraz eden paydaş dışındaki diğer tüm paydaşlar davalı olarak gösterilmelidir.

Kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez. Ancak doğal afetler veya imar durumunda meydana gelen olağanüstü değişiklikler nedeniyle yeniden kıymet takdiri istenebilir. (İİK md.128/a/2.c.)

3.7.2.1.3. Arttırmanın Yapılması

Burada da taşınırlarda olduğu gibi benzer bir durum vardır. İİK md.126/4'e göre; açık arttırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden yirmi gün önce başlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beşinci gün başlar, en az yirmi gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler satılacak malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, satılacak malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur.

İİK md.129'da "İhale" başlığı altında düzenlenen hükümlere göre ise; birinci ve ikinci ihale satış memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda

verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Taşınmaz üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Ancak, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini, paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerekir. Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış satış memuru tarafından geri bırakılır. İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer. Bu durumda yeniden satış talep edilmesi gerekir.

3.7.2.1.4. Arttırmanın Sonuçları

İİK md.130'a göre; satış bedeli peşin ödenir. Bunun yanı sıra satış memuru alıcıya on günü geçmemek üzere bir süre verebilir.

İİK md.131 gereği, satış bedelinin ödenmesi için mühlet verilmiş ise para verilinceye kadar hasar ve masrafı alıcıya ait olmak üzere taşınmaz, satış memurluğunca idare edilir. Bu süre içinde satış memurluğunun izni olmaksızın tapuda hiçbir tescil işlemi yapılamaz. Satış memurluğu satış bedelini temin için ayrıca teminat gösterilmesini isteyebilir.

İİK md.135' gör; bedel ödenince ve ihale kesinleşince tapuya müzekkere yazılarak tescil işlemleri yapılır. İhalenin kesinleşmesi, ihaleden itibaren yedi gün içinde ihalenin feshi davası açılmamasına veya açılıp da reddedilmesine bağlıdır. Bu nedenle tapuya müzekkere yazılmadan önce satış memurluğu, Sulh Hukuk Mahkemesi'nden ihalenin feshi davası açılıp açılmadığını sormalıdır. Taşınmazın mülkiyeti, İİK md. 134/1'de yer alan; '*İcra dairesi tarafından taşınmaz kendisine ihale edilen alıcı o taşınmazın mülkiyetini iktisap etmiş olur*' ifadesi ile TMK md. 705²³⁵ göz önünde bulundurulduğunda ihale ile alıcıya geçecektir. Tapudaki tescil burada açıklayıcı bir niteliğe sahiptir.

Alıcının ihale bedelini ödememesi durumunda İİK md.133 devreye girer. Buna göre; taşınmaz kendisine ihale olunan alıcı derhal veya verilen süre içinde ihale bedelini ödemezse, ihale kararı satış memuru tarafından kaldırılarak teminat alıcının ödemek durumunda olduğu bedele mahsup edilmek üzere alıkonulur. Kendisinden önce en yüksek teklifte bulunan alıcının teklif ettiği bedel, İİK md.129'un aradığı şartlara uygun bulunması ve bu alıcının adresinin de belirli olması halinde bir muhtıra tebliğ edilerek bildirdiği bedelle taşınmaz kendisine teklif edilir ve üç gün zarfında almaya razı olursa ona ihale olunur. Razi olmaz,

²³⁵ 'TMK md.705;

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması

I. Tescil

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.

Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.'

cevapsız bırakır veya bulunmazsa taşınmaz satış memurluğunca hemen artırmaya çıkarılır. Bu artırma ilgililere tebliğ edilmez, yalnızca satıştan en az yedi gün önce yapılacak ilanla yetinilir. Bu artırmada, teklifin, İİK md.129'a uyması şartıyla taşınmaz en çok arttırana ihale edilir. İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen sorumludurlar. Bu fark varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur.

3.8. İhaleinin Feshi

İhaleinin feshi yukarıda bahsi geçen ve bedelin ödenmemesi durumundan başka esaslı anlamda İİK md.134'de düzenlenmiştir.

