

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

MEDIATION AS A CONDITION OF LITIGATION IN ELIMINATION OF PARTNERSHIP

Özge YENİCE CEYLAN*  10.21492/inuhfd.1377452 

Makale Bilgi

Gönderi: 17/10/2023
Kabul : 11/12/2023

Anahtar Kelimeler

*Ortaklığın
Giderilmesi,
Aynen Paylaşma,
Nakden Paylaşma,
Dava Şartı
Arabuluculuk,
Mirasın
Paylaşılması.*

Article Info

Received: 17/10/2023
Accepted: 11/12/2023

Keywords

*Elimination of
Partnership,
Distribution as
Property,
Distribution in Cash,
Mediation as a
Condition of Litigation,
Partition of the Estate.*

Özet

7445 sayılı Kanun m.37 ile Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen m.18/B'nin getirdiği en büyük yeniliklerden biri, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili ihtilaflarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasının dava şartı olmasıdır. Ortaklığın giderilmesi davası, birlikte mülkiyetin ferdi mülkiyete dönüştürülmesini ve ortaklığa konu mal ve hakların ortaklar arasında paylaşılmasını amaçlar. Bu davalar iki taraflı olup tüm taraflar için benzer sonuçlar doğururlar. Bu davalarda kazanan ve kaybeden taraf yoktur. Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olması, yalnızca arabuluculuğa başvuru açısından bir zorunluluktur. Arabuluculuk sürecini sürdürme, süreçten vazgeçme, süreci sonlandırma, anlaşmama halinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususlarında iradilik ilkesi geçerlidir. Ortaklığın giderilmesi davalarında dikkat çeken özellik, taraf sayısının çokluğudur. Gerek taraf sayısının çokluğu gerekse taraflar arasındaki iletişim sorunları, tarafların aralarında anlaşarak paylaşmaya ilişkin karara varmalarını zorlaştırır. Mahkeme tarafından özellikle umuma açık artırma yoluyla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli bir kısmı harcanmaktadır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel, tarafları tatmin etmemektedir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları iktisaden avantajlı bir konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde daha hızlı çözüme kavuşabilecektir. Arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir. Ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasında, taraflar pek çok konuyu aydınlığa kavuşturabilirler. Böylece toplumsal barışa katkı sağlanmış olur.

Abstract

Article 18/B, which was added to the Law on Mediation (LMCD) by Article 37 of the Law No.7445, regulates the application to the mediator as a condition of litigation before filing a lawsuit in disputes regarding the division of movables and immovables and elimination of partnership. The action for elimination of partnership is a lawsuit aiming to convert co-ownership into individual ownership and to distribute the property and rights subject to the partnership among the partners. These cases are bilateral and have similar consequences for all parties. There are no winners and losers in these cases. The fact that mediation is a condition of litigation in disputes regarding the division of movable and immovable property and the elimination of partnership refers to an obligation only in terms of application to mediation. The principle of voluntariness applies in terms of continuing the mediation process, abandoning the process, terminating the process, re-applying to mediation in case of disagreement or resorting to litigation. The striking feature of the dissolution of partnership cases is the large number of parties. Both the large number of parties and the communication problems between the parties make it difficult for the parties to reach an agreement and reach a decision on sharing. When the court decides to sell the property, especially through public auction, a significant portion of the sale price is spent due to litigation and sale costs. In addition, the price obtained from the sale does not satisfy the parties. The resolution of disputes regarding the elimination of the partnership through mediation may put the parties in a more economically advantageous position. In addition, the dispute may be resolved faster in the mediation method. When mediation is applied, the most appropriate solution can be found by establishing mutual communication, so that the property can remain within the family without being sold through execution. In resolving disputes regarding the elimination of partnership through mediation, the parties can clarify many issues. Thus, it also contributes to social peace.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** YENİCE CEYLAN, Özge, "Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk", İnÜHFD, 14(2), 2023, s.510-525. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Pursuant to Article 18/B of the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), as of 1.09.2023, applying for mediation in disputes regarding the division of movable and immovable property and elimination of partnership has become a condition of litigation. The elimination of partnership lawsuits filed before this date are exempt from this. However, the parties may resolve the dispute through voluntary mediation if they wish.

The fact that mediation has been made a condition of litigation in disputes regarding the division of movable and immovable property and the elimination of partnership is an obligation only in terms of application to mediation. The principle of volunteering is valid for continuing the mediation process, abandoning the process, terminating the process, reapplying to mediation in case of disagreement or resorting to litigation. The continuation and termination of the process is completely under the control of the parties.

In this study, firstly, the theoretical information on elimination of partnership will be shared, and then evaluations will be made regarding the application of mediation as a condition of litigation in elimination of partnership.

The lawsuits for elimination of partnership are bilateral lawsuits that terminate the co-ownership relationship between the partners or stakeholders in movable or immovable properties subject to shared ownership or joint ownership and provide the opportunity to transition to individual ownership and have similar results for the parties. The action for elimination of partnership also includes a request for apportionment. There are no winners or losers in these cases. The lawsuit has similar results for both parties. In practice, it is a lawsuit filed by the heirs in order to terminate the collective ownership on the immovable properties inherited by inheritance.

The division of movable and immovable property and rights subject to shared or collective ownership is made by unanimous agreement of the shareholders or partners or by court decision. If it is appropriate in terms of legislation, if the amount of shares and the number of shareholders allows, the court decides to share in kind upon request, otherwise, it decides to distribute the sale price obtained through the sale of the relevant goods to the partners, that is, to share through sale.

Immovables registered to the land register, ships registered to the registry, movables, trademarks, share certificates, bonds, negotiable instruments may be subject to the action for elimination of partnership. A decision on the elimination of partnership cannot be made for immovable properties that are not registered to the land register, immovable properties in the nature of public property, the buildings (component part) on the immovable property, the main immovable property subject to condominium ownership, squatter houses and cash. However, if the money left to the heirs with the death of the heir is in a bank deposit account, the heirs must first issue an inheritance certificate. After receiving this document, all heirs should go to the tax office and submit a declaration of inheritance. After this process, the heirs can go to the relevant bank branch with the letter of no debt, certificate of inheritance and identity documents and request the payment of the money inherited to them in proportion to their shares. After analysing the documents, the bank pays the heirs in proportion to their shares. If the money is in a time deposit account, it is expected to mature.

The striking feature of the elimination of partnership cases is the large number of parties. Both the large number of parties and the communication problems between the parties make it difficult for the parties to reach an agreement on sharing. When the court decides on a sale by public auction, a significant part of the sale price is spent due to litigation and sale costs. In addition, the consideration obtained from the sale does not satisfy the parties.

The resolution of disputes regarding the dissolution of the partnership through mediation has the potential to put the parties in a much more advantageous position economically. In addition, the dispute can be resolved in a much faster time in the mediation method. Through mediation, a mutual dialogue can be established and a solution can be found that best suits the mutual wishes of the parties, so that the property can remain within the family without being sold through execution. In the resolution of disputes regarding the elimination of partnership through mediation, the parties have the opportunity to clarify many issues.

In disputes regarding the elimination of the partnership, the mediator should pay particular attention to the issue of party composition when applying for mediation as a condition of litigation in both joint ownership and shared ownership. Especially considering the fact that there is a compulsory litigation friendship among the partners in a joint ownership, the mediator should take care to involve all parties in the process.

This subject is related to a new compulsory mediation practice in our country. For this reason, it has been written with the idea of being a resource for practitioners working in this field..

I. GİRİŞ

7445 sayılı Kanun¹ m.37 hükmüyle, HUAK² m.18/A'dan sonra gelmek üzere, m.18/B eklenmiştir. Bu hükümle getirilen en büyük yeniliklerden biri, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili ihtilaflarda dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna gidilmesinin dava şartı olmasıdır. 7445 sayılı Kanun m.43, bu kanunun 37'nci maddesinin 1.09.2023 tarihinde yürürlüğe gireceğini belirtmiştir. Bu tarih itibarıyla açılacak bu davalarda, önce arabuluculuk yoluna gidilmesi zorunludur. Bu tarihten önce açılan ortaklığın giderilmesi davalarına muafiyet tanınmıştır. Derdest olan ortaklığın giderilmesi davalarında arabuluculuğa başvurulması zorunlu değildir. Fakat taraflar isterlerse aralarındaki uyuşmazlığı ihtiyari arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturabilirler.

Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk, yalnızca arabuluculuğa başvuru açısından zorunludur. Arabuluculuk sürecini devam ettirme, süreçten vazgeçme, süreci sonlandırma, anlaşamama hâlinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususunda iradilik ilkesi geçerlidir. Sürecin devamı ve sonlandırılması tamamen tarafların kontrolindedir.

Uygulamada ortaklığın giderilmesi davası için, “izale-i şüyu”, “paydaşlığın giderilmesi”, “paylı hâlin giderilmesi” veya “paylaşma/taksim davası” gibi çeşitli isimler kullanılabilir³. HMK⁴ ise “ortaklığın giderilmesi davası” tabirini kullanmaktadır⁵.

Ortaklığın giderilmesi, dar anlamıyla, yalnızca bir eşya/hak üzerindeki birlikte mülkiyeti sonlandırmayı; geniş anlamıyla ise hem eşya/hak üzerindeki birlikte mülkiyeti sonlandırmayı hem de birlikte mülkiyete konu eşyayı/hakkı, paydaşlar/ortaklar arasında paylaşmayı ifade eder⁶.

Ortaklığın giderilmesi davası, birlikte mülkiyet ilişkisini bireysel mülkiyete dönüştüren çift taraflı bir davadır. Birlikte mülkiyet, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet olabilir. Bu dava, taraflar bakımından benzer sonuçlar doğurur⁷. Bu davalarda kazanan veya kaybeden taraf yoktur⁸. Mahkemenin kararı, birlikte mülkiyeti sonlandırması bakımından bozucu, birlikte mülkiyete konu mallar üzerinde bireysel mülkiyet kurması bakımından ise kurucu yenilik doğurur⁹. Bu, taşınmaz mülkiyetinin mahkeme kararıyla tescilden önce kazanıldığı durumlar için geçerlidir.

Birlikte mülkiyeti sonlandırmak isteyen paydaş/ortak tüzel kişi olabilir. Başvurucu veya diğer taraf dernek, vakıf, hazine¹⁰, belediye, il özel idaresi¹¹ vb. olabilir.

Türk Medeni Kanunu¹² (TMK) m.698-700, paylı mülkiyetin sona ermesi hâlinde, TMK m.703 ise, elbirliği mülkiyetinde ortaklığın giderilmesini düzenler.

TMK m.698, paylı mülkiyette, her paydaşın, ortaklığın giderilmesini ve paylaşmayı isteme hakkını düzenler. Bu hükme istinaden kullanılan paylaşmayı talep hakkı, paylı mülkiyeti sona erdirmek amacıyla, paydaşlara tanınmış, paya bağlı¹³, yenilik doğuran bir haktır¹⁴. Paylı mülkiyeti sürdürme yükümlülüğü olmadıkça her paydaş paylaşma isteyebilir.

TMK m.699, paylı mülkiyette paylaşma şeklini düzenler. Paydaşlar, anlaşarak tüm paydaşlar için paylı mülkiyet ilişkisini sonlandırabilirler. Aynen veya nakden paylaşma yollarından birini seçebilirler. Paydaşlar, m.699'da düzenlenen farklı bir paylaşma şekli de kararlaştırabilirler¹⁵.

¹ İİK ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. RG: 5.04.2023, 32154.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu. RG: 22.06.2012, 28331.

³ RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: İzale-i Şüyu – Ortaklığın Giderilmesi – Paydaşlığın Giderilmesi – Paylaşma Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.7; TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.29.

⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu. RG: 4.02.2011, 27836.

⁵ HMK m.4, m.322. Mülga HUMK (m.569), “izale-i şüyu davası” demektedir.

⁶ TOPAL, s.34.

⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.7, 17; GÜNAY, Erhan: Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.19-20. Çift taraflı davalar hakkında bkz. KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.37 vd; ATEŞAĞAOĞLU, Erdem/ELGİN, Ceyhan: “Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatistiksel Bir Analiz”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (139), Ankara 2018, s.222; İÇER, Mehmet Fatih: İzale-i Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.665; ALTIPARMAK, Cüneyt: “Uygulamada Malikler Arasında Satış Yöntemi ile Ortaklığın Giderilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), İstanbul 2016, s.175.

⁸ GÜNAY, s.19.

⁹ TOPAL, s.121; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.126. Paylaşılan taşınmazlarda mülkiyetin mahkeme kararıyla geçmediği, taşınmaz, parsellere ayrılıp tapuda ayrı sahifelere kaydedilmedikçe, bu parçaların ayrı hukuki varlıkları olmadığından, bunlar üzerinde mahkeme kararıyla mülkiyet kurulamayacağı hakkında bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.390-391. Aynı yönde: SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.325. Mahkemece satışa karar verildiğinde, taşınmazın, ancak İİK gereği artırımla satılarak mülkiyet alıcıya geçtiğinde paylı mülkiyetin sona erdiği, mahkeme kararıyla doğrudan paylı mülkiyetin sona ermeyeceği aynı yazarlarca belirtilmiştir.

¹⁰ Davacının, tapu kaydında paydaş olan Maliye Hazinesi'ni hasım göstermesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 6. HD, 3.07.2008, E.2008/2051, K.2008/8745.

¹¹ 12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanun m.1/5, büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliğini kaldırmıştır. Ayrıca bkz. BULUT, Uğur: “Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması”, DEU Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, İzmir 2015, s.4633-4670.

¹² RG, 8.12.2001, 24607.

¹³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378; EREN, s.118.

¹⁴ İÇER, s.21; TOPAL, s.121; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.106; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

¹⁵ KÖROĞLU, s.6.

Paydaşlar, paylaşma şeklinde anlaşamazlarsa veya aralarından biri paylaşmayı istemezse, dava açılmalıdır. Bir paydaş diğer paydaşlara teklifte dahi bulunmadan doğrudan dava açabilir¹⁶. Paydaşlar, davayı ayrı ayrı veya birlikte açabilirler. Davacı paydaşlar arasında olmasa da davalı paydaşlar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır¹⁷.

Elbirliği mülkiyetinde, her ortak, bu mülkiyete tâbi taşınmaz üzerindeki ortaklığın aynen veya satış suretiyle giderilmesini tek başına isteyebilir¹⁸. Fakat paylı mülkiyetten farklı olarak, elbirliği mülkiyetinde, ortaklar, kural olarak, diledikleri zaman ortaklığın giderilmesini isteyemezler¹⁹. Ancak miras ortaklığında, her mirasçı, miras ortaklığını sürdürme yükümlülüğü olmadıkça, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir. (TMK m.642/1).

Elbirliği mülkiyetinde, sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece paylaşma yapılamaz, pay üzerinde tasarruf edilemez. (TMK m.702/3). Bu tür mülkiyette, ancak katılma/tasfiye payından bahsedilebilir. Bu pay, her ortağın, ortaklığın giderilmesi ve paylaşma sonunda sahip olacağı malvarlıksal hak ve talepleri ifade eder²⁰. Paylaşma ve tasfiye, öncelikle her ortaklık türüne ilişkin özel hükümlere göre belirlenir. (TMK m.276-277, m.383, 640 vd; TBK m.642 vd.). Aksine hüküm bulunmadıkça, paylaşma ve tasfiye, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır. (TMK m.703/2). Tasfiye tamamlanincaya kadar ortaklık devam eder. Borçlar ödendikten sonra bakiye, tasfiye payı oranında ortaklara özgülenerek dağıtılır. Böylece özümlenen mallar üzerinde bireysel mülkiyet doğar²¹.

Paylı veya elbirliğiyle mülkiyete konu malların paylaşımı, paydaşların/ortakların birlikte yapacağı sözleşme veya mahkeme kararıyla olur. Mahkeme, mevzuata uygunluğu, pay miktarının ve paydaş sayısının imkân verip vermediğini dikkate alarak talep de varsa aynen paylaşmaya; aksi takdirde ilgili malların satış bedelinin ortaklara dağıtılmasına -nakden paylaşmaya- karar verir.

Ortaklığın giderilmesine dair uyumsuzluklarda, taraflar, öncelikle, mevzuatın izin verdiği ölçüde, yapılar için kat mülkiyeti tesisi, arazi bakımından ise ifraz yoluyla aynen paylaşma yönünde anlaşılır²². Taraflar anlaşamadıkları takdirde, aynen/nakden paylaşma hususunda dava açılır. Fakat uygulamada çoğu kez, aynen paylaşma mümkün olmadığından, satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilir²³.

Paydaşlar/ortaklar, kural olarak, zamanaşımı süresine tâbi olmaksızın, istedikleri zaman ortaklığın giderilmesi davası açabilirler²⁴.

Daha önce tarafları, konusu aynı olan bir ortaklığın giderilmesi davası açılmışsa, yeni açılan dava, kesin hüküm sebebiyle reddedilmelidir. Nakden paylaşmaya dair kararların on yıl içinde infazı gerekir. (TBK m.156/2). Bu süre içinde aynı konuda ortaklığın giderilmesi davası açılmaz²⁵.

Ortaklığın giderilmesi davasından feragat, kesin hüküm teşkil etmediğinden, yeniden dava açılabilir²⁶. Feragat davayı sonlandırmaz, davacı paydaş davasından feragat etse bile, diğer paydaşlar davaya devam edebilirler²⁷. Dava açıldıktan sonra payı devralan yeni paydaş da davaya devam edebilir. Feragate göre hüküm kurulabilmesi için, tüm paydaşlar feragate katılmalıdır²⁸.

II. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINA KONU OLABİLECEK ŞEYLER

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilecek en önemli şey, tapuya kayıtlı taşınmazlardır²⁹. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında ortaklığın giderilmesi kararı verilemez³⁰. Tapusuz taşınmaz için tescil davası açılmış, tescil kararı verilmişse, ilgiliye tescil için süre verilmeli, taşınmaz tapuya tescil edildikten sonra ortaklığın giderilmesi davasına devam edilmelidir³¹. Birden fazla taşınmazla ilgili ortaklığın giderilmesi aynı davada ileri sürülebilir³². Sicile kayıtlı gemiler de bu davaya konu olabilir³³.

Kamu malı niteliğindeki taşınmazlar, ortaklığın giderilmesi davasına konu olmazlar³⁴. (Kamulaştırma K. m.7). Taşınmazın bir kısmı kamulaştırılmışsa, kalan kısımda ortaklığın giderilebilmesi için ifrazın mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır³⁵.

Taşınmaz üzerindeki muhdesat, arazinin bütünleyici parçası olup araziden ayrılması mümkün olmadığı için, üzerinde bulunduğu araziden ayrı olarak bu davaya konu olamaz.

Tapuda ayrı sahifeye kaydedilebilen bağımsız ve sürekli haklar, TMK m.704 uyarınca, taşınmaz kabul edilir. Bu haklar üzerinde birlikte mülkiyet varsa, bunlar da ortaklığın giderilmesi davasına konu

¹⁶ AYAN, s.116, dn.358.

¹⁷ AYAN, s.120; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.378.

¹⁸ GÜNAY, s.25.

¹⁹ AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.384.

²⁰ EREN, s.140.

²¹ AKÇAAL, s.385; EREN, s.143.

²² ALTIPARMAK, s.176.

²³ GÜNAY, s.9.

²⁴ İÇER, s.563; TOPAL, s.62; AYAN, s.106.

²⁵ Yargıtay 6. HD, 2.06.2008, E.2008/5305, K.2008/7028.

²⁶ İÇER, s.565.

²⁷ AYAN, s.117; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19.

²⁸ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19.

²⁹ BALCI, Şakir: Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.127; İÇER, s.230.

³⁰ Aksi görüş: AYAN, s.118.

³¹ İÇER, s.230; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17.

³² GÜNAY, s.21.

³³ DEMİR, Şamil: "Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk", Ankara Barosu Dergisi, (1), Ankara 2016, s.493.

³⁴ GÜNAY, s.21.

³⁵ İÇER, s.567; GÜNAY, s.124. Yargıtay 14. HD., 22.10.2018, E.2018/1816, K.2018/7007.

olabilirler. Bağımsız ve sürekli hak niteliğini kazanamayan sınırlı aynı haklar, tek başına bu davaya konu olamazlar³⁶.

Kat Mülkiyeti Kanunu'na (KMK) tâbi bağımsız bölümler TMK m.704 uyarınca taşınmaz kabul edilir. Kat irtifakına veya kat mülkiyetine tâbi taşınmazda ortaklığın giderilmesi istenemez. (KMK m.7/1). Ana taşınmaz üzerinde arsa paylı birden çok bağımsız bölüm olduğundan, bu bölümler, ancak birlikte mülkiyete tâbiyse, bu davaya konu olabilirler. Yoksa üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş ana taşınmazdaki ortak yerler, paylı mülkiyete tâbi olmalarına rağmen, bu ortak yerlerde paylı mülkiyetin sonlandırılması istenemez.

Gecekondu, kural olarak doğrudan ortaklığın giderilmesi davasına konu olamazlar. Gecekondu Kanunu (GK)³⁷ m.34 uyarınca, bu kanuna göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üstünde yapılan bina ile meydana gelen taşınmazlar, tahsis tarihi itibarıyla on yıl içinde, paylaşım ve satış yoluyla ortaklığın giderilmesi istemine konu olamazlar. Ancak gecekonduların enkaz bedeli, bu davaya konu edilebilir³⁸.

Kooperatif ana sözleşmesinde, pay devri ve satışı yasaklanmamışsa, ortaklar kendi aralarındaki ilişkiyi sonlandırmak için ortaklığın giderilmesi davası açabilirler³⁹.

Taşınmazın bütünlüğü parçası niteliğinde olmayan, taşınmaza zarar vermeksizin ayrılabilen taşınmazlar, ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilirler⁴⁰. Taşınmaz mallarda ortaklığın giderilmesi, daha ziyade terekedeki mallar için istenir⁴¹.

Bir kimsenin telefon kullanma hakkı ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilir⁴². Markalar Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri uyarınca parayla ölçülebilen haklardan olup ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilir⁴³. Tahvil, hisse senedi, kıymetli evrak için ortaklığın giderilmesi davası açılabilir⁴⁴.

Nakit para için ortaklığın giderilmesi davası açılması gerekmez. Nakit para, ortaklar arasında payları oranında kolaylıkla paylaşılabilir. Mirasçılara kalan para, banka hesabında olabilir. Mirasçılık belgesi alındıktan sonra, tüm mirasçılar, mirasın son yerleşim yerindeki vergi dairesine beyanname vermelidir. Mirasçılar, bu işlemden sonra, borcu yoktur yazısı, mirasçılık belgesi ve kimlik belgeleriyle ilgili banka şubesine giderek kendilerine kalan paranın payları oranında ödenmesini isteyebilirler. Banka, belgeleri inceledikten sonra, payları oranında mirasçılara ödeme yapar⁴⁵. Para vadeli mevduat hesabındaysa vadenin dolması beklenir⁴⁶.

III. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ ŞEKİLLERİ

A. Aynen Paylaşma

Paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi, aynen paylaşma veya pazarlık yahut artırımla satış suretiyle gerçekleşir. (TMK m.699/1). Bu, anlaşmayla yahut mahkeme kararıyla olur.

Ortaklığın giderilmesini isteme hakkı hem paylı mülkiyeti sonlandırmayı hem paylaşmayı kapsar⁴⁷. Bu hak, paylı mülkiyette pay hakkına bağlıdır. Payın devriyle birlikte paylı mülkiyet ilişkisine katılan yeni paydaşa geçer⁴⁸.

