

MÜŞTEREK MÜLKİYETTE PAYLI HALİN SONA ERMESİ

Doçent Dr. Aydın AYBAY

§. 1 — GİRİŞ

1.) Müşterek mülkiyet, bir hak üzerinde birden çok kişinin aynı zamanda hak sahibi olması anlamında, bir (*hak ortaklığı*) veya (*hak birliği*) halidir.

Bütün ortaklık veya birlik hallerinde olduğu gibi, müşterek mülkiyette de bu toplu hak sahipliği rejiminden, *münferit hak sahipliği* durumuna geçme yönünde tabii bir eğilim vardır. Bu eğilim, sonuçta, birliğin dağılmasına ve toplu mülkiyetin *ferdî mülkiyete* dönmesine yol açar.

Medenî Kanun, insan tabiatının özelliklerine uygun olan bu eğilimi gözönünde tutarak, müşterek mülkiyet denilen hak birliği halinden, münferit hak sahipliğine geçiş meselesini özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Kanun bu meseleyi ele alırken ilk bakışta göze çarpmayan bir ayırımdan hareket etmektedir. Bu ayırım, müşterek mülkiyetin sona ermesinde birbirinden mantıkî bakımdan farklı olan iki safhanın bulunmasına dayanmaktadır. Bunlardan ilki, müşterek mülkiyeti meydana getiren, yöneten ve işleten hukukî ilişğin çözülmesi safhasıdır. Müşterek mülkiyetin tüm olarak sona ermesi ve paydaşların topluluk rejiminde ayrılıp, ferdî hak sahibi durumuna geçmeleri için, önce, aralarında müşterek mülkiyet dolayısıyla kurulmuş bulunan ilişğin çözülmesi, bozulması gerekir. Kanundan doğan bir borç ilişğinin sönmesi, düşmesi niteliğinde bulunan bu safhaya *paylı halin sona ermesi* (şüyuun giderilmesi) denir. Bunu izleyen safha ise, dağılmış veya çözülmüş birlikten arda kalan değerlerin bölüşülmesi paylaşılması safhasıdır. Bir çeşit tasfiye olarak nitelendirilebilecek bu safhaya kanun *taksim* demektedir.

Uygulamada ve doktrinde bu ayırım üzerinden gereği kadar durulmamaktadır. Bunun sebebi, özellikle uygulamada, bu iki safhanın çoklukla birbirine karışmış olarak ortaya çıkması olabilir. Buna rağmen, teorik inceleme bakımından bu ayırımı dayanmak zorunlu bulunmaktadır. Esasen kanun da her bir safha için ayrı hükümler koymak suretiyle bu ayırımı önem vermiştir. Alman Medenî Kanununda ayırım, daha da göze çarpacak biçimde, belirgindir. Bazı anlam farkları olmakla birlikte, Alman doktrininde ve uygulamasında bu ayırım her zaman yapılmakta ve mesele buna göre incelenmektedir. Bizde de konuyu böyle incelemek mantıkî ve teorik bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir. Nitekim, İsviçre'de Prof^l MEIER - HAYOZ son yıllarda yazdığı şerh'te konuyu ilk defa bu ayırımı açıkça gözönünde tutarak incelemiştir.

2.) Burada inceleyeceğimiz konu, sözünü ettiğimiz safhalardan ilki, yani MK. md. 627 de düzenlenmiş bulunan paylı halin sona ermesi safhasıdır. Yukarda dokunduğumuz gibi, bu safhada müşterek mülkiyeti meydana getiren ve yaşatan hukukî ilişkinin çözülmesi söz konusu olmaktadır. Paydaşlar, ancak bu çözülme gerçekleşikten sonra ortada kalan müşterek mülkiyet objesini aralarında bölüşebilecek, paylaşabileceklerdir.

Sözü geçen ilişik, paydaşlar arasında, kanundan doğan sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde bulunmaktadır. Her müşterek mülkiyet hali, ortaklar arasında karşılıklı yetkiler ve yükümler meydana getiren bir borç ilişkisinin doğmasına yol açmaktadır. Münferit hukukî duruma geçmek için önce bu ilişik ortadan kaldırmak gerekir. Bu ortadan kalkınca paydaşlar artık, (müşterek şeyi) bölüşebilecek bir serbestlik kazanacaklar, birbirlerine karşı (yabancılaşacaklar) dır. Şu halde, paylı halin sona ermesi denilince, müşterek mülkiyetten zorunlu olarak doğan ve paydaşları birbirine bağlayan borç ilişkisinin çözülmesi, söndürülmesi kastedilmiş olacaktır.

3.) Borç ilişkilerini sona erdiren sebepler çeşitlidir. İlgililerin anlaşması, bir sürenin dolması, bir şartın gerçekleşmesi vb. sebepler bir borç ilişkisinin çözülmesinde ayrı ayrı veya birlikte rol oynayabilirler. Bunlardan başka, kanunun gösterdiği özel durumlarda borç ilişkisinin bir tarafın isteğiyle sona ermesi imkânı da vardır. Bütün bu sebepler yalnız ilgililerin iradesine dayanılarak kurulmuş borç ilişkilerinde değil, kanundan doğan borç ilişkilerinde de uygulama alanı bulur. Böylece, müşterek mülkiyet ilişikinden doğan borç ili-

şığı de bu sebeplere tâbi olarak sona erecek, çözülecektir (1). Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, paylı halin sona ermesi bakımından bütün bu sebepler aynı derecede önem taşımamaktadır. Hattâ denilebilir ki, kanun bu ilişığın ilgililerinden biri tarafından, her zaman, ortadan kaldırılabilmesi imkânını tanımakla, öteki sebepleri hiç işlemez hale getirmiştir. Başka bir deyişle, müşterek mülkiyette borç ilişığının sona ermesi bakımından pratik önemi olan biricik sebep, ilgililerden birinin bu konuda sahip olduğu yetkiyi kullanmasına münhasır kılınmıştır. Bu gerçeğe paralel olarak, Medeni Kanunda paylı halin sona ermesi bakımından düzenlenen biricik hal de budur. Biz de, bu düzene uyarak, paylı halin bir paydaşın isteğiyle sona ermesi meselesi üzerinde duracağız. Bu mesele incelendikten sonra, öteki sona erme sebeplerini topluca ve kısaca gözden geçireceğiz. Aşağıda, paylı halin giderilmesi hakkı başlığı altında, müşterek mülkiyetten doğan borç ilişığının paydaşlardan bir tarafından çözülmesi meselesi ele alınmıştır. Sonra da paylı hale son verebilecek diğer sebepler bir başlık altında toplanarak açıklanmıştır.