3.8.1. İhaleinin Feshi Nedenleri

İhaleinin feshine neden olabilecek durumlar ihaleye hazırlık aşamasında gerçekleşmiş olabileceği gibi ihaleinin yapılması aşamasında da ortaya çıkabilir. Ayrıca ihaleye fesat karıştırılmış veya alıcı hataya düşmüş olabilir.

İhaleye hazırlık aşamasında yapılan ilanın usulüne uygun olmaması, sürelere riayet edilmemesi veya şartnamenin ilanda yer almaması bu aşamadaki ihaleinin feshine neden olur.

İhaleinin yapılması aşamasında, İİK md.126 ve 129 uyarınca yukarıda açıklanan kurallara uyulmaması (örneğin; ihaleyi yapan satış memurunun üç defa bağırması²³⁶) ihaleinin feshine yol açacaktır.

İhaleye fesat karıştırılması, kanunda tek tek yazmamaktadır. Ancak ihaleinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını engelleyici davranışlar fesih sebebini oluşturur²³⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan 235. Madde "İhaleye Fesat Karıştırma" başlığını taşımaktadır. Bu madde her ne kadar kamu kurum ve kuruluşları adına yapılan ihalelerin feshine ilişkin ceza hükümleri içeriyor olsa da, fesih nedenleri yönünden bize ışık tutacaktır.

TCK md.235/2'deki düzenlemeye göre, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak ve teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak şeklindeki hileli davranışlarla ihaleye fesat karıştırılmış sayılır.

²³⁶ Ercan, 2013: 145.

²³⁷ Pekcanitez vd., 2013: 168.

Alacaklının satışı yapılan şeyin esaslı niteliklerinde hataya düşmüş olması da bir fesih nedenidir. Örnek verecek olursak; şartnamede belirtilen taşınmazın yüzölçümü ile gerçek durum uyuşmuyor ise ihale feshedilebilecektir²³⁸. Bir başka örnek olarak ise satışı yapılacak bir araba veya traktör düşünelim. Yine şartnamede belirtilen aracın motor gücü ile gerçekte olan arasında fark varsa bu da alıcının esaslı hataya düşmesi durumu olup ihale yine feshedilebilecektir. Alıcının hataya düşmesi durumu oldukça yoruma ve kötüye kullanmaya açık bir durum olduğundan somut olayın özellikleri titizlikle incelenmelidir.

İİK md.134/2'nin ilk cümlesinde TBK md.226'ya atıf yapılmıştır. "Satılanın Başka Yerden Gönderilmesi" başlığı altındaki düzenlemeye göre, ihaleye konu satışı yapılacak şeyin ayıplı olması nedeniyle de fesih talep edilebileceği gibi bunda süre ihale tarihinden itibaren başlayacaktır²³⁹.

3.8.2. İhalenin Feshini İsteyebilecek Kişiler

İİK md.134/2'de; "...satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler..." ifadesi yer almaktadır. Tezimizin konusunu oluşturan dava yönünden ise, ihalenin feshini bu maddeden yola çıkacak olursak paydaşlar, mirasçılar, davayı paydaşlardan birinin alacaklısı açmış ise alacaklı, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler isteyebileceklerdir. Zira ihalenin usulsüz oluşu sayılan tüm bu kişileri etkileyecektir.

3.8.3. İhalenin Feshini Talep Süresi

İİK md.134'e göre, yukarıda sayılan kişiler en geç ihalenin yapıldığı günden itibaren 7 gün içinde Sulh Hukuk Mahkemesi'nden ihalenin feshini talep edebileceklerdir. Burada

²³⁸ Pekcanitez vd., 2013: 169.