Paydaşlar arasındaki bu anlaşmaya “paylaşma/taksim sözleşmesi” veya “paylı mülkiyeti sona erdirmeye sözleşmesi” denir⁴⁹. İradî paylaşmanın gerçekleşebilmesi için bütün paydaşlar, paylaşma ve bunun şekli konusunda anlaşmalıdır. Bir paydaş dahi paylaşma kararına uymaz veya bunun şekline rıza vermezse anlaşmadan söz edilemez⁵⁰. Paydaşlar aynen paylaşma yolunu seçerlerse, paylı mülkiyete konu taşınmazla ilgili paydaşlara öngülenen parçalar, tapu kütüğüne kaydedildiğinde ve hak sahipliğine ilişkin tescil yapıldığında, paylı mülkiyetten bireysel mülkiyete geçer⁵¹.

Elbirliği mülkiyeti, ortakların oy birliğiyle anlaşmaları veya mahkeme kararıyla paylı mülkiyete dönüştürülerek sonlandırılabilir. (TMK m.703/1). Mirasçılar, yapacakları paylaşma sözleşmesinde, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasına kadar verebilirler. Bu sözleşmenin geçerliliği yazılı olmasına bağlıdır. (TMK m.676).

Paydaşlar/ortaklar, paylaşma ve paylaşma şekli konusunda anlaşamazlarsa, hâkim, paydaşlardan/ortaklardan birinin talebi üzerine, malın aynen paylaşılmasına karar verir⁵². Hem paylı hem

³⁶ İÇER, s.231.

³⁷ RG: 30.07.1966, 12362.

³⁸ DEMİR, s.493; İÇER, s.233; BALCI, s.129.

³⁹ İÇER, s.233.

⁴⁰ BALCI, s.127; İÇER, s.234.

⁴¹ İÇER, s.656.

⁴² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17; BALCI, s.129; DEMİR, s.493.

⁴³ BALCI, s.129; DEMİR, s.493.

⁴⁴ İÇER, s.234; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.17, 18; DEMİR, s.493.

⁴⁵ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.18; GÜNAY, s.20-21. Yargıtay 14. HD, 3.12.2018, E.2018/2709, K.2018/8465.

⁴⁶ GÜNAY, s.21.

⁴⁷ TOPAL, s.53.

⁴⁸ SİRMEN, s.320; EREN, s.122; AYAN, s.106.

⁴⁹ AYAN, s.113.

⁵⁰ AKÇAAL, s.367; EREN, s.123.

⁵¹ TOPAL, s.69; AKÇAAL, s.368; SİRMEN, s.323; AYAN, s.115.

⁵² Kanun çerçevesinde aynen paylaşma açık artırma yoluyla satışa nazaran öncelikli görünse de bu konuda hâkime geniş takdir yetkisi tanınması hakkında bkz. EREN, s.127.

elbirliğiyle mülkiyette esas olan, aynen paylaşmadır⁵³. Hâkimin, aynen paylaşmaya karar verebilmesi için, bu paylaşma imar mevzuatı açısından mümkün olmalı ve taşınmazın değerinde önemli değer azalması yaratmamalıdır⁵⁴.

Aynen paylaşma sebebiyle bölünen parçalar değer olarak birbirine denk değilse, hâkim, eksik değeri olan parçaya ivaz eklenerek denkleştirmeye karar verir. Bölme talebi, somut olayın koşullarına uygun değilse, paylı mal önemli değer kaybı olmaksızın bölünemiyorsa, açık artırmayla satışa karar verilir. Paydaşlar arasında artırmayla satış yapılabilmesi için, tüm paydaşların rızası gerekir.

Ortaklığın giderilmesi davalarında, hâkim, aynen paylaşmaya karar verebilmek için, her taşınmazın niteliği, yüzölçümü, pay ve paydaş sayısı ile imar mevzuatına⁵⁵ bakarak bu şekilde paylaşmanın mümkün olup olmadığını araştırır⁵⁶. Taşınmaz, yüzölçümü itibarıyla bölünebilir olmalıdır. Pay ve paydaş sayısı itibarıyla her pay sahibine ekonomik değeri olan bir parça isabet etmiyorsa, aynen paylaşma yoluna gidilmez⁵⁷. Ayrıca paylı mal, aynen paylaşma sebebiyle önemli değer kaybına uğramamalıdır. Taraflar ekonomik değer kaybına rağmen kendi aralarında paylaşma istiyorlarsa, mevzuattan kaynaklı yasaklar olmadıkça, hâkimin buna uyması gerekir⁵⁸. Paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça, hâkim, resen, taşınmazların bir kısmını bazı paydaşlara, kalan kısmı diğer paydaşlara verecek şekilde aynen paylaşmaya karar veremez⁵⁹. Aynen paylaşma, malın paylara uygun sayıda, aynı nitelikte parçalara ayrılmasını gerektirir⁶⁰. Bölünen parçaların kime özgüleneceği, resen veya kurayla belirlenebilir⁶¹. Aynen paylaşmada paydaşlardan bazılarının sadece para, bazılarının paylı malın bir parçasının özgülenmesine karar verilemez⁶².

Aynen paylaşma yoluna gidilebilmesi, hukuki bir engel bulunmamasına bağlıdır. Taraflar arasında idame-i şüyu anlaşmasının varlığı, paylı malın sürekli amaca özgülenmesi, imar mevzuatında aynen paylaşmanın yasaklanması, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla giderilmesini engeller.

Paylı mal belli bir amaca özgülenmişse, ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Örneğin; iki taşınmazı ayırmak için kullanılan yol, çit, duvar gibi mallar, belli amaca özgülendiklerinden, bu davaya konu olamazlar⁶³. Ayrıca tereke malı, değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemiyorsa, mirasçılardan birine bütün olarak özgülenir. (TMK m.651). Bunun için, mirasçılardan biri, payına karşılık olarak malın kendisine özgülenmesini istemeli ve pay bu malın değerini karşılayacak miktarda olmalıdır. Ayrıca diğer tüm mirasçılar, özgüleme işlemine razı olmalıdır⁶⁴. Mirasçılar, terekedeki bir malın bölünmesi veya özgülenmesi konusunda anlaşamıyorlarsa, malın satış bedeli bölüştürülmelidir.

TMK m.698/2 uyarınca, paydaşlar anlaşma yaparak paylaşma isteme hakkını sınırlayabilirler. (*İdame-i şüyu anlaşması*). Bu sınırlama en çok on yıl için olabilir. Paylı mal taşınmazsa paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşme resmi şekilde yapılmalıdır; ayrıca bunun tapuya şerhi mümkündür. Burada kişisel bir hakkın şerhi söz konusudur. Kişisel hakların şerhi, TMK m.1009/2 uyarınca, munzam etki doğurur; kişisel hakkın, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesini sağlar. Bu munzam etki, paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmenin şerhi bakımından yoktur⁶⁵. Eşyaya bağlı borca dönüştürme etkisi ise bu şerh bakımından kabul edilmelidir⁶⁶.

TMK m.698/3 uyarınca, paydaşlar, uygun olmayan zamanda paylaşma isteyemezler. Zamanın uygun olup olmadığı hususunda hâkim takdir yetkisine sahiptir.

Davaya konu taşınmazın aynen paylaşılmasına karar verilebilmesi için, taşınmaz, ister belediye ve mücavir alan içinde isterse dışında olsun, hukuken ifraz edilebilir olmalıdır⁶⁷. İfraz, tapuda tek parsel şeklinde kayıtlı taşınmazın, bir plan çerçevesinde birden fazla parçaya bölünmesi ve birbirinden bağımsız parseller şeklinde tapuya kaydedilmesidir⁶⁸. İfraz yapılabilmesi için, bu işlem imar mevzuatına uygun olması ve uygunluğu ilgili idari kurullarca onaylanmalıdır⁶⁹.

Taşınır mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesi, taşınmaz mallarda olduğu gibi talep olmak kaydıyla öncelikle aynen paylaşma yoluyla, bu mümkün olmadığı takdirde satış yoluyla gerçekleşir. Taşınır mallara ilişkin ortaklığın giderilmesi davasında, usul açısından, taşınmazlarda ortaklığın giderilmesine ilişkin kurallar uygun düşüğü ölçüde uygulanır⁷⁰. Örneğin, iki kişinin elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip olduğu iki otomobil üzerindeki ortaklık, aynen paylaşma yoluyla giderilebilir⁷¹. Bu durumda arada fiyat farkı varsa

⁵³ İÇER, s.665; GÜNAY, s.105; AKÇAAL, s.369; AYAN, s.151.

⁵⁴ GÜNAY, s.105; AYAN, s.123; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.391.

⁵⁵ İmar Kanunu ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda yer alan sınırlamalara dikkat etmek gerekir.

⁵⁶ İÇER, s.667; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387. Hâkimin karar verirken paydaşların durumunu, ihtiyaçlarını, birbirleriyle ilişkilerini, malın niteliğini dikkate alması gerektiği hakkında bkz. EREN, s.126.

⁵⁷ İÇER, s.667; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387.

⁵⁸ İÇER, s.668.

⁵⁹ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387; SİRMEN, s.324; AYAN, s.125-126; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392.

⁶⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392; SİRMEN, s.324. Yargıtay 14. HD, 3.10.2016, E.2015/4278, K.2016/7758.

⁶¹ AYAN, s.115, 151; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.392. Bölünen parçalardan hangisinin hangi paydaşa özgüleneceğine hâkimin karar vermesi, kura yoluna gidilmemesi gerektiği hakkında bkz. EREN, s.127.

⁶² AKÇAAL, s.369-370; EREN, s.127; AYAN, s.124-125.

⁶³ İÇER, s.563.

⁶⁴ GÜNAY, s.123.

⁶⁵ SİRMEN, s.225.

⁶⁶ SİRMEN, s.225.

⁶⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.387; EREN, s.124.

⁶⁸ ALTIPARMAK, s.178.

⁶⁹ KOPUZ, Mehmet: "İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri", İstanbul Barosu Dergisi, 94(4), İstanbul 2020, s.121.

⁷⁰ İÇER, s.655.

⁷¹ İÇER, s.655.

nakden denkleştirme yapılır. Taşınır mahiyetindeki tüketim malları bakımından aynen paylaşma uygulamasına daha sık rastlanır⁷². Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı durumlarda, satış yoluyla ortaklık giderilebilir. Taşınır malların aynen paylaşmaya konu olabilmesi için, her ortağa/paydaşa aynı türden mal verilmelidir⁷³. Örneğin üç mirasçıya terekede yer alan dokuz adet keçi kalmışsa, her birine üçer adet keçi dağıtılır. Aynen paylaşma mümkün değilse, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilir. Nakit para, her ne kadar taşınır mal niteliğinde olsa da ortaklığın giderilmesi davasına konu olamaz, zira mahiyeti gereği taraflar arasında eşit şekilde paylaşılabilir⁷⁴.

Taşınmaz aynen paylaşmaya yönelik mahkeme kararları, tescil yapılmaya bile, zamanaşımına tâbi değildir. Çünkü mülkiyet, kararın kesinleşmesiyle sicil dışında kazanılır. (TMK m.705/2). Aynı haklara dair temel ilkelerden biri bu hakların zamanaşımına uğramamasıdır. Taşınır malları aynen paylaşmaya yönelik mahkeme kararları ise, taşınır mal ilgisine teslim edilmemişse, kesinleşme tarihinden itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar⁷⁵. (TBK m.156/2).

B. Kat Mülkiyetine Geçiş

Ortaklığın giderilmesi davası, üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir taşınmaza ilişkin açılmış olabilir. Bu davalarda, paydaşlardan/ortaklardan biri, kat mülkiyeti tesisi ve bağımsız bölüm tahsisi suretiyle paylaşma isteyebilir⁷⁶. Bu durumda, hâkim, o taşınmazın mülkiyetinin, KMK m.12'deki belgelere⁷⁷ istinaden kat mülkiyetine dönüştürülmesine ve paylar denkleştirilerek bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir. (KMK⁷⁸ m.10/6). Kat mülkiyetine geçiş suretiyle ortaklığın giderilmesi yöntemi, aynen paylaşmanın özel bir görünümüdür.

Taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyetinin olduğu durumlarda, ana taşınmaz doğrudan kat mülkiyetine çevrilemez. Önce elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür, sonra kat mülkiyeti kurulur⁷⁹. Kat mülkiyetine geçiş yoluyla ortaklığın giderilmesi için, yapının tamamı kâgir olmalı, bağımsız bölümler bağımsız kullanıma uygun olmalı, her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmelidir⁸⁰.

Kat mülkiyeti tesis edilmiş binanın tamamında ortaklığın giderilmesi istenemez fakat her bağımsız bölümde ortaklığın giderilmesi istenebilir.

C. Satış Yoluyla Paylaşma

Ortaklığın giderilmesi davasında esas olan, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla giderilmesidir. Fakat tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler bile bu her zaman mümkün olmayabilir. Örneğin, bir kanun hükmü arazinin belli büyüklüğün altına düşürülmesini yasaklamış olabilir veya malın fiziken bölünmesi önemli değer kaybına yol açabilir⁸¹. Bu durumda, taraflar, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemiyorlarsa, hâkim sadece aynen paylaşma yoluyla ortaklığın giderilmesi seçeneğini araştırmalı, bu araştırmanın sonucuna göre davanın kabulüne veya reddine karar vermelidir⁸². Paylı mülkiyetin niteliği itibarıyla aynen paylaşmaya uygun olmaması ve değerinde önemli azalmaya yol açması durumunda nakden paylaşma mümkün olur⁸³.

TMK m.699 paylı mülkiyet, TMK m.703 elbirliği mülkiyeti için bu imkânı sağlar. Ortaklık, aynen paylaşma veya kat mülkiyetine geçiş suretiyle giderilemiyorsa, satış yoluyla giderilir.

Paydaşlar nakden paylaşma yolunu istemişlerse, paylı mülkiyete konu eşya, pazarlık suretiyle veya artırma yoluyla paraya çevrilerek satış bedeli paydaşlar arasında dağıtılır. Artırma yalnızca paydaşlar arasında veya herkese açık artırma şeklinde yapılabilir⁸⁴. Satışın paydaşlar arasında artırımla yapılabilmesi için, bu konuda tüm paydaşların rızası olmalıdır. (TMK m.699/3). Taraflar arasında böyle bir anlaşma varsa, hâkim, pazarlıkla satışa karar veremez⁸⁵. Açık artırımla satışa karar verildiği takdirde, bu satış, İİK hükümlerine göre gerçekleşir. (İİK m.114 vd; 123 vd.). Satış bedeli paydaşlara payları oranında dağıtılır.

Ortaklığın giderilmesi davasında, davacı kadar davalının da talebine bakılır. Davacı davayı açarken sadece paylaşma suretiyle ortaklığın giderilmesini istemiş olabilir. Fakat davalı aynen paylaşma olmadığı takdirde, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istiyorsa, dava terditli hâle dönüşür⁸⁶. Bu durumda davalının talebi hâkim bağlamaz. Hâkim, davalının talebini de dikkate alarak aynen paylaşma olmadığı takdirde satış yoluyla paylaşmaya karar verir. Uygulamada davalılar daha çok terditli açılmaktadır. Dava aynen paylaşma talepli açılrsa bile, dava esnasında ıslah yoluyla ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istenebilir⁸⁷.

Ortaklık satış suretiyle giderildiğinde, davaya konu taşınmazın üstünde ağaç, bina gibi bütünleyici

⁷² EREN, s.124.

⁷³ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.386.

⁷⁴ İÇER, s.655.

⁷⁵ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.390.

⁷⁶ SİRMEN, s.324; EREN, s.123; AYAN, s.154.

⁷⁷ Kat mülkiyeti kurulması için gerekli belgeler, kimlik belgesi -temsil durumu varsa, vekaletname, yetki belgesi-, mimari proje, yönetim planı ve yapı kullanma izin belgesidir -iskân ruhsatıdır-. Bkz. RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.893; ALTIPARMAK, s.177.

⁷⁸ Kat Mülkiyeti Kanunu. RG: 2.07.1965, 12038.

⁷⁹ İÇER, s.748.

⁸⁰ ALTIPARMAK, s.177.

⁸¹ AYAN, s.127.

⁸² İÇER, s.779.

⁸³ AKÇAAL, s.368; EREN, s.123-124; AYAN, s.115; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.388.

⁸⁴ TOPAL, s.69; AYAN, s.116, 128; EREN, s.127.

⁸⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.389.

⁸⁶ İÇER, s.779.

⁸⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C., s.18.

parça -muhdesat- varsa, bunlar da taşınmazla birlikte satılmalıdır⁸⁸. Bu muhdesatın bazı paydaşlara/ortaklara ait olduğuna dair tapuda şerh varsa veya bu konuda tüm paydaşlar arasında ittifak varsa, muhdesat arazinin değerinde artışa sebep oluyorsa, artışı tespit için, arazinin ve muhdesatın dava tarihi itibarıyla değerleri ayrı ayrı belirlenmelidir⁸⁹. Bu değerler toplanınca taşınmazın toplam değeri anlaşılır. Bunun ne kadarının araziye ne kadarının muhdesata ait olduğu yüzde olarak hesaplanır, satış bedeli paylaşımı bu orana göre yapılır⁹⁰.

Muhdesat, hukuki niteliği itibarıyla bütünlüğü parçadır⁹¹. Bütünlüğü parçalar taşınmazın esaslı unsuru olduğundan, tek başına ortaklığın giderilmesi davasına konu olamazlar. (TMK m.684).

Muhdesat, paydaşların/ortakların tümüne ait olabileceği gibi, içlerinden birine, birkaçına veya üçüncü kişiye ait olabilir. Arazide ek değer artışına yol açmayan muhdesat için ayrı değer takdiri gerekmez⁹². Muhdesat üçüncü kişiye aitse, bu kişi, ortaklığın giderilmesi davasında taraf olamaz, ona pay verilemez⁹³. Somut olayın koşullarına göre, muhdesat taşınmazla birlikte satıldığında elde edilen bedel tüm paydaşlara dağıtıldıktan sonra, üçüncü kişi, bu muhdesat sebebiyle paydaşlara sebepsiz zenginleşme davası açabilir⁹⁴.

Muhdesat, kişisel bir hak olup sahibine arazi mülkiyetinden bağımsız bir aynı hak sağlamaz⁹⁵. Fakat muhdesatın varlığı, ana taşınmazın değerinde artışa neden oluyorsa ve muhdesatın bulunduğu ana taşınmazın üzerindeki ortaklığın satış yoluyla giderilmesi istenmişse, muhdesatın kime ait olduğuna dair tapuda şerh yoksa veya tüm paydaşlar bu konuda ittifak içinde değilse, tespit davası açılmasında hukuki yarar vardır⁹⁶.

Ortaklığın giderilmesine konu taşınmaz üzerinde intifa hakkı gibi sınırlı aynı haklar varsa, taşınmaz bu yükümlülükle birlikte satılır⁹⁷. Böyle bir davada intifa hakkı sahibi davaya dahil edilmelidir⁹⁸. Intifa hakkı sahibi, taşınmazın intifasız satışını isterse, diğer paydaşların muvafakatine bakılmaksızın taşınmazın bu şekilde satışına karar verilmelidir⁹⁹. Bu durumda intifa bedeli bankaya depo edilerek getirisinden faydalanılması sağlanır¹⁰⁰.

TMK m.700'e göre, bir paydaş kendi payı üstünde intifa hakkı kurmuşsa, diğer paydaşlardan herhangi biri, intifa hakkı kurulduğunun kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde paylaşma isterse; nakden paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder¹⁰¹. Üç ay geçtikten sonra yapılacak paylaşma talepleri intifa hakkını etkilemez¹⁰².

Kanun, pay üzerinde intifa, rehin veya taşınmaz yükü kurulmasına açıkça imkân verdiğinden (TMK m.692, m.697, m.700, m.857), pay üzerinde bu sınırlı aynı hakların kurulabileceğinde tereddüt yoktur¹⁰³. Pay, bir hak olduğundan, maddi kullanmayı hedef almayan bir irtifak hakkı olarak, taşınmaz mülkiyeti payında intifa hakkı kurulabilir. Lehine taşınmaz yükü kurulan kişi, taşınmazı kullanmadığından, pay üzerinde taşınmaz yükü de kurulabilir¹⁰⁴. Fakat pay, eşyanın tamamı üzerinde fiili hakimiyeti, yani maddi kullanmayı hedefleyen irtifak haklarına konu olamaz¹⁰⁵. Taşınmaz payı üzerinde geçit irtifakı, oturma hakkı, üst hakkı, kaynak irtifakı ve diğer irtifakların kurulmasına ne payın ne de bu hakkın niteliği imkân verir¹⁰⁶.

Paylı taşınmazın üzerindeki ipotek veya haciz, paylaşmaya engel değildir¹⁰⁷. Taşınmaz üzerinde ipotek veya hacizli alacak varsa, taşınmaz bunlarla yüklü olarak satılır, açık artırmada teklif edilecek bedel de bu oranda düşer¹⁰⁸. Aynen paylaşmada, paylı taşınmazdaki rehinler, TST m.60 gereği, yeni parsellerin kayıtlı olduğu sahifelere geçirilir. Paylı taşınmazın tümünde değil, bir veya birkaç paydaşın payında rehin varsa, rehin hakkı, sadece payı rehinli olan paydaşlara düşen parsellerin sahifelerine geçirilmelidir¹⁰⁹. Fakat TST m.61'e göre, paydaşlar rehin haklarının hukuki sonuçlarını kabul ederek rehlin bölünme sonucunda oluşacak taşınmazlarına müşterek rehin olarak aynen taşınmasına onay verirlerse, buna göre işlem yapılır.

Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı hâllerde, ortaklığın giderilmesine konu mal, pazarlık veya artırma suretiyle elde edilen satış bedeli paydaşlara/ortaklara dağıtılır. (TMK m.699/1). Uygulamada satış

⁸⁸ AKÇAAL, Mehmet, "Yargıtay'ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 51, Ankara 2022, s.77; İÇER, s.780; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490; AYAN, s.129.

⁸⁹ AYAN, s.129. Yargıtay 14. HD, 23.10.2018, E.2016/6243, K.2018/7043.

⁹⁰ AYAN, s.129. Yargıtay 14. HD, 23.10.2018, E.2016/6243, K.2018/7043.

⁹¹ AKÇAAL, Muhdesat, s.77.

⁹² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.603.

⁹³ AYAN, s.130; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22, 604.

⁹⁴ AYAN, s.130. Ayrıca bkz. ERDOĞAN, Kemal. "Başkasının Arazisinde Muhdesat Meydana Getiren Kişinin Muhdesat Bedeli Talebi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), (s.69-111), Ankara 2023, s.69-111.

⁹⁵ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490.

⁹⁶ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.490.

⁹⁷ İÇER, s.781; AYAN, s.131. Yargıtay İBK, 14.03.1960, 1/3; 14. HD, 17.9.2013, E.2013/11698, K.2013/11748.

⁹⁸ AYAN, s.121; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.602.

⁹⁹ İÇER, s.781.

¹⁰⁰ AYAN, s.131.

¹⁰¹ AKÇAAL, s.370; SİRMEN, s.326. TMK m.700'ün değiştirilmesi gerektiği hakkında bkz. ÜREM, Müge: "Satış Yoluyla Paydaşlığın Giderilmesinde Taşınmaza Ait Pay Üzerindeki Intifa Hakkının Varlığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun Kararının ve TMK m.700 Hükümünün Eleştirilmesi", Yargı Kararları Sempozyumu – I: Eşya Hukuku, Editörler: GÜRSEL, Yaman/KAHVECİ, Zeynep Ülkü/BAŞ SÜZEL, Ece, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

¹⁰² AKÇAAL, s.370; SİRMEN, s.326; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.389-390.