§ 2. PAYLI HALİN GİDERİLMESİ HAKKI

I — Muhtevası ve görevi

Müşterek mülkiyette paydaşlar arasındaki borç ilişığı, ortak haktan birlikte faydalanmak üzere, müşterek bir idare ve kullanma düzeni kurma gayesine bağlıdır. Bunun dışında bir gaye mevcut olmadıkça, her paydaş bu ilişığe son verebilecektir. Bu konuda paydaşın bağımsız olarak sahip bulunduğu yetkiye «paylı halin giderilmesi» veya «izalei şüyu» hakkı denmektedir. Hukukî mahiyeti ayrıca araştırılacak bu hak, kimsenin paylı durumu devam ettirme-

(1) MK. md. 5'in uygulama alanı «MK. da düzenlenen hukuki muameleler», yani «Medeni hukuk akitleri ve bir taraflı medeni hukuk işlemleri» ile sınırlı değildir. Doktrinde yalnız bunların anılması geleneği vardır. Bunun sebebi belki de MK. 5 md. de «akitlerden» bahsedilmesidir. Halbuki kanun, Borçlar Kanununda akitlere dair konulmuş kuralların medeni hukukun «diğer bölümlerinde de» geçerli olacağını söylemektedir. Bu anlatım biçimi, borç akitlerine dair bütün kuralların, yalnız medeni hukuk akitlerinde değil, —İsv. MK. md. 7-deki gibi— bütün medeni hukuk ilişkilerinde uygulanmasını gerektirir. (Bkz. EGGER, Giriş, 7 N. 8.).

ğe zorlanamayacağı prensibine dayanmaktadır. Bu hak sayesinde isteyen paydaş, birlikte hak sahipliğinden münferit —diğerlerinden bağımsız— hak sahipliğine geçişte, ilk safhayı tek başına gerçekleştirebilmekte yani, diğerleriyle birlikte dahil olduğu borç ilişkisini çözebilmektedir. Bu yetki kullanıldığı takdirde, gerekli şartlar varsa, paydaşları birbirine bağlayan müşterek mülkiyet ilişkisi ortadan kalkacak ve paydaşlar artık müşterek hak konusunu paylaşabilecek hukukî duruma intikal edeceklerdir.

Bu yetki gerek görev bakımından, gerek muhtevaca «*payın devri*» yetkisinden farklıdır. İkisi arasındaki benzerlik, her ikisinin de sonuçta paydaşı müşterek mülkiyet ilişkisi dışında bırakması, onu münferit hak sahibi kılmasıdır. Fakat özellikle bütün paydaşlar açısından düşünülürse, payın devri suretiyle müşterek mülkiyet münasebetine yeni bir paydaşın dahil olmasıyla, hak konusunun paylaşılması safhasına geçilmesi arasında büyük fark vardır. Ayrıca, hukukî mahiyetleri bakımından da iki yetki arasında esaslı ayrılık olduğu görülür. Payın devri imkânı her ne kadar paylı durumdan kurtulma maksadına hizmet ediyorsa da, aslında bu yetki, genel olarak her hak sahibine sağlanmış tasarruf hürriyetinin bir parçasından ibarettir. Paylı halin giderilmesi hakkı ise, özel bir hukukî münasebet içinde bulunmak sebebiyle, paydaşın sahip olduğu özel bir yetkidir.

Bununla beraber, bazı hallerde bu iki yetkinin kullanılmasıyla hasıl olacak sonuçların başka noktalarda da birbirine benzedikleri görülür. Bu haller birkaç paydaştan yalnız birinin paylı halin giderilmesini isteyip, diğerlerinin bu isteğe karşı koymalarında ortaya çıkar. Bu durumda aynen taksim kabil değilse, paylı halin giderilmesini isteyen paydaş, sonuçta, fiilen, payını diğerlerine devretmeye mecbur kalarak müşterek mülkiyet ilişkisinin dışında kalır.

Duruma bu açıdan bakılırsa, müşterek mülkiyet münasebetinin ortadan kaldırılması konusunda paydaşa tanınan yetkinin bir «*çıkma hakkı*» ndan ibaret olduğu (2); paydaşın paylı halin giderilmesini ancak «*kendisi bakımından*» isteyebilip, diğerlerinin müşterek mâlik olarak birliği sürdürmelerine bir engel olmadığı (3) söylenir. Bizce, paydaşlardan birinin payının karşılığı olarak, bu tarzda birlikten ayrılması halinde bir «*çıkma*» hakkından ve birli-

(2) MEIER - HAYOZ, 650 No. 2.

(3) MEIER - HAYOZ, aynı yerde; HAAB, 650/651, N. 1; STAUDINGER/VOGEL § 749; N. 1; PLANCK, § 749, 1 c.

ğın diğerleri arasında devam edeceğinden bahsedilmesi gerçek hukukî duruma uymamaktadır. Bir kere, aynen taksimin mümkün olduğu ve paydaşın payının karşılığını aynen alması durumunda diğer paydaşların geri kalan hak konusu üzerinde müşterek mâlik kalmaları mümkündür; fakat geriye kalan bu birlik eskisinin devamı olmayıp, yeni bir müşterek mülkiyet münasebetidir (4). Hakkın objesi değiştiği gibi hukukî münasebetin tarafları da değişikliğe uğramakta olduğundan, artık bu birliği eskisinin devamı saymak doğru olmaz. Bunun önemi önceki birlik zamanında yapılmış, idare ve kullanmaya dair anlaşmaların hükümden düşmesinde görülür. Eğer bu anlaşmalarda konulan özel hükümlerle bu durum ayrıca öngörülüp düzenlenmemişse, yeni birlikte kanunla konulmuş bulunan müşterek mülkiyet hükümleri yürür. Aynen taksim kabil değilse ve ortaklıkta kalan paydaşlar çıkmak isteyen paydaşın hakkının karşılığını ödeyerek çıkmasını sağlamışlarsa, yine doğrudan doğruya bir «çıkma» hakkının mevcudiyetinden bahsedilemez. Çünkü bu durum ancak birliğin bozulmasını istemeyen diğer paydaşların buna razı olmalarıyla gerçekleşir. Buna razı olmazlarsa, paydaşın, yalnız kendisi bakımından değil, bütün paydaşlar bakımından paylı halin giderilmesini istemesi gerekir. Paydaşların, daha müşterek mülkiyet münasebeti devam ederken veya paylı halin giderilmesinden sonra, birlikten çıkmak isteyen paydaşın payını —karşılığını vererek— iktisabetmeleri durumlarında ise eski birliğin devamından bahsedilmesi yine mümkün olmaz. Çünkü, bu iki yoldan hangisi ile iktisabedilmiş olursa olsun payın intikali halinde paya müteallik —kanunî esaslara aykırı veya tamamlayıcı mahiyette— özel anlaşmalar hükümden düşerler. Böylece, çıkan paydaşın payı kalanlar arasında bölüşülerek veya bunlardan biri tarafından iktisabedilerek intikal edince, bu hakkı kazanan veya kazananlar, iktisapları nisbetinde önceki ilişkilerle bağlı olmaktan kurtulurlar.

Alman hukuku bakımından bu durumda eski ilişğin devam ettiğini söylemek doğru olabilir. Çünkü BGB § 746'a göre, pay cüzi halefe, kendisine bağlı olan bu çeşit anlaşmalardan doğan hak ve borçlarla birlikte intikal eder. *İsviçre/Türk* hukukunda ise, müşterek mülkiyet hakkındaki kanunî düzenden farklı bulunan veya onu tamamlayan anlaşmaların cüz'i halefe tesiri tanınmamıştır. Böylece, bahsedilen durumda, eski münasebetin devam ettiği kabul edilemez; meydana gelen birlik, intikal eden paya bağlı mükellefiyet-

(4) Bkz. STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. 1.

ler ortadan kalktığı için yeni bir birlik, yani yeni bir müşterek mülkiyet ilişkisi sayılır (5).