Bunun yanı sıra Yargıtay 12. HD 2015/17680 E. 2015/21136 K.; "...icra müdürlüğüne satışa esas gayrimenkul açık artırma ilanında, ihale konusu olan taşınmazın bulunduğu mevki, parsel numarası, yüzölçümü, satılan hisse ile taşınmazın özellikleri açıkça belirtilmiştir. Şikayetçinin ihaleye çıkarılan taşınmazın özelliklerini satış dosyasındaki kıymet takdir raporu, şartname ve satış ilanından öğrenmesi mümkündür. Dolayısıyla satış ilanına göre ihaleye katılmış ve taşınmazdaki borçlu hissesini satın almıştır. Bu hali ile alıcı, ihaleye girmeden önce taşınmazın özelliklerini, hangi taşınmazın satılacağını bilmekte olup, ihale tarihinden sonra icra mahkemesine gelerek, hataya düştüğünü ileri sürerek ihalenin feshini talep edemez." Şeklinde dir.(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

²³⁹ TBK md.226;

"Satılanın başka yerden gönderilmesi

MADDE 226- Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa, satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Alıcı, ayıplı olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez.

Alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür. Bunu yaptırmazsa, ileri sürdüğü ayıplı, satılanın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispat yükü alıcıya düşer.

Satılanın kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür. Alıcı, durumu satıcıya en kısa zamanda bildirmezse, bundan doğan zarardan sorumlu olur."

dikkat edilmesi gereken ihalenin feshinin İcra Mahkemesi'nden değil Sulh Hukuk Mahkemesi'nden istenecek olmasıdır²⁴⁰. İlgililerin ihalenin feshi sebebinin en geç ihale günü öğrendikleri kabul edilir. (İİK md.134/2/2.c.) Ancak bazı istisnai durumlarda vardır. Bunlar İİK md.134/7'de düzenlenmiştir. Buna göre satış ilanı tebliğ edilmemiş, satılan malın esaslı vasıflarında hataya düşülmüş veya ihaleye fesat karıştırıldığı daha sonra öğrenilmiş ise şikayet süresi öğrenmeden itibaren başlar ve yine 7 gündür. Ancak kanun bunun sınırlarını da belirlemiş olup, bu durumda en geç ihalenin üzerinden bir sene geçmeden ihalenin feshi talep edilebilecektir

3.8.4. İhalenin Feshinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

İhalenin feshinde görevli ve yetkili mahkeme ortaklığın giderilmesi davasını gören ve karar Sulh Hukuk Mahkemesi'dir. İİK md.134/4'e göre; ihalenin feshine ilişkin şikayet görevsiz veya yetkisiz mahkemeye yapılırsa, mahkeme fesih talebinden itibaren on gün içinde bu hususu dosya üzerinden değerlendirerek görevsizlik veya yetkisizlik kararı verir. Verilen karar kesindir. Bu noktada HMK'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

3.8.5. İhalenin Feshi Talebinin Kabulü ve Reddi

İhalenin feshi Sulh Hukuk Mahkemesi'nden istendiğinde, İİK md.134/2/3.c gereği, talepten itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar ve taraflar gelmese dahi karar verir. İİK md.134/8 gereği, talep sahibi ihalede yapılan yolsuzluk nedeniyle haklarının ihlal edildiğini, menfaatlerinin zarar gördüğünü kanıtlamakla yükümlüdür. Ayrıca fesih talep eden ilgili, İİK md.134/2'ye göre fesih talebini ileri sürerken yurt içinde bir adres göstermek zorundadır.

Mahkeme fesih talebinin reddine karar verirse, davacıyı İİK md.134/2/4.c gereği ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder. Ancak işin esasına girilmmeden verilen red halinde para cezasına hükmolunamaz. Bu durum daha ziyade davanın, dava şartı yokluğundan usulden reddi ve süresinde dava açılmamış olması nedeniyle reddi halinde karşımıza çıkmaktadır.