¹⁰³ Paylı maldaki sınırlı aynı hakların geleceği, taşınmazların bölünmesi hükümlerine göre belirlenir. Bkz. AYAN, s.127.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.351, 352, dn.128.

¹⁰⁵ EREN, s.96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.352.

¹⁰⁶ EREN, s.96; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.352.

¹⁰⁷ SİRMEN, s.328.

¹⁰⁸ İÇER, s.782.

¹⁰⁹ SİRMEN, s.328. Ayrıca bkz.94/5623 sayılı (mülga) TST m.70.

yoluyla ortaklığın giderilmesi taleplerinde, pazarlık yoluyla satışa pek rastlanmaz¹¹⁰. TMK m.699/son uyarınca, asıl olan aynen paylaşma olsa da durum ve koşullar buna uygun değilse, paylı mal önemli değer kaybı olmaksızın bölünemiyorsa, açık artırmayla satışa hükmedilir. Açık artırma ya herkese açık ya da paydaşlar arasında yapılır¹¹¹. Satışın paydaşlar/ortaklar arasında artırmayla yapılması için tüm paydaşların/ortakların rızası gerekir. Bir paydaş/ortak dahi bunu istemezse, herkese açık artırmayla satış yapılır¹¹². Uygulamada genellikle herkese açık artırma tercih edilmektedir¹¹³. Kararda satışın hangi yöntemle yapılacağı, tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir¹¹⁴.

Nakden paylaşmaya karar verilirse, satış bedeli, paydaşlara payları oranında, miras ortaklığında miras paylarına göre ortaklara dağıtılır¹¹⁵. Miras ortaklığı dışındaki elbirliği mülkiyetinde, tasfiye hâlinde ortaklara düşecek katılma/tasfiye payı dikkate alınır. Satışa ilişkin mahkeme kararları, kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrar¹¹⁶. (TBK m.156/2; İİK m.39).

Nakden paylaşmada tarafların iktisaden zarara uğramalarını önlemek için, paydaşlardan biri, rayiç bedelin üzerinde teklifte bulunabilir ve tüm tarafları tanıyan güvenilir bir tanıdığı devreye girmesiyle diğer paydaşların payını satın alabilir¹¹⁷. Bu bakımdan, bağımsız tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucunun katılımıyla, bu uyuşmazlıkların anlaşmayla sonuçlanması taraflar için tercih edilir olabilir.

D. Alacaklı Tarafından Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davaları

Ortaklığın giderilmesi davasını açma hakkı, paydaşa veya elbirliği ortağına aittir. Fakat bazı şartların varlığı hâlinde, mirasçılardan birinin alacaklısı, alacağını tahsil etmek için, terekedeki taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın, aynen veya nakden paylaşılmasını dava edebilir. Bunun için, öncelikle ortada alacak bulunmalı ve bu alacak, elbirliği ortağından olmalıdır. Ayrıca borçlu mirasçının hakkı, elbirliği ortaklığına konu olmalı, borçlu mirasçı aleyhine icra takibi yapılmalı fakat takip sonuçsuz kalmalıdır. İcra Mahkemesi'nden alınan yetkiyle açılan bu davalarda, prensip, borçlu ortağın ortaklığın mülkiyet hakkının, elbirliği mülkiyetine konu olmasıdır¹¹⁸. Tüm ortaklar davaya dahil edilmelidir.

Yetki belgesinin İcra Mahkemesi'nden alınması, üçüncü kişinin bu davayı açması için kanunda öngörülen, özel bir dava şartıdır¹¹⁹. Borca yetecek kadar kısmın satışına karar verilecektir¹²⁰. Ayrıca, İİK m.121 gereği açılan davalarda, satış bedelinin, icra dosyasına değil, ortağa ödenmesine karar verilmelidir¹²¹. Elbirliği mülkiyetine konu taşınır mallarda borçlu ortağın alacaklısı, yaptığı icra takibi sonunda, İİK m.121 yetkisine istinaden açacağı ortaklığın giderilmesi davasıyla alacağına kavuşabilir¹²². Taşınır mal üzerindeki mülkiyet, elbirliği mülkiyeti olmalıdır¹²³. İİK m.121, borçluya ait, elbirliği mülkiyetine tâbi malın haczedilmesi karşısında izlenecek yolu belirlemiştir¹²⁴. Normalde bir elbirliği ortağının borcu sebebiyle o ortağın alacaklısı, ortaklık malvarlığını haczettiremez. Ortaklık malvarlığı ancak ortaklığın borcu için haczettirilebilir. Fakat bu usulle ortaklardan birinin alacaklısı, borçlu ortağa ait katılma/tasfiye payını haczettirebilecektir. Bu durumda, paylı mülkiyetten farklı olarak önce elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklık ilişkisi sonlandırılır, sonra tasfiye sonucunda ortağa düşen kısımdan alacak tahsil edilir¹²⁵. (İİK m.94, m.121).

Paylı mülkiyette pay haczi ve satışı mümkün olduğundan, paydaşın alacaklısı ortaklığın giderilmesi davasını açamaz. Açsa bile hukuki yarar bulunmadığından dava reddedilmelidir¹²⁶.

IV. MİRAS SEBEBİYLE PAYLAŞMA

Miras öldüğünde geride birden çok mirasçısı bulunuyorsa, bunlar arasındaki miras ortaklığı, elbirliği ortaklığı niteliğindedir. Miras ortaklığının konusu tereke olduğundan, mirasçıların tereke üzerindeki hak sahipliği elbirliğiyle dir. Mirasçılar, paylaşma sözleşmesi yaparak malları kendi aralarında bölüşmüşlerse, artık elbirliği mülkiyeti sona ereceğinden ortaklığın giderilmesi davası açılmaz¹²⁷. Miras ortaklığı, paylaşmaya kadar varlığını sürdürür¹²⁸.

TMK m.676, mirasın anlaşmayla paylaşılmasını düzenler. Buna göre, paylaşma iki şekilde olabilir:

¹¹⁰ İÇER, s.783.

¹¹¹ İÇER, s.783.

¹¹² İÇER, s.783.

¹¹³ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22; İÇER, s.784.

¹¹⁴ İÇER, s.784.

¹¹⁵ GÜNAY, s.115.

¹¹⁶ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.19. "Para borcunu içeren ilamlarda zamanaşımı süresi on yıl olup bu süre ilamın kesinleştiği tarihten itibaren başlar." Yargıtay 12. HD, 16.11.2020, E.2020/5470, K.2020/9801.

¹¹⁷ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.23.

¹¹⁸ KARAMERCAN, s.92; BALCI, s.365.

¹¹⁹ İÇER, s.892. Hazinesin alacaklı olduğu durumlarda, 6183 sy. K. çerçevesinde, bu iznin alınması gerekmez. Bkz. BULUT, s.4633 vd. Hazinesin bu sıfatla açacağı ortaklığın giderilmesi davalarında arabulucuya başvuru dava şartıdır.

¹²⁰ İÇER, s.893.

¹²¹ İÇER, s.893.

¹²² KARAMERCAN, s.92; İÇER, s.655-656.

¹²³ KARAMERCAN, s.92; İÇER, s.656.

¹²⁴ BALCI, s.365.

¹²⁵ AYAN, s.143. Elbirliği mülkiyetindeki taşınmazın tasfiyesi sonucunda borçlu ortağa düşecek payın haczi, tapu kütüğüne şerh verilebilir. (İİK m.94).

¹²⁶ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.20. Yargıtay 6.HD, 12.7.2005, E.2005/6366, K.2005/7456. Bkz. TOPUZ, Gökçen: "Paylı Mülkiyet Hissesindein Haczi ve Satışı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), Konya 2009, s.112.

¹²⁷ İÇER, s.564.

¹²⁸ GÜNAY, s.35.

i. Elden paylaşma, ii. Yazılı paylaşma sözleşmesi¹²⁹. Elden paylaşmada tüm mirasçılar, terekedeki malvarlığı değerlerini, aralarındaki anlaşmaya uygun olarak birbirlerine devrederler¹³⁰. Elden paylaşma sözleşmesi şekil şartına tâbi değildir¹³¹. Terekedeki her varlığın niteliğine uyan tasarruf işleminin yapılması, elden paylaşmayı geçerli kılar. Mirasçılar, elden paylaşma yerine paylaşma sözleşmesi yapmışlarsa, bu sözleşmede, tereke mallarının kısmen veya tamamen kime özgüleneceğine oybirliğiyle karar verirler. Bu sözleşmenin geçerliliği, tüm mirasçıların katılmasına ve sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır¹³². Bu nedenle, terekedeki bazı malların devri bakımından resmi şekil koşulu bulunsa bile, yazılı yapılmış paylaşma sözleşmesi yeterlidir. Örneğin, taşınmazların paylaşılması hususunda TMK m.676'ya göre adi yazılı sözleşme, taşınmazın mülkiyetinin, resmi şekil aranmaksızın tescille birlikte devrini sağlar¹³³.

Mirasçılardan biri bile paylaşma anlaşmasına katılmaz veya rıza göstermezse, miras iradi olarak paylaşamaz. Bu durumda, her mirasçı diğer mirasçılara dava açarak mirasın mahkeme kanalıyla paylaşılmasını ister. Bu dava, tüm mirasçılara karşı açılır. Mirasçılar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır¹³⁴. Bu davaya, “mirasın -terekenin- paylaşılması davası” denir.

Her mirasçı, sözleşme veya kanun gereği ortaklığı sürdürme yükümlülüğü bulunmadıkça, mirasın paylaşılmasını her zaman isteyebilir¹³⁵. (TMK m.642/1). Mirasın paylaşılmasında dava zorunluluğu yoktur¹³⁶. Mirasçılar aralarında anlaşamazlarsa dava açılmalıdır.

Her mirasçı, TMK m.642'ye istinaden, terekedeki malların aynen paylaşılması, bu mümkün olmadığına satış yoluyla paylaşılması için Sulh Hukuk Mahkemesi'nde dava açabilir. Aynen paylaşma, taşınmazın fiilen ayrılması, ayrılan parçaların mirasçılara miras payları oranında verilmesini ifade eder¹³⁷. Mirasın paylaşılması davası kabul edildiğinde, mirasçıların birlikte hak sahipliği biter.

Bu davada mahkemenin kararı aynı etkiye sahip olduğundan, mirasçılar, dava sonunda kendilerine özümlenen malvarlığı değerlerini, devir bakımından ek işlem yapmalarına -zilyetliğin devri, tescil, devir gibi-gerek olmaksızın, kararın kesinleşmesiyle kendiliğinden kazanırlar¹³⁸.

Dava kabul edilip paylaşma yapıldığında, paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, mirasçılar arasındaki birlikte mülkiyet sona erer. (TMK m.640/1). Mirasın paylaşılması davası, mirasçılar arasındaki elbirliği ortaklığını; paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi davası ise, paydaşlar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisini sonlandırır¹³⁹. Mirasın paylaşılması davası, miras ortaklığını sona erdiren bir ortaklığın giderilmesi davasıdır¹⁴⁰. TMK m.642 ile TMK m.698, kendi niteliklerinden doğan farklılıklar haricinde birbirine paralel davalardır¹⁴¹.

Taraflar arasında geçerli bir miras paylaşma sözleşmesi varsa taraflar bu anlaşmaya istinaden tescil davası açabilirler. Bu durumda, açılan ortaklığın giderilmesi davası reddedilir¹⁴².