II — Hukuki mahiyeti

A) Genel olarak

Paydaşlara tanınmış bulunan paylı hale son verme yetkisinin hukukî mahiyeti nedir? MK. 627. md. nin ifadesinden anlaşıldığına göre, burada bir «talep» veya «taksim hakkı» sözkonusudur. Maddede kullanılan «taksim» terimini, mehzaz kanunda olduğu gibi «paylı hale son verme» karşılığı olarak kabul edersek (6), paydaşın bu konudaki yetkisinin bir «hak» veya bir «talep» mahiyetinde bulunduğu sonucuna varırız. Aynı terimler mehzaz kanunda da kullanılmıştır. Orada da aynı madde içinde hem «talep» ten hem de «hak» tan bahsedilmektedir. (ZGB 650).

İlk olarak işaret edilmesi gereken önemli bir nokta, burada «talep» ile «hak» terimlerinin eş anlamda kullanılmış olduğudur. Teknik anlamdaki talepler ile hak arasında yapılabilecek ince ayırım (7) in burada tatbik kabiliyeti yoktur. Başka bir deyişle,

(5) Müşterek mâlikler idare ve kullanmaya dair özel bir anlaşma yapmamış olsalar bile, İsviçre/Türk hukuku ile Alman hukuku arasında paylı halin giderilmesi hakkı bakımından mevcut fark sebebiyle, bu çözümün değişeceği muhakkaktır. Gerçi bu durumda, payının karşılığın alıp birlikte çıkan paydaşın ayrılmasından sonra, kalanın eskisinin devamı mı, yoksa yeni bir birlik mi olduğu probleminin önemi kalmaz. Bununla beraber Alman hukuku bakımından, paylı halin giderilmesi hakkının teknik anlamda bir talep olarak kabul edilmiş olması, İsviçre/Türk hukukunda ise başka mahiyette bulunması, bu nazari çözümün de farklı olmasını gerektirir. Talep, irade beyanından ibaret bulunan bir edimin elde edilmesi olunca, bunun kabulünden önce paylı hal ortadan kalkmış olmaz. Talebin ileri sürülmesinden sonra, fakat kabulünden —yani ona uygun irade açıklaması yapılmadan— önce, paydaşın payının karşılığı verilerek intikâli sağlanmışsa, müşterek mülkiyet ilişkisi kesintisiz devam etmiş olur. Alman hukuku bakımından durum böyle izah edilebilir. Buna karşılık «talep» denilen yetki, kendiliğinden paylı hale son veren bir mahiyet taşıyorsa —aşağıda açıklanacağı gibi, İsviçre/Türk hukukunda böyledir— kalan paydaşlar çıkanın hakkını devralmış olsalar bile, aralarında devam eden birlik eskisinin devamı değildir.

(6) Dar anlamda, «Aufhebung» karşılığı olarak.

(7) V. TUHR, § 2, IV. bkz.

paylı halin giderilmesi hakkının muhtevası, bunun istenmesinden ibarettir (8).

Şimdi paylı hali sona erdirmek hususunda paydaşın sahip olduğu bu hakkın teknik anlamda bir talep olup olmadığını tesbit etmek gerekmektedir.

İsviçreli yazarlarla onları izleyen bazı Türk Hukukçuları, bu problem üzerinde fazla durmadan, bu hakkın teknik anlamda bir talep olduğunu kabul etmekte veya bu intibai veren ifadeler kullanmaktadırlar (9). Bazıları ise, bu noktayı aydınlanmış saydıktan başka, bunun «*Aynî bir talep*» mahiyetinde bulunduğunu sözlerine eklemişlerdir (10).

Aşağıda gösterilmeye çalışılacağı gibi, bu görüşler, paylı halin giderilmesi konusunda kabul edilen sistemi izaha yeterli değildir. Bu yetkiyi bir talep olarak değil, paylı hale kendiliğinden son veren bir hak mahiyetinde telâkki etmek daha doğrudur. Diğer taraftan, bu yetki, teknik anlamda bir talep olarak kabul edilse bile, bunun «*aynî*» mahiyette olduğunu söylemek isabetli olmaz. Burada aynî vasıftan bahsetmeyi gerektiren bir durum olmadığı gibi, bundan doğacak pratik bir fayda da yoktur.

B) «*Aynî talep*» görüşü ve tenkid i

1.) *Aynî talep kavramı :*

Paylı hale son verme hakkının bir talep olarak kabul edilmesi halinde bile, buna «*aynî talep*» mahiyeti atfetmenin doğru olmayacağı hakkındaki fikrimiz aynî taleplere dair genel esaslara dayanmaktadır. Bizim hukukumuzda bağımsız olarak düzenlenmemekle beraber, mevcudiyetleri mülkiyet hakkının korunması ile

(8) ENNECCERUS/NIPPERDEY'e göre (§ 73, I, 2) bir talep müstakil mahiyette ise her zaman alacak hakkı ile aynı şeydir. Ancak başka bir hakkın icra vasıtası mahiyetindeki gayri müstakil taleplerde ana hakla talep arasında bir ayrılık vardır. Krş. V. TUHR § 2, VI.

(9) HAAB 650/651, N. 1; WIELAND, 650, 1; LEEMANN 650, N. 4; MEIER - HAYOZ, 650, N. 1-4; SAYMEN/ELBİR s. 271; VELİDEDEOĞLU/ESMER s. 198.

(10) Açıkça «*aynî talep*» ten bahseden: MEIER - HAYOZ, 650, N. 4 LEEMANN 650, N. 4 - HAAB, 650/651, N. 1: «Bu talebin hukukî mahiyeti, doğrudan doğruya müşterek mülkiyetten çıkması ile belli olur.» VELİDEDEOĞLU/ESMER, s. 198: «Bu (taksimi istemek) mülkiyetin sağladığı tabii bir haktır.» - Ayrıca V. TUHR, § 80, II; WIELAND, 650, 1; ENGLÄNDER, s. 203, n. 372, bkz.

ilgili hükümlerden çıkarılan (11) aynı taleplerin özellikleri şöyle özetlenebilir: Bunlar doğrudan doğruya kendilerine temel teşkil eden aynı haktan çıkan ve bu hakkın ihlâli halinde (12), ihlâl edeni, ihlâlden önceki hukukî ve fiilî durumu kurmaya icbar eden taleplerdir. Aynı hak herkese tesirli mutlak bir hakimiyet ve kudret olduğu için, ihlâl halinde önceki durumu ihya etmeye yarayan ve muayyen kimselere yöneltilecek bu nevi taleplere muhakkak ihtiyaç vardır. Kanun, mutlak tesirli hakimiyeti tanımakla birlikte, bunun bozulması halinde, bozan kimselere karşı böyle bir vasıta tanımamış olsaydı, aynı hak kavramı eksik bir kavram olurdu (13).