Sulh Hukuk Mahkemesi talebi yerinde görürse ihalenin feshine karar verir. Verilen karar kesinleşirse, alıcının ihale ile birlikte kazandığı mülkiyet hakkı son bulur. Taşınmaz tapu siciline tescil edilmiş ise, tescil iptal ettirilir ve mülkiyet önceki ortaklara geri döner. Bu noktada alıcının ödediği veya nemalandırılan para geri verilir. Karar kesinleşirse talep halinde

²⁴⁰ Yargıtay 12. HD 2017/6398 E. 2018/1908 K.; ‘Davacının icra mahkemesine başvurusu; ortaklığın giderilmesi davası akabinde yapılan ihalenin feshi istemine ilişkin olup, mahkemece, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle verilen görevsizlik kararı İİK.nun 134/4 maddesi gereği kesindir.’(<http://portal.uyap.gov.tr>, erişim tarihi: 01.09.2018)

yeniden satış işlemleri gerçekleştirilir. Unutulmamalıdır ki; ihalenin feshinden önce taşınmaz üzerinde hak iktisap etmiş iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları TMK md.1023 gereği korunur²⁴¹.

Bu konuda değinilmesi gereken önemli bir konuda; İİK md.134/5 gereği, ihalenin feshi talep edilmiş olsa da alacaklının ihale bedelini kendisine verilen süre içerisinde nakden ödemek zorunda olduğudur. Neticede ihalenin feshine karar verilirse bu para alıcıya zaten geri verilecektir. Satış memuru, ihalenin feshine yönelik davanın sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar ihale bedelini bankada nemalandırır. Karar kesinleşince, ihale bedeli nemaları ile birlikte hak sahiplerine ödenir. (İİK md.134/5/2.c-3.c)

3.9. Paraların Paylaştırılması

Bu aşamada paylı mülkiyette her bir paydaşa payı oranında satıştan elde edilen gelirden para verilir. Elbirliği mülkiyetinde ise; paylı mülkiyete çevrilmeden doğrudan satış mevcut olduğu düşünüldüğünde aksi kararlaştırılmamışsa eşit oradan para ortaklara paylaştırılır. Bu paylaşım banka aracılığı ile yapılır. Yani satış sonucu, satış memurluğu elde edilen paranın bankaya ve oradan da paydaşlara ödenmesini sağlar.

²⁴¹Pekcanitez vd., 2013: 170.

SONUÇ

Ortaklığın giderilmesi davası, kendine özgü nitelikler içeren bir davadır. En önemli özelliği davanın sonucunda kaybedenin olmayışdır. İki taraflı yani actio duplex bir davadır. Paylı mülkiyetin ortaklığın giderilmesi davası ile kazai olarak sona ermesi halinde davalıların malvarlıklarında bir eksilme olmaz, yalnızca paydaşların payları aynen veya nakden belli olur ve somut olaya göre özgülleme gerçekleşir.

Dava kabul ile neticelenirse eşya aynen, nakden veya kat mülkiyetine çevirme yoluyla paylaşılır. Davanın reddi durumunda ise mevcut durum değişmez. Ayrıca davadan feragat davalıların davaya devam etmelerine engel olmaz ve hemen red kararı verilmez.

Ortaklığın giderilmesi davasını açabilecek kişiler arasında miras ortaklığı açısından mirasçılardan alacaklılarının da yer aldığını açıkladık. Uygulamada alacaklı, borçlusuna yönelik bir takibe başlayıp bu takibi kesinleştirdikten sonra, borçluya miras yolu ile kalan haklarını da talep edebilmektedir. Ortaklığın giderilmesi istenen eşyanın başka malik ortaklarının olduğu ve onların da birçok yönden mutlak aynı hak olan mülkiyet hakkına sahip oldukları unutulmamalıdır. Bu nedenle mahkeme, alacaklıya doğrudan ortaklığın giderilmesi davası açması için yetki vermek yerine, ‘‘İştirahın Feshine’’ yönelik dava açılabilmesi için yetki vermelidir²⁴². Böylece alacaklıya, elbirliği mülkiyetini, paylı mülkiyete çevirmesi için yetki verilmiş olur. Paylı mülkiyete çevrilme ile beraber, yalnızca borçlu mirasçının payı satılarak alacaklının alacağı tahsil edilmiş ve böylelikle diğer ortaklar mağdur durumuna düşmemiş olurlar.