Mirası paylaşma davası (TMK m.642), taraflar için benzer sonuçlar doğuran çift taraflı davalardandır, bu davalarda kazanan veya kaybeden taraf yoktur, davacı davadan feragat etse bile, diğer davalıların her biri davayı takip edebilir¹⁴³. Bu dava sonunda aynen paylaşma kararı verilmişse, kararın kesinleşmesiyle ortaklık biter ve mirasçılar kendilerine düşen malların maliki olurlar¹⁴⁴. Nakden paylaşmada, İİK hükümlerine göre elde edilecek satış bedeli paylaşılarak ortaklık giderilir¹⁴⁵.

V. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN PAYLI MÜLKİYETE DÖNÜŞTÜRÜLMESİ

Elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülmekle sona erer. (TMK m.703/1). Ortaklar, aralarında anlaşarak veya mahkeme kararıyla elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürebilirler¹⁴⁶. Fakat elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürme amacıyla dava açmak, sadece miras ortaklığında mümkündür¹⁴⁷.

3402 sayılı Kadastro Kanunu¹⁴⁸ ek m.3¹⁴⁹'e göre, her mirasçı, miras ortaklığına dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Bu durumda, tapu müdürü, diğer mirasçıları davet

¹²⁹ ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), İstanbul, 2016, s.1067; TOPAL, s.86.

¹³⁰ ERGÜNE, s.1067.

¹³¹ TOPAL, s.87.

¹³² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22.

¹³³ TANRIVER, Süha: “Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89. Maddesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017(2), Ankara 2017, s.23-30.

¹³⁴ Yargıtay HGK, 24.09.2003, E.2003/6-514, K.2003/512.

¹³⁵ Miras açıldığında mirasçı olabilecek cenin varsa, paylaşma doğuma kadar ertelenir. (TMK m.584). Paylaşma derhal yapıldığında, paylaşma konusu malın/terekenin değeri önemli ölçüde azalıyorsa, hâkim, mirasçılardan birinin talebi üzerine paylaşmayı erteleyebilir. (TMK m.642/3).

¹³⁶ KÖROĞLU, s.9.

¹³⁷ GÜNAY, s.28.

¹³⁸ ERGÜNE, s.1072.

¹³⁹ KÖROĞLU, s.10.

¹⁴⁰ KÖROĞLU, s.11.Yargıtay 1. HD, 25.04.2018, E.2017/1703, K.2018/9465; 8. HD, 05.03.2018, E.2017/1346, K.2018/5275.

¹⁴¹ TOPAL, s.92.

¹⁴² RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.22.

¹⁴³ İÇER, s.660.

¹⁴⁴ İÇER, s.660.

¹⁴⁵ İÇER, s.660.

¹⁴⁶ AYAN, s.151.Anlaşma için oybirliği gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 2. HD, 26.05.1986, E.1985/5205, K.1986/5496.

¹⁴⁷ AKÇAAL, s.385; SİRMEN, s.334.Yargıtay 2. HD, 16.05.2011, E.2010/19715, K.2011/8468.

¹⁴⁸ RG: 9.07.1987, 19512.

¹⁴⁹ 5831 sy. K. m.8. RG: 25.01.2009, 27123.

ederek belirlediği süre içinde itirazları varsa bildirmelerini ister. Elbirliği mülkiyetinin devamına dair itiraz bulunmaz veya mirasçılardan biri süresi içinde paylaşma davası açmazsa, talep konusu taşınmaz üstündeki elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür, mirasçılar adına tapuya tescil edilir.

Miras ortaklığına dayalı elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine ilişkin diğer imkân, TMK m.644'tür. Buna göre, her mirasçı, terekedeki malların tümü veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi isteyebilir. Bu durumda, Sulh Hukuk Hâkimi, diğer mirasçıları davet ederek belirlediği süre içinde itirazları varsa bildirmelerini ister. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılan itiraz yapılmaz veya mirasçıların herhangi biri süresi içinde paylaşma davası açmazsa, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesine karar verilir.

Her mirasçı, TMK m.644'e istinaden, terekedeki malların tamamı veya bir kısmı üstündeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyebilir. Hâkimin paylı mülkiyete dönüştürme kararı verebilmesi için iki koşul gerçekleşmelidir: i. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılan itiraz olmamalı. ii. Mirasçılardan biri, süresi içinde ortaklığın giderilmesi davası açmamalı.

Ortaklığın giderilmesi davalarında olduğu gibi, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında da hüküm verilirken miras payları için mirasçılık belgesine atıf yapmakla yetinilmemeli, her mirasçının pay oranları ayrı ayrı gösterilmelidir, aksi takdirde infaz aşamasında tereddüt doğabilir¹⁵⁰.

TMK m.644'e istinaden mirasçılar arasındaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan dava sürerken, ortaklardan biri ortaklığın giderilmesi davası açmışsa, bu dava, TMK m.644/2 gereği reddedilmelidir¹⁵¹. Benzer şekilde, mirasçılardan biri ortaklığın giderilmesi davası açmışsa, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davası açılmaz¹⁵².

Kad.K. ek m.3 uyarınca, tapu müdürlerinin elbirliğiyle mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürme yetkileri vardır.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için açılan dava, birlikte mülkiyet ilişkisini sonlandırmaz, bireysel mülkiyete geçilmesini sağlamaz. Dolayısıyla bu dava, ortaklığın giderilmesi davası gibi değerlendirilemez¹⁵³. Fakat iki dava bazı yönleriyle benzerlik gösterir¹⁵⁴.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında her iki taraf da aynı anda hem davacıya hem davalıya ilişkin özelliklere sahiptir. Bir tarafın davayı kazanmış olması, diğer tarafın davayı kaybettiği anlamına gelmez¹⁵⁵. Dava kabul edildiğinde, elbirliği mülkiyeti yalnızca bir paydaş için değil, davacı/davalı olması fark etmeksizin tüm paydaşlar için sona erer¹⁵⁶.

TMK m.644 kapsamında dava konusu mallar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmıdır. Taşınır ve taşınmaz ayrımı önemli değildir. Terekeye dâhil hak ve alacaklar da dava konusu olabilir¹⁵⁷. Mirasçılar dışında bir kimse bu yola başvuramaz¹⁵⁸. Tereke malları dışında oluşabilen elbirliği ortaklıkları -mesela, adi ortaklıklar- için bu yol kapalıdır. Ortakların, elbirliği ortaklığının tasfiyesi hâlinde kendilerine düşecek payına paralel olarak, bu tasfiye payı üzerindeki aynı ve şahsi hakları, dönüştürme kararıyla paylı mülkiyetteki yeni paya geçer¹⁵⁹. Elbirliği mülkiyetinde pay satışı ve haczi mümkün olmadığından, taşınmazda ortak olan borçlunun alacaklısı, İcra Mahkemesi'nden alacağı yetki belgesiyle (İİK m.121), elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi için dava açabilir¹⁶⁰.

VI. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN FAYDALI VE SAKINCALI YÖNLERİ İLE ARABULUCUNUN DİKKAT ETMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, özellikle taraf sayısının çokluğu ve iletişim sorunları, tarafların anlaşarak karara varmalarını zorlaştırır. Taraflar anlaşamadıkları takdirde mahkemeye başvurulur. Mahkeme, ortaklığa konu malların aynen/nakden paylaşılmasına karar verebilir. Uygulamada daha ziyade ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilir. Mahkemece özellikle herkese açık artırmayla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli kısmı harcanır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel tarafları tatmin etmez.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları iktisaden avantajlı konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde hızlı çözüme kavuşabilir.

Özellikle miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetine konu terekenin aile içinde paylaşılma şekli, meydana getirdiği menfaat çatışması sebebiyle aile fertleri arasındaki ilişkileri kötüleştirebilir¹⁶¹. Tarafsız bir üçüncü kişi olarak arabulucunun, taraflara eşit mesafede yaklaşması, güven telkin etmesi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın gerçek nedenlerini ortaya çıkararak çözüm olasılığını artırabilir. Aynı olumlu etki, diğer birlikte mülkiyet hâlleri bakımından da geçerlidir.

Elbirliği mülkiyetine konu terekedeki bazı mallar aile yadigarı olabilir, bunların satılması manevi

¹⁵⁰ İÇER, s.33; RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.72.

¹⁵¹ GÜNAY, s.156.

¹⁵² İÇER, s.28.

¹⁵³ KÖROĞLU, s.12.

¹⁵⁴ KÖROĞLU, s.13.

¹⁵⁵ KÖROĞLU, s.13, 14.

¹⁵⁶ KÖROĞLU, s.14.

¹⁵⁷ BALCI, s.474.

¹⁵⁸ BALCI, s.474.

¹⁵⁹ BALCI, s.474.

¹⁶⁰ RUHİ, A.C./RUHİ, C, s.18.

¹⁶¹ DEMİR, s.491-492.

kayıplara yol açabilir. Arabuluculuk yoluna başvurulduğunda, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir¹⁶².

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, taraflar pek çok konuyu aydınlığa kavuşturabilirler. Ortaklığın giderilmesi istenen maldan halihazırda en çok kimin yararlandığı, bu mala kimlerin masraf yaptığı, malın taraflar arasında manevi bir değerinin olup olmadığı, tarafların ekonomik güçleri, söz konusu malla ilgili geçmişte yaşanan uyuşmazlıklar, taraflar arasında geçmişte ve halen yaşanan uyuşmazlıklar, paylaşmanın nasıl yapılacağı hususunda taraflara yol gösterebilir¹⁶³.

Tarafların, ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce aralarında anlaşabilme ihtimalleri, bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği bakımından olumlu ortam yaratır¹⁶⁴. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği, dava şartı arabuluculuk düzenlemesi yapılmadan önce de dile getirilmiştir¹⁶⁵.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı arabuluculuğa başvuru yapıldığında, arabulucu, taraf teşkili konusuna özellikle dikkat etmelidir. Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığının olduğu durumlarda, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir.

Başvuran taraf, küçük/kısıtlı veya onun yasal temsilcisiyse, bu kişiler arasında menfaat çatışması olabilir. TMK m.426/1-2 gereği, yasal temsil ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilen bir işte, temsil olunan küçük/kısıtlı ile yasal temsilci arasında menfaat çatışması bulunuyorsa, o iş için temsil olunana vesayet makamınca talep üzerine veya resen temsil kayyımı atanır.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraf sayısı çoksa, arabulucunun tüm taraflara ulaşması sorun olabilir. Arabulucunun ulaşamadığı taraflar varsa, başvuru, taraflara ulaşamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılmalıdır. Arabulucu, iletişim bilgilerindeki eksiklik sebebiyle tam taraf teşkilini sağlayamamış ve dava şartı arabuluculuk süresi dolmuşsa, dosyayı kapatırken, taraflara dosyayı süre nedeniyle kapatmak zorunda kaldığını fakat tarafların isterlerse sürece ihtiyari devam edebileceklerini hatırlatmalıdır.

Taraflar arasında mecburi dava arkadaşlığı varsa -mesela elbirliği ortaklığı-, arabulucu tüm taraflara ulaşmalı, arabuluculuk görüşmelerine katılmalarını sağlamalıdır. Aksi takdirde arabuluculuk süreci görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılmalıdır.

Arabulucu, hazırlık aşamasında, başvurucağın e-devlet üzerinden edinebilecekleri tapu kayıtlarını sunmalarını isteyebilir. Paylı mülkiyette paydaşlar payları üzerinde tasarruf edebildikleri için pay devrine yönelik anlaşma yapabilirler. Bunun dışında anlaşma, paylı veya elbirliğiyle mülkiyeti sona erdirecek şekilde aynen/nakden paylaşmaya yönelik olabilir. Arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla, taraflar, HUAK m.17/B-2 bağlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmesine dair anlaşabilirler.

Anlaşma belgesini taraflar hazırladıkları için içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Fakat arabulucunun bu belge hazırlanırken taraflara aydınlatıcı sorular yönelmesi, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğinde tereddüt oluşmasını önler. Tarafların anlaştığı hususlar, tereddüt doğurmayacak açıklıkta olmalıdır. Nihayetinde bu belgeyle, taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm getirilecek ve uyuşmazlık sona erecektir.