Aynı talepler denilen bu taleplerle, herhangi bir borç ilişiginden doğabilecek şahsî talepler arasında muhteva bakımından büyük bir fark yoktur (14). Her ikisinde de muayyen bir mükellef süjeden, muayyen bir davranış istenir. Borç talebinde bu davranış, çeşitli şekillerde düşünülebilecek, bir yapma, kaçınma v.b. olur. Aynı taleplerde de talebin muhtevası böyle bir davranışın muayyen mükellef süjeden istenmesinden ibarettir. İki çeşit talep arasındaki asıl fark, genel olarak kabul edildiği gibi, köksel (genetik) bakımdandır (15). Biri aynı haktan çıkar, diğeri borç ilişiginden do-

(11) V. TUHR, § 2, IV, 2, b - BGB. § 985/1007 de düzenlenmiş bulunan talepler «mülkiyetten doğan talepler» başlığı altında toplanmış olup bunların «aynî talepler» olduğu kanunda ifade edilmemiştir. Esasen buradaki taleplerin hepsi «aynî» de değildir. Başlıca, istihkâk, müdahalenin önlenmesi, önceki zilyetlikten doğan geri alma taleplerinden meydana gelen bu yetkilere aynı talepler denmesi, mahiyetlerinden ileri gelmektedir. (BGB, § 221 ve WOLFF/RAISER, § 84, VI. bkz.)

(12) Krş. ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 222 n. 12.

(13) Aynı hakkın ihlâl edilmesi halinde ne istihkak, ne de müdahalenin önlenmesi talebi tanınmayıp, yalnız tazminat talebi kabul edilseydi, bugünkünden oldukça farklı bir aynı hak kavramına sahip olunurdu. PETERS, s. 457/458.

(14) STAUDINGER/RIEZLER, § 194, 3; PETERS, s. 456; DULCKEIT, s. 51/52 - BGB § 194'deki tarif, her iki çeşit talebe de şamildir: «Bir kimseden bir fiil veya kaçınma isteme hakkı...»

(15) STADUINGER/RIEZLER, § 194, 3; HAAB, Einl. N. 55 - Bu kaynak farkı sebebiyle, iki çeşit talebin bilhassa doğuş bakımından ayrı özellikler gösterecekleri tabiidir. Aynı taleplerde mükellefiyet ancak aynı hakkın ihlâli ile ortaya çıkar; borç münasebetinde ise bu, daha borç ilişigi kurulduğu zaman vardır. Bununla beraber gösterilebilecek bütün bu gibi farkların (PETERS, s. 459 vd. DULCKEIT, s. 52 bkz.) nihayet talî mahiyette olduğu görülmektedir. Mükellef süjeden bir davranış istemek şeklindeki aslî muhteva her iki kaynaktan gelen talepte de birdir.

ğar. Bundan dolayı birine bağlı olduğu ilişige göre aynî, diğerine şahsî (borcul) denir.

Bununla beraber, bir yetkinin mahiyetini tespit etmek için sadece bağlı bulunduğu hak münasebetine bakmak yetmez. Aynî hakka bağlı her talep bir «aynî talep» değildir. Şahsî bir talep de bir aynî hakka vasıtalı olarak bağlı olabilir. Yukarda belirtildiği gibi, aynî taleplerin bir vasıfları aynî hakka bağlılık olmakla birlikte, diğer önemli bir vasıfları da aynî hakkın ihlâli halinde önceki durumu muhafaza etmiye veya ihyaya yaramalarıdır (16). Bundan dolayı aynî taleplerin ancak mâlik ile zilyed arasındaki münasebetlerde bahis konusu olacağı söylenir (17). Bu ikinci yönleriyle aynî talepler eşya üzerinde herkese tesirli mutlak hakimiyeti gerçekleştiren vasıtalarlardır (18). Böylece, bir aynî hakkı aynen korumak gayesi (19) olmayan bir talebin aynî hakkı herhangi bir şekilde bağlı olsa bile «aynî» vasıfta sayılamıyacağı anlaşılır. Aynî vasıf ancak, bir aynî hakkın «korunmasına» veya «gerçekleşmesine» yarıyacak yetkilere atfedilebilir.

2) *Paylı hale son verme talebi ve aynî talepten çıkarılan sonuçlar :*

Durum bu açıdan ele alınırsa, paylı hale son veren hakkın paydaşa payı sebebiyle tanınmış bir talep olarak kabulü halinde bile «aynî» olarak vasıflandırılmıyacağı anlaşılır. Zira bunun aynî hakkı «gerçekleştirmek», pay üzerindeki aynî hakkı «korumak» gibi bir fonksiyonu yoktur. Hak teknik anlamda bir talepten, bunu paydaşlık sıfatına bağlı bulunan borç münasebetinin süjesine tanınmış herhangi bir şahsî (borcul) talepten farklı mahiyette sayınak için sebep yoktur.

Paylı hale son veren talebin «aynî» bir talep olarak kabul edilmesinden bazı sonuçlar çıkarılmıştır (20). Bunlar genel olarak şöyle sıralanabilir: 1) Talep, müşterek mülkiyet münasebetine dahil

(16) ENNECCERUS/LEHMANN, § 1, III, 2; «Aynî talep terimi ile ifade edilmek istenen husus, fiilî durumla aynî hakkın icabettirdiği durum arasında ortaya çıkmış bir çelişmenin giderilmesi, aynî hak durumunun değişikliğe uğramamasını sağlayacak bir edimin istenmesi ise, bu terimin kullanılması caizdir.» HELLWIG, s. 29/30.

(17) EICHLER, s. 148; PETERS, s. 458.

(18) STADUINGER/BERG, Vorbem. 4. Titel, III.

(19) WOLFF/RAISER, § 2, I.

(20) MEIER - HAYOZ. 650, N. 4; 650/651, N. 1 bkz.

olan herkese tesirlidir. 2) Zamanaşımına uğramaz. 3) Paydan ayrı olarak temlik edilemez. 4) Şahsî talepler hakkındaki usûl hükümleri buna uygulanmaz. (meselâ, gayrimenkûle ilişkin böyle bir talebe dayanan davanın gayrimenkûlün bulunduğu yerde açılması gerekir.)

Kanaatimizce, bu sonuçları izah edebilmek için paylı hale son veren talebin aynî mahiyette olduğunu kabul etmek zaruri değildir. Aşağıda görüleceği gibi aynî talep kavramı ile bu sonuçlar arasında kaçınılmaz bir bağlantı yoktur. Meselâ, aynî taleplerin mutlak olarak zamanaşımına uğramıyacağı veya devredilemeyeceği söylenemez. Bilâkis, bu nevi taleplerin zamanaşımına uğrayacağını kabul eden hukuk çevreleri olduğu gibi, bağlı olduğu aynî haktan ayrı olarak temliklerini caiz gören hukukçular da vardır (21). Şimdi bu sonuçlar üzerinde ayrı ayrı duralım.

a — Herkese karşı ileri sürülme meselesi:

Bu sonuçları talebin aynîliğine bağlayan görüşlerde, herşeyden önce, aynî hakkın bizzat kendisine atfedilebilecek vasıflarla, aynî talebin vasıflarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Aslında, bu iki kavram arasında bazı ince farklar olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Aynî hakkın herkese tesirli olması, hak sahibinin eşya üzerindeki hâkimiyetine herkesin saygı göstermeye mecbur olması demektir. Bu tesir, muayyen kimselere karşı ileri sürülen bir talep değildir; hakkın bir «vasfı» dır. Bu konudaki genel yasak, hakkın mutlak karakterini açıklamaya yarar (22). Talep ise, bu yasağa uymıyan muayyen kimselerle hak sahibi arasında, bu sebepten ortaya çıkan münasebetten doğar. Gerçi bu nevi talepler aynî hakkın herkese tesirli olma karakterinin bir müeyyidesi olarak gözükür. Şu var ki, bu genel tesirliliğin kendisi bir talep değil, nihayet bir «talep imkânıdır» (23). Talep, ilk defa, genel yasağa uymayan kimselerin ortaya çıkması halinde doğar.