²⁴² İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. HD 2017/816 E., 2017/847 K.;’’*TMK'nun 644. maddesinde; Bir mirasçı terekeye dahil malların tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteminde bulunduğu takdirde sulh hukuk hakimi, diğer mirasçılara çağrıda bulunarak belirleyeceği süre içinde varsa itirazlarını bildirmeye davet eder.*

Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülmediği veya mirasçılardan biri belirlenen süre içinde paylaşma davası açmadığı takdirde, istem konusu mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.’’

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, (2017). ‘‘Mahkeme Temelli Arabuluculuk Hizmetleri El Kitabı’’,Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Council of Europe/Avrupa Konseyi.
- Akıntürk, T. (2009). Eşya Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Akyol, F. (2012). Yabancı Gerçek ve Tüzel Kişilerin Taşınmaz Ediniminde Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Arslan, İ. ve Kırmızı, M. (2012). Paydaşlığın ve Ortaklığın (Birlikte Mülkiyetin) Giderilmesi. Bilge Yayınevi, Ankara.
- Ayan, M. (2013). Eşya Hukuku-II-Mülkiyet. Konya.
- Ayan, M. (2013). Eşya Hukuku-III-Sınırlı Ayni Haklar. Konya.
- Aybay, A. (1966). Müşterek Mülkiyette Taksim. İstanbul.
- Aybay/Hatemi (2012). Eşya Hukuku. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Ayiter, N. (1983). Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı). Savaş Yayınevi, Ankara.
- Balcı, Ş. (2004). Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2012). Şirketler Hukuku. Dora Yayınları, Adana.
- Demir, Ş., Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk. Ankara Barosu Dergisi, 2016/1.
- Dişel, B. (2014). İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Doğan, V. (2010). Türk Vatandaşlık Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ekşi, N. (2012). Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı. Beta Yayınevi, İstanbul.
- Ercan, İ. (2012). Medeni Usul Hukuku. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Ercan, İ. (2013). İcra ve İflas Hukuku. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Erdoğan, C. (1999). Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) Davaları. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Erdoğan, H. (2008). Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şuyuu) Davaları. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Eren, F. (2016). Mülkiyet Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Ertaş, Ş., Serdar, İ. Ve Gürpınar, D. (2008). Eşya Hukuku. Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Ertaş, Ş. (2012). Eşya Hukuku, İzmir.
- Esener, T. ve Güven, K. (2012). Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gümüş, M. A. (2007). Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Gözler, K. (2010). İdare Hukuku Dersleri. Ekin Kitabevi, Bursa.

- İmamoğlu, M. A. (2006). Mülkiyet ve Toprak Sistemleri. Yazıt Yayın-Dağıtım, Ankara.
- Karahacıoğlu, A. H. (1985). Ortaklığın Giderilmesi (Şuyuun İzalesi) Davaları. Olgaç Matbaası, Ankara.
- Karahacıoğlu, A. H. (1994). Ortaklığın Giderilmesi (Şuyuun İzalesi).
- Karahasan, M. R. (2002). Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2012). İcra ve İflas Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kurşat, Z. (2008). Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi. Arıkan Yayıncılık.
- Küley, M. M. (1959). Toplu Mülkiyet. Şermet Matbaası, İstanbul.
- Levi, S. (2006). Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri. Legal Kitabevi, İstanbul.
- Moore, C. W. (tarih yok). Arabuluculuk Süreci (The Mediation Process-Practical Strategies For Resolving) Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler, Nobel Akademik Yayıncılık.
- Nohutçu, A. ve Ündal, M. (2013). Anayasa Hukuku. Savaş Yayınevi, Ankara.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. ve Oktay-Özdemir, S. (2016). Eşya Hukuku. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Orman, P. (2012). Seçilmiş AB Ülkelerinde Yabancıların ve Türk Vatandaşlarının Taşınmaz Edinimi. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Öğüz, T. (1995). Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri. İstanbul.
- Özaykut, S. (2014). Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Özbudun, E. (2009). Türk Anayasa Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özcan, Z. (2013). Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özgür, Y. (1995). Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi. Kazancı Hukuk Kaynakları No: 14, İstanbul.
- Özmen, E. S. (1992). Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası. Kazancı Hukuk Yayınları: 108, Ankara.
- Öztaş, İ. (2011). Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı. 12 Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2011). Medeni Usul Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Pekcanitez, H., Atalay, O. ve Özkes, M. (2013). İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Reisoğlu, S. (Beşinci Bası). Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