Taraflar, aralarındaki ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verebilirler. Bu durumda anlaşma belgesinde satışın nasıl gerçekleşeceği, satış bedelinin aralarında nasıl paylaşılacağı anlaşma belgesine yazılmalıdır.

Taraflar, görüşmeler esnasında uyuşmazlık konusu taşınmazın değerine ilişkin tespit yapmak isterlerse, gayrimenkul değerlendirme uzmanlarından rapor alabilir, arabuluculuk görüşmelerinde bu raporu dikkate alabilirler.

İki kişinin birlikte mülkiyet hakkına sahip olduğu iki taşınmaz üzerindeki ortaklık, aynen paylaşma yoluyla giderilebilir. Arada fiyat farkı olduğunda nakden denkleştirme yapılabilir.

Tarafların anlaşmak istedikleri husus, bölünebilir bir arazinin ifraz suretiyle aynen paylaşılması olabilir. İfraz idari bir işlemdir ve taşınmaz maliklerinin talebiyle yapılabilir. Bunun için, ifraz işlemi imar mevzuatına uygun olmalıdır. Uygun olup olmadığı, belediye encümenleri veya il idare kurullarının onayına tâbidir. Bu sebeple, idari onay olmaksızın yalnızca anlaşma belgesiyle tapuda ifraz işlemi yapılamayacaktır.

Ortaklık, kat mülkiyetine geçiş yoluyla giderilebilir. Bunun için, yapının tamamı kâgir olmalı, bağımsız bölümler bağımsız kullanıma uygun olmalı ve her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmelidir. Kat mülkiyeti iradi olarak kurulabilir. Bunun için resmi senet ve tapu siciline tescil yapılmalıdır. Resmi senet tescilin hukuki sebebidir. Taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet varsa, resmi senet tüm paydaşların talebi üzerine tapu memurları tarafından düzenlenir¹⁶⁶. HUAK m.17/B, taşınmazın devrine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğunu, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu hükümlerle, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından yeni bir kazanma sebebi

¹⁶² DEMİR, s.492.

¹⁶³ DEMİR, s.497.

¹⁶⁴ TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), Malatya 2021, s.253; DAĞLIOĞLU, Duygu: “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, Ankara 2020, s.561.

¹⁶⁵ TOPAL, Arabuluculuk, s.253; DEMİR, s.493.

¹⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.704.

oluşturulduğu dikkate alındığında, kat mülkiyeti tesisinin de bu hükmün kapsamına girdiği kabul edilmelidir.

Aynen paylaşmanın mümkün olmadığı durumlarda taraflar satış yoluyla ortaklığın giderilmesini kararlaştırabilirler. Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk özellikle cebri satışın dezavantajlarını bertaraf eder. Taraflar birlikte mülkiyete konu malın ucuza gitmesini ve aşırı masraflara neden olmasını istemezler. Bu sebeple tarafların anlaşma belgesinde birlikte mülkiyete tâbi malların cebren satışı hususunda anlaşmaları beklenmez. Fakat anlaşma belgesinden doğan edimlerin yerine getirilmemesi nedeniyle ileride dava açıldığı takdirde, bu dava sonucunda verilecek ilama bağlı olarak cebren satış söz konusu olabilir.

VII. HUAK M. 17/B-2 KAPSAMINDA ÖNGÖRÜLEN ŞERHİN NİTELİĞİ VE ETKİSİ

7445 sayılı Kanun m.34 ile Arabuluculuk Kanunu'na m.17/B¹⁶⁷ eklenmiştir. Bu hükmle, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisine dair uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu belirtilmiştir. Bu uyuşmazlıklarda, taraflar yazılı olarak kararlaştırır¹⁶⁸ ve arabulucu bu kararı tutanak¹⁶⁹ altına alırsa, arabulucunun talebiyle¹⁷⁰, arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere, tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir. Bu şerh, taraflar anlaşamazlarsa veya taraflar şerhin kaldırılması konusunda anlaşılarsa¹⁷¹ arabulucunun talebiyle yahut üç aylık sürenin sonunda kendiliğinden kalkar. Bu düzenlemeyle, taşınmaz devri ve taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisine yönelik uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk sürecinde, tarafların hukuki menfaatlerinin geçici olarak güvence altına alınması ve hukuki işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, taşınmaz devri gerekiyorsa veya taraflar bu konuda çözüm yollarını görüşmek istiyorlarsa, m.17/B kapsamında şerh alınabilecektir¹⁷².

Kanun, m.17/B ile getirilen şerhi bir tasarruf kısıtlaması şerhi olarak düzenlemiştir. Bu şerhin kapsamını, tarafların arabulucuya sundukları yazılı anlaşmanın içeriği belirler¹⁷³. Fakat amaçsal olarak en yakın şerh, çekişmeli hakların korunması şerhidir¹⁷⁴. TMK m.1010/2 gereği, tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu şerhle kişinin tasarruf yetkisi tamamen kaldırılmaz, taşınmaza ilişkin tapu sahifesi tescil veya terkinlere kapatılmaz. Fakat uygulamada hâkim dava sonuçlanıncaya kadar malikin o taşınmaz üzerinde her türlü tasarrufunu yasaklayan, tapu kütüğünü tüm işlemlere kapatan bir ihtiyati tedbir kararı vermektedir¹⁷⁵.

HUAK m.17/B-2 kapsamında, tarafların yazılı olarak anlaşması ve arabulucunun talebiyle, ilgili taşınmazın tapu kütüğü sahifesine -bilgisayar ortamında- tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhin konulabilmesine ilişkin usul, maddeye eklenecek ayrı bir fıkra veya yönetmelikle daha detaylı bir şekilde düzenlenmelidir. Hükmün mevcut haliyle uygulanabilirliği noktasında boşluklar vardır. Tarafların şerh anlaşması yaptığı durumlarda, buna ilişkin arabuluculuk tutanağını da imzalamaları zorunluluğu, tapu müdürlüğüne denetim yetkisi verilmesi önerileri dikkate alınmalıdır.

VIII. İCRA EDİLEBİLİRLİK ŞERHİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Taraflar, arabuluculuk görüşmeleri sonucunda anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın kapsamını kendileri belirler. (HUAK m.18). Bu çerçevede hazırlanacak anlaşma belgesini¹⁷⁶ hem taraflar hem arabulucu imzalar. Anlaşma belgesi, taraflar arasında hukuki güvenliği sağlamak, anlaşmanın yerine getirilmesini kolaylaştırmak, gerektiğinde cebri icraya başvurmak bakımından fayda sağlar¹⁷⁷. Bu belge

¹⁶⁷ Yürürlük tarihi: 1.09.2023.

¹⁶⁸ Bu şerhin konulabilmesi için tarafların anlaşmaları şartı eleştirilmiştir. Buna göre, taraflar anlaşamadıkları için arabulucuya gittiklerinde, onlardan şerh konusunda anlaşmalarını beklemek mantıksızdır. Bu nedenle anılan şerh imkânı arabuluculuk pratiğinde işlevselliğinden uzaktır. Hükmünde değişiklik yapılarak şerhin tek taraflı başvuruya konulabilmesi, başvurunun sürecin başlamasıyla doğrudan görevli ve yetkili mahkemeye yapılması, değerlendirmeyi mahkemenin yapması, başvuru haklı görülürse başlatılan arabuluculuk süreci sona erinceye kadar bu şerhin konulabilmesi önerilmiştir. Bkz. KAPANCI, Kadir Berk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getireceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), İstanbul 2023, s.39-41.

¹⁶⁹ Bu tutanağın, diğer arabuluculuk ara tutanaklardan farklı olarak gizlilik ilkesinin istisnasını oluşturduğu hakkında bkz. BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), Ankara 2023, s.847. Kanun, bu tutanağı tarafların imzalaması gerektiğine dair açık düzenleme getirmese de kötüye kullanımı önlemek amacıyla, tutanakta tarafların da imzasının olması önemlidir. Bkz. KIYAK, Emre: “6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m. 17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m.17/B Düzenlemelerine Genel Bakış”, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷⁰ Bu düzenlemeyle, tapuya şerh konulmasında hak sahiplerinin talepte bulunabilmesi kuralına istisna getirilmiştir. Ayrıca, tapu idaresi, arabulucunun talebinin m.17/B-2’nin şartlarını taşıyıp taşımadığını, talepte bulunanın arabulucu olup olmadığını, o uyuşmazlık bakımından süreci yürütüp yürütmediğini değerlendirmelidir. Bu sebeple denetlemeye imkân veren bir prosedürün düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. BADUR/KURT KONCA, s.863.

¹⁷¹ Kanun, bu anlaşmanın yazılı olmasını aramasa da arabulucunun, talepte bulunurken dayanak olarak tarafların yazılı anlaşmasına ihtiyaç duyacağı hakkında bkz. KIYAK, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷² BADUR/KURT KONCA, s.848.

¹⁷³ KIYAK, Lexpera Blog, 13.04.2023.

¹⁷⁴ KAPANCI, s.39; BADUR/KURT KONCA, s.868.

¹⁷⁵ AKÇAAL, s.287.

¹⁷⁶ Anlaşma belgesi için arabuluculuk sulh sözleşmesi kavramı da kullanılmıştır. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.87.

¹⁷⁷ KURT KONCA, Nesibe/BADUR, Emel: “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14(56), Ankara 2023, s.543.

maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir¹⁷⁸. Bu nedenle sözleşmeler hukukunun genel ilkelerine tâbidir. Bu sözleşmenin esaslı unsurları, arabuluculuk sonucunda ulaşılmaması, tarafların anlaşması ve kanuni şekil şartlarına uyulmasıdır¹⁷⁹. Anlaşma belgesi medeni usul hukuku bakımından, adi senet hükmünde olup kesin delil teşkil eder¹⁸⁰.

Anlaşma belgesi, özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesine rağmen, kanun gereği, ilam niteliğinde belge sayılabilir. Bu, HUAK m.18 gereği iki şekilde mümkündür. İlki, mahkemeden icra edilebilirlik şerhinin alınmasıdır. Diğer, tarafların, avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin varlığıdır. Bu durumda, anlaşma belgesi, ayrıca icra edilebilirlik şerhi alınmasına gerek kalmaksızın ilam niteliğinde sayılır. Bu belgeler ilamların icrası hükümleri uyarınca icra olunur¹⁸¹. Fakat icra edilebilirlik şerhi almış bir anlaşma belgesi, yalnızca cebri icra yoluyla yerine getirilebilme açısından ilamlarla eşdeğer konumda bulunduğundan, bu belge ilamlara özgü bir nitelik olan maddi anlamda kesin hüküm gücünden tamamen yoksundur¹⁸².

İcra edilebilirlik şerhi, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren ve normalde, mahkemeler tarafından çekişmesiz yargı neticesinde verilen bir belgedir¹⁸³. Fakat HUAK m.18/B kapsamında düzenlenen anlaşma belgelerinde icra edilebilirlik şerhi alınması zorunludur. (m.18/B-3). Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar da bu kapsamdadır. (m.18/B-1,b).

HUAK m.18/B-2 uyarınca, anlaşma belgesi, kanunlarda taşınmazlarla ilgili sınırlamalar ve kurallar dikkate alınarak düzenlenecektir. Taşınmaz üzerinde aynı hak tesisine dair sözleşmeler prensip olarak resmi şekle tâbidir. Taşınmazın aynına ilişkin anlaşma belgelerinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. (m.17/B-4). Böylece taşınmaz mülkiyetinin veya taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hakların kazanılması bakımından yeni bir kazanma sebebi oluşturulmuştur¹⁸⁴.

Taşınmazla ilgili anlaşma belgelerinde icra edilebilirlik şerhi, derdest bir dava olup olmadığı ayırt edilmeksizin, taşınmazın bulunduğu yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesi'nden alınır. (m.17/B-4). Diğer anlaşma belgelerinde arabulucunun görev yaptığı yerdeki Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir. Fakat dava görülürken arabuluculuğa başvurulmuşsa, icra edilebilirlik şerhi davanın görüldüğü mahkemeden istenebilir. (m.18/2).