Muayyen bir mükellef süjenin varlığını gerektirmesi bakımından bu çeşit taleplerin, mutlak aynî tesirlilikten farklı olarak, nisbî mahiyette olduğu anlaşılır (24). Bunlara «aynî» denmesinin sebebi, hem kaynak olarak aynî hakla bağlılıkları, hem de önceki durumu

(21) Aşağıda, not 34-38 bkz.

(22) EICHLER, s. 148'e bkz.

(23) PETERS, s. 459-460. - Krş. HELLWIG, s. 25/2^e

(24) WOLFF/RAISER, § 2, I.

muhafazaya veya geri getirmeye yaramalarıdır. Yoksa, aynı hakkın ihlâli halinde bir zarar meydana gelmişse, hak sahibinin, yine aynı hakkı sebebiyle ileri sürebileceği zarar ziyan talebi ile bahis konusu talep arasında, muayyen bir mükellef süjeden muayyen bir davranış istenmesi bakımından bir fark yoktur. Birine aynı denmesinin sebebi, izah edildiği gibi, aynı haktaki, herkese karşı tesirli olduğu kabul edilen hâkimiyet ilişkisinin garanti vasıtası olmasıdır.

Görülüyor ki aynı talepler mahiyetleri bakımından şahsî taleplerden farklı yetkiler değildir. Bunlar da muayyen şahıslara karşı ileri sürülebilir taleplerdir. Talebin ileri sürüleceği kimse ancak aynı hakkın ihlâli ile ortaya çıkar veya belli olur. Bu durumu hakkın mutlak karakterinin ifadesi olan aynı tesirlilik ile karıştırmamak gerekir (25). Hakkına tecavüz edilip zarara uğratılan mâlikin, zararın giderilmesi için, tamamen nisbî karakterde olduğu tartışma götürmeyen, tazminat talebi de —eğer sadece bağlı olduğu hakka göre ifade edilirse— bir anlamda mutlak mahiyettedir. Yani, hakkın ihlâlinden önce hak sahibi lehine, bu neviden «talep imkânları» vardır ve bunlar hakkı kim ihlâl ederse onun aleyhine tam bir talep olarak doğarlar. Fakat bu durum talebin değil, hakkın kendisinin herkese tesirliliği demektir. Talep yine muayyen şahıslara tesirli, nisbî vasıfta bir yetkiden ibarettir.

İşte, paylı hale son verme talebine aynı vasıf atfedilenlerin, bundan çıkardıkları sonuçlardan ilki, son olarak dokunduğumuz farkı gözden kaçırmalarından doğan bir yanılmaya dayanmaktadır. Herkese karşı ileri sürülen aynı talep değil, aynı hakkın kendisidir. Talep, muayyen bir şahsın hakkı ihlâl eden fiilleri ortaya çıkınca ya kadar esasen mevcut sayılamaz. Bu bakımdan «herkese tesirli bir talep» ten bahsedilmesi de doğru olmaz. Talep doğduktan sonra da —hakkın kendisi yine herkese tesirli olmakta devam ederken— ancak muayyen kimse ile hak sahibi arasında kurulan nisbî bir münasebet içinde kalır.

b — Paylı hale son verme hakkının cüz'i halefe tesiri:

Paylı hale son verme hakkı bir talep mahiyetinde görülürse, bunun bütün paydaşlara ve haleflerine tesirli olması, izah edilen sebeplerle, aynılığından ileri gelmiş olmaz. Bu, talebi doğuran borç

(25) HAAB Einl. N. 55: «Aynîlik kavramı ile bağlı olan, ifade edilen mutlak hukukî tesirdir; yalnız bir hak herkese karşı tesirli olabilir, talep için bu mümkün değildir.»

münasebetinin taraflarının kanun gereğince pay sahipliği ile belli olmasından ortaya çıkan bir sonuçtur. Durumu «aynî talep» kavramına başvurarak izah etmek gerekli olmadığı gibi, faydalı da değildir. Bu talebin «doğrudan doğruya paydan çıkan bir yetki» olduğunu söylemek (26) de hiçbir anlam taşımaz. Bu yetki, müşterek mülkiyete bağlı borç münasebetinden çıkan ve nisbî karakterde olduğu söylenebilecek bir talep olabilir. Talebin bütün paydaşlara tesirli olmasının anlamı, bağlı bulunduğu borç münasebetinin taraflarının belli olmasındaki özelliğe dayanmaktadır (27).

c — Genel olarak aynî taleplerin zamanaşımına uğraması ve temlik meselesi:

Aynî taleplere, kaide olarak, borç münasebetlerinden doğan taleplere uygulanan hükümler tatbik edilir. Alman hukukunda genel olarak kabul edilen bu hususun (28) İsviçre/Türk hukuku bakımından reddedilmesini gerektiren bir sebep yoktur (29). Yukarıda belirtildiği gibi, aynî taleplerle şahsî talepler arasında sadece köksel (genetik) bir ayrılık olduğu; buna karşılık muhteva benzerliği bulunduğu kabul ve teslim edildikten ve özellikle aynî taleplerin de nisbî vasıfta olduğu tesbit edildikten sonra, bu uygulamaya

(26) HAAB, 650/651, N. 1; ENGLÄNDER, s. 203 n. 372 - Daha önce aynî taleplerle şahsîler arasında sadece köksel (genetik) bakımından fark olduğunu belirten ve aynî talep terimine, ancak mülkiyetten çıkan bu çeşit yetkilerle, aynî hakkın ihlâli halinde doğacak zarar - ziyan talebini ayırmak için başvurulmasına itiraz edilmeyeceğini söyleyen HABB'ın, burada paylı hale son veren talebi mülkiyete bağlayıp, bundan bir takım özel sonuçlar çıkartması bir çelişmedir.

(27) MEIER - HAYOZ şerhinde, borçlusu ve alacaklısı bir aynî hakla veya zilyetlikle belli olan borç ilişkileri için uzun bir bölüm ayırdığı ve bunlar arasında —kanundan doğanları sayarken— müşterek mâliklerin müşterek şeye ait masraflardan ve mükellefiyetlerden doğanları da zikrettiği halde (Sy. T. N. 157), paylı hale son verme talebini saymamıştır. Bunun, yazarın talebe atfettiği —aslında doğru bir görüşe dayanmayan— aynî vasıftan ileri geldiği anlaşılmaktadır. Halbuki, özellikle bütün paydaşlara tesirli olma hususunun «Realobligation» kavramına başvurularak kolayca izah edilebileceği aşikârdır. Roma hukukundan beri bu talebin kanun icabı doğan borç ilişkisine bağlı olduğu kabul edilmektedir.