- Ruhi, A. C. (2016). Paylaşma Davaları. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ruhi, C. ve Ruhi, A. C. (2017). İzalei Şüyu, Ortaklığın Giderilmesi, Paylaşma Davaları. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sarıca, A. (2013). Ticaret Hukuku. Savaş Yayınevi, Ankara.
- Sarıhan, B. (2000). Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2).
- Sirmen, L. (2016). Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Şengöz, Ç. (2018). Paylı Mülkiyet Kavramı ve Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Şimşek, S. (2010). Ortaklığın Giderilmesi Davaları. Terazi Hukuk Dergisi, (52).
- Topuz, G. (2009). Paylı Mülkiyet Hisselinin Haczi ve Satışı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1).
- Topuz, G. ve Topuz, S. (2008). Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı, Ankara Barosu Dergisi, (3).
- Tuğrul, S. (2004). Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.
- Ünal, M. ve Başpınar, V. (2017). Şekli Eşya Hukuku. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yabancı, T. (1997). Ortaklığın Giderilmesi Davası. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Yavuz, N. (2006). Paylı Mülkiyet Yönetimi ve Birden Çok Parsel Üzerinde Kurulan Binaların Kullanımından Doğan Uyuşmazlıklar. Kartal Yayınevi, Ankara.
- Yılmaz, E. (2016). Hukuk Sözlüğü. Yetkin Yayınları, Ankara.

İnternet Kaynakları

- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.597f74df26e509.31607554, (erişim tarihi: 15.01.2018)
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.597f74e65b2b79.31022186, (erişim tarihi: 15.01.2018)
- <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html>, (erişim tarihi: 17.01.2018)
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, (erişim tarihi: 30.08.2017)
- <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/istimval>, (erişim tarihi: 16.01.2018)
- <http://www.idare.gen.tr/kaplan-tasinmaz.htm>, (erişim tarihi: 28.08.2017)
- <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6588.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6588.pdf>, (erişim tarihi: 22.09.2017)

- https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/pinar_orman_0.pdf, (erişim tarihi: 20.09.2017)
- https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/fidan_akyol.pdf, (erişim tarihi: 20.09.2017)
- <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/uzmanlik-tezleri>, (erişim tarihi: 20.09.2017)
- <https://www.tkgm.gov.tr/tr>, (erişim tarihi: 20.09.2017)
- <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/398509>, (erişim tarihi: 30.08.2017)
- <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262156>, (erişim tarihi: 30.08.2017)
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, (erişim tarihi: 17.01.2018)
- <http://www.hukukkaynaklari.com/>, (erişim tarihi: 15.01.2018)
- <http://www.hukukkaynaklari.com/index.php?/index/ara>, (erişim tarihi: 28.08.2017)
- <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-3/4.pdf>, (erişim tarihi: 20.09.2017)
- <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262716>, (erişim tarihi: 30.08.2017)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.634.pdf> (erişim tarihi: 24.08.2018)
- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (erişim tarihi: 24.08.2018)
- <http://www.turkhukuksitesi.com/mevzuat.php?mid=2932> (erişim tarihi: 25.08.2018)
- <http://portal.uyap.gov.tr>, (erişim tarihi: 31.08.2018, 01.09.2018)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Gözde EDALI
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Antalya Anadolu Lisesi, 2005
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 2013
Yabancı Dil	İngilizce
E-Posta	gzd_edali@hotmail.com