Mahkeme, anlaşma belgesini öncelikle şekil yönünden inceler. Mahkeme ayrıca, sürecin sicile kayıtlı bir arabulucu tarafından yürütülüp yürütülmediği, tarafların ehliyet ve yetkilerinin olup olmadığı, anlaşma belgesinin emredici hükümlere, kamu düzenine aykırı olup olmadığı, belgede tarafların, varsa vekillerinin ve arabulucunun imzalarının bulunup bulunmadığı, anlaşmanın içerik itibarıyla cebri icraya elverişli olup olmadığı, kanunlarda taşınmazlarla ilgili sınırlama ve kurallara uyulup uyulmadığını denetler¹⁸⁵. Mahkeme inceleme yaparken, çeşitli kurum veya kuruluşlardan bilgi/belge talep edebilir. Tapu kayıtlarını TAKBİS üzerinden inceleyebilir, gerekirse tapu kayıtlarını tapu müdürlüklerinden isteyerek kayıtlar üzerinden içerik denetimi yapar. Gerekli gördüğü durumlarda duruşma açabilir. (HUAK m.17/B-4, m.18/B-3). Böylece, normalde icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme, yalnızca anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını incelemekle yükümlü iken, HUAK m.18/B kapsamındaki anlaşma belgelerinde bu yükümlülüğün kapsamı genişletilmiş ve mahkemeye anlaşmanın içeriğini, arabuluculuk ve cebri icraya elverişli olup olmadığını ve kanunlarda taşınmazlara ilişkin usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetleme görevi verilmiştir.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alındığında, tapu sicilinde işlem yapılmasına imkân sağlar. Böylece ilam niteliğinde belge kavramına tapu müdürlüklerindeki tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme işlevi kazandırılmaktadır¹⁸⁶.

Mahkeme, icra edilebilirlik şerhi vermeden önce, varılan anlaşma uyarınca tapu sicilinde taşınmazla ilişkin yapılacak işlemlerin açık ve anlaşılır olmasına dikkat etmelidir. Anlaşma belgesi açık ve anlaşılır değilse, icrasında tereddütlere neden olma olasılığı varsa, mahkemece icra edilebilirlik şerhi talebi reddedilmelidir. Mahkemece anlaşmadaki belirsizlik veya çelişkileri gidermek üzere yargılama yapılması, anlaşma belgesindeki taraf iradeleri yorumlanarak icraya elverişli hâle getirilmesi mümkün değildir¹⁸⁷.

IX. ARABULUCULUK SÜRESİ VE ÜCRETİ

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sürecinin tamamlanması için uyulması gereken süre, HUAK m.18/A,9'a göre belirlenir. Zira kanunda bu hususta özel bir süre öngörülmemiştir. Arabulucu, başvuruyu görevlendirme tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırmalıdır; bu süreyi zorunlu hâllerde en fazla bir hafta kadar uzatabilir. Dört hafta içinde dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin görüşmelerin tamamlanamaması veya bu süre içerisinde taraf teşkili sağlanmasında daha fazla zamana ihtiyaç duyulması hâlinde, arabulucu, taraflara, bu süreci süre nedeniyle tamamlamak zorunda olduğunu, isterlerse süreci ihtiyari olarak sürdürebileceklerini hatırlatmalıdır.

¹⁷⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, (AUÇ), s.1715.

¹⁷⁹ BADUR, Emel: "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(18), Ankara 2021, s.58.

¹⁸⁰ ÖZBEK, AUÇ, s.1715.

¹⁸¹ ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020), s.65.

¹⁸² TANRIVER, Medeni Usul Hukuku, Cilt: II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

¹⁸³ KURT KONCA/BADUR, s.550.

¹⁸⁴ KURT KONCA/BADUR, s.550.

¹⁸⁵ TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.119-120.

¹⁸⁶ KURT KONCA/BADUR, s.553.

¹⁸⁷ KURT KONCA/BADUR, s.556.

Arabulucu, yaptığı arabuluculuk faaliyeti karşılığında, taraflardan ücret ve masraf talebinde bulunabilir. Arabulucu, sürece başlamadan önce gider avansı isteyebilir¹⁸⁸. Arabulucu ücreti, prensip olarak, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte olan Tarife uyarınca belirlenir. Ücret ve tüm masraflar, aksi yönde bir anlaşma bulunmadığı takdirde, taraflarca eşit olarak karşılanır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, arabulucunun ücreti, maktu olarak, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre, “diğer tür uyuşmazlıklarda” başlığı altında yazılı miktarlar üzerinden hesaplanır. Konusu para olan yahut parayla değerlendirilebilen uyuşmazlıklarda Tarife’nin İkinci Kısımına göre nispi hesaplama yapılır. Bu ihtimalde de arabuluculuk ücreti maktu ücretten az olamaz.

X. SONUÇ

1 Eylül 2023’ten itibaren, taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesi konulu uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunlu hâle getirilmiştir. (HUAK m.18/B). Ortaklığın giderilmesi davası, paylı veya elbirliğiyle mülkiyet ilişkisini sonlandırarak ferdi mülkiyete geçme imkânı sağlar. (TMK m.698-700; m.703). Mirasçılar da yapacakları paylaşma sözleşmesinde, ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasını kararlaştırabilirler. Taraflar arasında anlaşma olmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine, hâkim, malın aynen paylaşılmasına karar verir. Elbirliği mülkiyetine konu mallarda borçlu ortağın alacaklısı, yaptığı icra takibi sonunda, İİK m.121 yetkisine istinaden açacağı ortaklığın giderilmesi davasıyla alacağına kavuşabilir. Her mirasçı, TMK m.642’ye istinaden, terekedeki malların aynen paylaşılması, bu mümkün olmadığında satış yoluyla paylaşılması için dava açabilir. Mirasın paylaşılması davası kabul edildiğinde, mirasçıların birlikte hak sahipliği biter.

Ortaklığın giderilmesi davalarında, taraf sayısının çokluğu dikkat çeker. Mahkemece özellikle herkese açık artırma yoluyla satışa karar verildiğinde, dava ve satış masrafları sebebiyle, satış bedelinin önemli kısmı harcanır. Ayrıca satıştan elde edilen bedel tarafları tatmin etmez. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümü, taraflara ekonomik avantaj sağlar. Uyuşmazlık, arabuluculuk yönteminde çok daha hızlı çözülür. Arabuluculuk sürecinde, karşılıklı iletişim kurularak tarafların ortak arzusuna en uygun çözüm bulunabilir, mallar icra yoluyla satılmaksızın aile içinde kalabilir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı arabuluculuğa başvuru yapıldığında, arabulucu, taraf teşkili konusuna özellikle dikkat etmelidir. Elbirliği ortaklığında ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı olması dikkate alındığında, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir. Arabulucunun ulaşamadığı taraflar varsa, başvuru, taraflara ulaşılamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde kapatılır.

Arabulucu, hazırlık aşamasında, başvuru sahiplerinin e-devlet üzerinden edinebilecekleri tapu kayıtlarını sunmalarını isteyebilir. Elbette arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla, taraflar, HUAK m.17/B bağlamında tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhinin verilmesine dair anlaşabilirler.

HUAK m.17/B-2 kapsamında, tarafların yazılı olarak anlaşması ve arabulucunun talebiyle, ilgili taşınmazın tapu kütüğü sahifesine -bilgisayar ortamında- tasarruf yetkisini kısıtlayan bir şerhin konulabilmesine ilişkin usul, maddeye eklenecek ayrı bir fıkra veya yönetmelikle daha detaylı bir şekilde düzenlenmelidir. Hükmün mevcut haliyle uygulanabilirliği noktasında boşluklar vardır. Tarafların şerh anlaşması yaptığı durumlarda, buna ilişkin arabuluculuk tutanağını imzalamaları zorunluluğu, tapu müdürlüğüne denetim yetkisi verilmesi önerileri dikkate alınmalıdır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilebilirlik şerhi alması zorunludur. (HUAK m.18/B-3). Fakat anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle ilgili diğer konular bakımından HUAK m.18 yine uygulanır.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (51), Ankara 2022, s.77-112. (Muhdesat).
- AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ALTIPARMAK, Cüneyt: “Uygulamada Malikler Arasında Satış Yöntemi ile Ortaklığın Giderilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, 90(3), İstanbul 2016, s.175-180.
- ATEŞAĞAOĞLU, Erdem/ELGİN, Ceyhan: “Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatistiksel Bir Analiz”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (139), Ankara 2018, s.221-237.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- BALCI, Şakir: Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), Ankara 2023, s.845-879.
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 9(18), Ankara 2021, s. 49-87.
- BULUT, Uğur: “Kamu İcra Hukukunda Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Haklarının Paraya Çevrilmesi ve Genel İcra Hukukuyla Karşılaştırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (16), Özel Sayı, İzmir 2015, s.4633-4670.

¹⁸⁸ ÖZBEK, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), İstanbul 2014, s.1123.

- DAĞLIOĞLU, Duygu: “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi (ASBÜ) Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), Ankara 2020, s.551-587.
- DEMİR, Şamil: “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, (1), Ankara 2016, s.491-503.
- ERDOĞAN, Kemal: “Başkasının Arazisinde Muhtesat Meydana Getiren Kişinin Muhtesat Bedeli Talebi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(1), Ankara 2023, s.69-111.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, 22(3), İstanbul 2016, s.1063-1085.
- ERKAN, Mustafa: Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- GÜNAY, Erhan: Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- İÇER, Mehmet Fatih: İzale-İ Şüyu (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- KAPANCI, Kadir Berk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B Maddesinin İkinci Fıkrasında Tapu Siciline Düşülebileceği Öngörülen Şerhin Hukuki Niteliği ve Meydana Getireceği Etkiler Üzerine Değerlendirmeler”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), İstanbul 2023, s.21-45.
- KARAMERCAN, Fatih: “Alacaklının İİK m.121 Kapsamında Açmış Olduğu Ortaklığın Giderilmesi Davasındaki Yargılama Giderleri İcra Borcuna Eklenir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(90), İstanbul 2014, s.92-94.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KIYAK, Emre: “6325 Sayılı Kanun’un Milletlerarası Sulh Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin m.17/A ile Taşınmazın Devrine veya Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Kurulmasına Yönelik Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa İlişkin m.17/B Düzenlemelerine Genel Bakış”, Lexpera Blog, 13.04.2023.
- KOPUZ, Mehmet: “İmar Hukukunda İfraz ve Tevhid İşlemleri”, İstanbul Barosu Dergisi, 94(4), İstanbul 2020, s.120-127.
- KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KURT KONCA, Nesibe/BADUR, Emel: “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 14(56), Ankara 2023, s.539-568.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), İstanbul, 2014, s.1119-1156.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022. (AUÇ).
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: İzale-i Şüyu – Ortaklığın Giderilmesi – Paydaşlığın Giderilmesi – Paylaşma Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TANRIVER, Süha: “Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu’nun 89. Maddesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017(2), Ankara 2017, s.23-30.
- TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), Malatya 2021, s.244-257. (Arabuluculuk).
- TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TOPUZ, Gökçen: “Paylı Mülkiyet Hissesinin Haczi ve Satışı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), Konya 2009, s.91-116.
- ÜREM, Müge: “Satış Yoluyla Paydaşlığın Giderilmesinde Taşınmaza Ait Pay Üzerindeki İntifa Hakkının Varlığına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun Kararının ve TMK m.700 Hükmünün Eleştirilmesi”, Yargı Kararları Sempozyumu – I: Eşya Hukuku, Editörler: GÜRSEL, Yaman/KAHVECİ, Zeynep Ülkü/BAŞ SÜZEL, Ece, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.131-137.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Özge YENİCE CEYLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Özge YENİCE CEYLAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.