(28) STADUINGER/BERG, Vorbem. 4. Tit, N. 9; ENNECCERUS/LEHMANN, §1, III, 2; WOLFF/RAISER, § 1, III, 1; ENNECCERUS/NIPPERDEY § 223 I, 1.

(29) MK. md. 5; V. TUHR, § 94 VI: «Aynî talepler bazı bakımdan alacak gibi tutulur ve buna dair hükümler kıyasen uygulanır.»

bir engel olduğu söylenemez. Bunların olsa olsa —her çeşit talep için bahis konusu olabilecek bazı özellikler dolayısıyla— ancak bir iki noktada genel kaidelere tâbi olmayacakları ileri sürülebilir (30). Bu duruma göre, aynî taleplerin, diğer talepler gibi, zaman aşımına uğrayacaklarını ve (temel haktan ayrı olarak) başkalarına devredebileceklerini kabul etmek gerekir.

Aynî taleplerin zamanaşımına uğraması konusunda *Alman hukukunda* tartışma yoktur. Bütün taleplere şamil bulunan BGB. § 194 hükmü gereğince, özel bir istisna kaidesi olmadıkça, bunların da zamanaşımına uğrayacaklarına işaret edilmektedir (31). Aynî taleplerden en önemlisi sayılan istihkak talebinin (BGB. § 985) devrinin (temlik) caiz olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber, hâkim görüşüne göre buna cevaz vardır (32).

İsviçre/Türk hukukundaki çözüm ise zamanaşımı yönünden farklıdır. Genel olarak bu taleplerin zamanaşımına tâbi olmadıkları kabul edilmektedir (33). İstihkak talebinin (aynî hak devredilmeden) temlik edilebileceğini kabul eden yazarlar olduğu gibi (34), bunu caiz saymayanlar da vardır (35).

Görülüyor ki, paylı halin giderilmesi talebini aynî bir talep sayarak, bunun zamanaşımına uğramıyacağı ve paydan ayrı olarak temlik konusu yapılamıyacağı şeklinde çıkarılan sonuçlar doğru olsa bile, bu hususu sırf aynî talep kavramına dayandırmak doğru sayılamaz. Asıl karakterlerinin aynî olduğu şüphe götürmeyen taleplerde bile bunun aksine sonuçlar çıkarıldığına göre, bunları paylı halin giderilmesi talebinin aynîliği ile açıklamak mümkün değildir. Şu halde talebin aynîliğinden bahsedilmesi bu bakımdan gereksiz sayılabilir.

ç — *Paylı hale son veren talep ve zamanaşımı:*

Yalnız doğrudan doğruya borçlar hukukuna göre, kurulmuş

(30) EGGER, giriş 7, N. 14 bkz.

(31) STAUDINGER/RIEZLER, § 194 N. 3 ve yukarda not (28) de anılanlar.

(32) ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 222, n. 14; STAUDINGER/BERG. § 985 N. 9 ve orada anılanlar - Krş. V. TUHR, Allg. Teil, I, s. 267; WOLFF/RAISER, § 84, VI. 3 ve n. 37'de anılanlar.

(33) EGGER, giriş, 7, N. 16; V. TUHR, § 80, II; HAAB, 641, N. 37; MEIER/HAYOZ 641 N. 50; BGE 48, II, 47.

(34) HAAB, 641 N. 37; MEIER - HAYOZ, 641, N. 49; HOMBERGER, 924, N. 4.

(35) V. TUHR § 94, VI.

münasebetlerden doğanlar değil, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukukundan doğan borç münasebetlerinden çıkan bütün taleplerin zamanaşımına uğrayacakları kaide olarak kabul edilir (36). Bu nazari kaide MK. md. 5 ile konulmuş prensibin özel bir tatbik şeklinden ibarettir. Ancak yine bu prensip gereğince, borçlar hukuku kaidelerinin, medeni hukuktan doğan münasebetlere (özellikle borç münasebetlerine) tatbiki —açık bir atıf yoksa— kıyas yoluyla olur (37). Kıyas yoluyla tatbik ise, daima, uygulama konusu münasebetin özellikleri ve şartları gözönünde tutulmak suretiyle yapılır. Eğer bu münasebetlerin gösterdiği özellikler kıyası büsbütün anlamsız kılacak mahiyette iseler, bu çeşit tatbikat yolu tamamen kapanmış sayılır (38).

İşte paylı halin giderilmesi hakkındaki talep bakımından, zamanaşımı hükmünün kıyasen tatbikini tamamen engelleyecek böyle bir özellik vardır. Bu özellik, paylı hal devam ettikçe varlığı devam edecek borç münasebetinin, kesintisiz olarak yeni talepler doğurmasıdır (39). Bu durum göz önünde tutulursa, burada zamanaşımı kaidelerini kıyasen tatbik kalkışmanın faydasız ve anlamsız bir iş olacağı anlaşılır (40).

d — Temlik :

Temlik yasağı da talebin aynîliğinden değil, başka özelliklerinden ileri gelir. Bu nokta zamanaşımına göre daha kolay izah edilebilir. BK. 162 md. göre, herhanki bir alacağın kanun, sözleşme veya «*ilişğın mahiyeti icabı*» temliki yasaklanmış olabilir. İşin mahiyeti icabı temlikin yasaklanması, alacağın (talebin) bağlı olduğu hukukî münasebetin temlike elverişli olmaması anlamına gelir (41).

(36) V. TUHR, § 80, II.

(37) EGGER, Giriş, 7. N. 12 vd.

(38) Bkz. EGGER, Giriş, N. 16.

(39) Alman hukukunda, bu talebin zamanaşımına uğramıyacağına dair kaide (BGB § 758) bu gerekçe ile açıklanmaktadır. STADUINGER/VOGEL, § 758, N. 1; PLANCK, § 758, 1.

(40) MEIER - HAYOZ, talebin zamanaşımına uğramaması hususunu aynîliğe bağladıktan sonra, bunun BGB § 758 de açıkça düzenlediğini bildirmektedir. (650, N. 4 - Ayrıca HAAB 650/651, N. 1 bkz) Alman hukukunda bu talebin şahsî mahiyette bir talep olduğu açıkça kabul edildiğine göre, yazarın bu noktadan bir paralel kurmaya çalışması doğru değildir. Esasen, Alman hukukunda talep aynî sayılıydı bile BGB. § 194 gereğince bu hükmün kanuna konulması gerekecekti.

(41) OR 162 «Kanun, anlaşma yahut hukukî ilişğın mahiyeti engel değilse...»

Başka örneklerde olduğu gibi, paylı hale son verme talebinde de temlik, talebi doğuran borç münasebeti bakımından, caiz sayılmaz. Bu borç münasebetinin tarafları ancak mülkiyet hakkı ile belli olur. Aynı zamanda paydaş sıfatını taşımayan kimsenin, bu münasebete son verme hakkına sahip olması, gerek hukukî yapı itibariyle gerekse ekonomik bakımdan tamamen anlamsızdır. Böyle, paydan soyulmuş bir talebin sahibine herhangi bir menfaat sağlaması düşünülemez (42). Bundan dolayı talebin paydan ayrı olarak haczi veya rehnedilmesi de kabul edilemez (43)

e — Usulî hükümler :

H.U.M.K. 13. maddesinde yer alan hüküm karşısında, bizim hukukumuz bakımından talebin aynî olarak tavsifinin gayrimenkullerde yetkili mahkemenin belli olmasında rol oynamıyacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Hükme göre, sebebi ne olursa olsun, dava bir gayrimenkule taallük ediyorsa, gayrimenkûlün bulunduğu yer mahkemesinde açılacaktır (44). Şu halde, talep, bir gayrimenkul üzerindeki paylı halin giderilmesine taallük ediyorsa, mahiyeti ne olursa olsun, davanın gayrimenkulün bulunduğu yerde açılması zaruridir (45).

Usul hukuku bakımından doğrudan doğruya talebin aynî oluşuna bağlanabilecek başka bir sonuç yoktur.

C — «Talep» görüşü ve tenkid i

1) *Talep kavramı ve paylı hale son verme yetkisinin buna göre açıklanması*

Borçlar hukuku anlamında talep, alacaklının borçludan edimi yerine getirilmesini isteme yetkisi (hakkı) dır (46). Yerine geti-

(42) STADUINGER/VOGEL, § 749, N. 1, bkz.

(43) Ancak kamu hukuku bakımından böyle mücerret bir talebe cevaz verilebilir.

(44) POSTACIOĞLU, Usûl, s. 114/115; ANSAY, s. 56 - Her iki yazar da gayrimenkule müteallik bazı şahsî talepler için, bunun «kesin yetki» kaidesi olmadığı kanaatindedirler.

(45) 6. HD. 31.10.1955, 5868/5053; 6. HD. 24.6.1955, 3802/3246 (ER-SOY, HUMK. s. 302).

(46) V. TUHR, § 2, VI.

rilmesi istenen şey (edim) borçlunun, borç münasebeti dolayısıyla yüklendiği muayyen bir hareket tarzıdır. Bu davranış müsbet bir fiil olabileceği gibi, bir fiilden kaçma da olabilir (47). Bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması gibi, bir irade beyanında bulunmak da müsbet bir edim (borç) olarak borçlanılmış olabilir.

Bütün bu talepler borçlunun şahsına karşı yöneltilerek, ondan mükellefiyetine uygun hareket tarzı istenerek kullanılan yetkilerdir. Borçlu, bu mükellefiyetine uygun davranışta bulunmazsa, hak sahibi dava yoluna başvurarak onu borcuna uygun davranışa zorlayacak vasıtalar elde edebilir.

Müşterek mülkiyet münasebetinden doğan paylı hale son verme yetkisi bir *talep* olarak kabul edilirse, bunu —aynî bir vasıf atfedilmesi mümkün olamayacağına göre— müşterek mülkiyetin meydana getirdiği kanundan doğan borç münasebetine dayanan bir borç talebi (şahsî talep) olarak mütalea etmek gerekecektir.

Nitekim *Alman hukukunda* kabul edilen çözüm budur (48). Bu çözüme göre, her bir paydaş diğerlerinden paylı hale son verilmesini isteyebilir (49). Bu yetki, borç münasebetine dayanan bir talep olup, bunun muhatabı olan paydaşların mükellefiyeti, borcuna uygun bir irade beyanında bulunmaktır. Bu irade beyanının muhtevası, paylı halin son bulmasına *muvafakattir*. Paydaş, talep dolayısıyla zorlandığı bu beyanı yapmazsa, bunun elde edilmesi için dava yoluna başvurulur. Açılacak dava, buna benzeyen bütün borç ilişkilerinde olduğu gibi, «*edim davası*» dır. Paylı hal, bütün paydaşların talebe uygun muvafakatleri veya bunun «yerine geçecek» mahkeme kararları (50) olmadıkça kendiliğinden sona ermiş sayılamayacaktır.

İsviçre/Türk Hukuku bakımından paylı hale son verme yetkisi bir talep olarak kabul edilirse, hukukî durum aynıdır. Hatta, istemin aynî mahiyette olduğu söylene bile, bu durumda bir değişiklik düşünülemezdir. Her iki halde de paydaştan kanundan doğan mükellefiyetine uygun bir irade beyanı istenecek, bunu ye-

(47) BGB § 194: «Bir kimseden bir fiil veya kaçınma istenmesi...»

(48) PLANCK, § 749, 1, c; STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. 1; ENNECCERUS/LEHMANN § 186, II - Müşterek hukukta ihtilâflıdır. BINDER, s. 79/80 bkz.

(50) ZPO. § 894.

rine getirmeyen paydaşa karşı «*edim davası*» açılması gerekmektedir (51).

2) *Tenkidi* :

Paylı hale son veren yetkinin, mükellef süjeden buna dair muvafakat beyanının alınmasına yönelmiş bir «talep» olarak kabulü kanaatimizce, doğru bir çözüm değildir.

Herşeyden önce bu çözümün hukukî sadeliğe aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Sayıları hususunda hiçbir sınırlama düşünülmiyecek paydaşlardan birer birer bu nevi irade beyanları toplanması ve bunlar tamamlandıktan sonra ilişkinin sona ermesi pratik bakımdan işlemesi güç bir mekanizmadır. İrade beyanında bulunmaktan imtina eden paydaşlar için, mahkemeye başvurulacak ve bu beyanlar orada toplanmaya çalışılacaktır. Bu safhada, mahkeme dışında açıklanmış iradeler hakkında ispat bakımından yeni zorluklar çıkabilecektir. Halbuki bu hukukî ilişkinin sona ermesini kesinlikle ve kolaylıkla anlaşılabilir bir usule bağlamakta fayda olduğu şüphesizdir. Üstelik bir çok paydaştan bir kaçının bu talebi aynı zamanda kullanmaya kalkışması durumu daha da karıştıracaktır.

Diğer taraftan, başka toplu hak sahipliği (birlik) veya sürekli borç ilişkilerine kıyaslanırsa, müşterek mülkiyet münasebetinin böyle karışık ve güç işleyen bir mekanizmayla sona ermesini haklı gösterecek bir sebep göstermek de mümkün değildir. Meselâ, süresiz olarak kurulmuş bir âdi ortaklık veya karıkoca arasında uzatılmış mal ortaklığı, ortaklar arasında iradî olarak kurulmuş bir borç münasebeti, doğurduğu halde, bu münasebet bir tarafça açıklanan irade ile kendiliğinden sona ermektedir. (BK 532/2; MK. 228). Bunun gibi, kira münasebeti, hizmet sözleşmesinden doğan ilişik gibi sürekli borç münasebetleri de, bazı hallerde, karşı tarafın muvafakati gerekmeksizin bir tarafça sona erdirilmektedir. (BK. 262, 340).

Buna karşılık, tarafları ortak bir gaye ile birbirlerine bağlamayan, gevşek ilişikten ibaret bulunan müşterek mülkiyet münasebetinin daha güç ve karışık bir çözülme esasına bağlanması kolayca izah edilebilecek bir durum değildir.

Ayrıca, burada bir borcun ifası anlamında bir irade beyanı (muvafakat) aranması, toplu hak sahipliğinden doğan borç münase-

(51) Edim davasının konusu, «irade beyanına mahkumiyet» tir. - İsviçre/Türk hukukunda da mahkeme kararı borçlu iradesinin yerine geçecektir.

sebetinin yapısına ve maksadına da uygun düşmez. Münasebetin sona ermesi bakımından taraflar arasındaki bağıllık, ifa edilmemiş bir borcun mevcudiyetini ve ifa ile alacaklının tatminini gerekli kılan ve haklı gösteren bir «gerilim» mahiyetinde değildir (52). Böyle bir muvafakate, alacaklıyı tatmin eden bir «borç ifası» nazarıyla bakılması güçtür.

Alman hukukunda da bu yetkinin bir talep olarak kabulünü gerekli kılan husus, orada paylaşma (taksim) yetkisinin de bir «talep» olarak düzenlenmesidir. Böylece iki yetki arasında bir paralellik kurulması düşünülmüştür.(53). Bizim hukukumuzda ise taksim, esas itibariyle, müşterek hukuktaki gibi mahkeme vasıtasıyla kullanılabilecek bir yenilik doğuran hak olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan paylı hale son veren yetkinin bir talep değil - eğer bir paralellik sağlanması zarurî ise - karşı tarafın iradesinden müstakil bir hak şeklinde düşünülmesi gerekir.

Bu yetki bir talep olarak kabul edilirse, bundan doğacak başka bir pratik güçlük, ifadan kaçınma halinde ortaya çıkacak durumdur. Bu kaçınma şüphesiz, temerrüt olarak anlaşılacaktır (54). Kanunda temerrüde bağlanan sonuçların buradaki tatbik imkânları meselesi bir yana, uygun olmayan bir zamanda ileri sürülmüş bir talebin nasıl değerlendirilebileceği de başka bir problemdir. Böyle, muhtevası ve kullanılma şartları hâkimin takdiri ile belli olacak bir yetkinin talep olarak düşünülmesi doğru değildir. Benzer hallerde tanınan yetki bir dava ile yahut davasız olarak kullanılan bir yenilik doğuran hak şeklinde düzenlenmiştir (55). Bu suretle haklı olup

(52) BINDER, s. 80 n. 93'de nakledilen GIEB, Recht. Natur d.ac. com. div s. 89.

(53) BGB'de, paylaşmanın (taksim) yenilik doğuran bir dava ile değil, bir taleple gerçekleşeceğinin kabul edilmesinin yanlış bir temele dayanan, isabetsiz bir düzenleme olduğu, ESSER s. 92 vd. da gösterilmiştir.

(54) BINDER, s. 79/80.

(55) Özellikle «muhik sebepler»e dayanan fesih haklarında durum böyledir. Ayrıca, ceza şartının fâhiş olması halinde cezanın indirilmesini isteme hakkı (BK. 161/III) ölünceye kadar bakma sözleşmesinin feshi hakkı (BK. 517) gibi haklar da aynı sebepten bir «talep» olarak düzenlenmemiştir. Alman hukukundaki düzenleme tarzı da aynıdır. Orada, paylı hak birliğinin sona ermesinde, taksim uygun olmayan zamanda istenmeyeceği şeklinde bir hükmün kanuna konulmamasının (bkz. STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. 1) sebebi, taksim hakkının bir «talep» olarak kabul edilmesinde aranmalıdır.

olmadığı ve muhtevası önceden kesin olarak belli olamayacak yetkilere temerrüt sonuçlarının bağlanması da kaçınılmıştır.

D — S o n u ç

1) Kanaatimizce, paylı hale son veren bu yetkiyi en uygun ve sade tarzda izah edebilmek için «yenilik doğuran hak» kavramına başvurulmalıdır.

Kanun koyucu bir hukukî durumu değiştirmek için ferde bir hak verirken, bir çok hallerde, bu değişikliğin hakkın kullanılmasıyla kendiliğinden meydana geleceğini kabul etmektedir. Başkasının hukuk alanına doğrudan doğruya tesirli olan bu neviden güçlü yetkiler «yenilik doğuran haklar»dır (56). Hukukî durumu değiştirmek için hak sahibini, hakkına uygun bir davranış istemek üzere, «mükellef süje»ye başvurmadan kurtaran bu haklar, hukukî hayatı kolaylaştıran ve çabuklaştıran vasıtalarlardır. Bir hukukî durumun değişmesi için borçlunun bizzat bir şey vermesi veya yapması zarurî değilse, hak sahibine sağlanan «irade kudreti»nin, menfaatin gerekli kıldığı sonucu kendiliğinden —vasıtasızca— meydana getirecek şekilde güçlendirilmesinde pratik fayda vardır. Aksine çözüm, yani bir taraftan hak sahibine yetki verirken, hukukî değişikliği meydana getirecek işleme borçlunun da katılmasının istenmesi, bir çok hallerde, anlamsız ve gayesiz bir gecikmeye ve karışıklığa sebep olacaktır. Kanun koyucu, ilgili mükellef süjenin katılmasını menfaatler dengesi bakımından pratik olarak gerekli kılmayan bir çok hallerde, hak sahiplerine, doğrudan doğruya sonuca ulaşacak böyle bir kudret tanımaktan kaçınmamıştır (57).

Paylı halin sona ermesini sağlayan hak bakımından düşünülürse, hukukî değişikliği meydana getirmek hususunda paydaşa doğ-

(56) V. TUHR § 3, II; FENKART, s. 9 vd.

(57) Kanun koyucu hukukî değişikliği sağlamak için bazan mükellef süjenin fiilini arar ve hak sahibine, onu bu fiile icbar etme yetkisi verir; bazen de buna lüzum görmeden, hak sahibinin sonucu kendi fiiliyle yaratması imkânını sağlar. Fakat, bu yollardan birini veya diğerini seçerken, kanun koyucunun serbest olduğu söylenemez. (Kırs. FENKART, s. 7) Bizce, metinde gösterildiği gibi, bu seçimde rol oynayacak kıstas, menfaatler dengesidir. Bir hakkın nihai gayesi hukukî durumu değiştirmek ise ve karşılıklı çıkarlar bakımından bunun vasıtasız olarak gerçekleşmesinde bir sakınca yoksa, iradeye atfedilen güç, sonucun doğrudan doğruya elde edilmesini sağlayabilmelidir.

ruca sonucu elde edecek güçte böyle bir yetkinin verilmesinin gerektiği anlaşılır. Burada da değişikliği yaratmak için borçlunun mükellef iradesine başvurulmasını zaruri kılan bir sebep yoktur. Olayların büyük bir ekseriyetinde, ileri sürülecek böyle bir hakkın doğmadığı veya kullanılmasına engel bir durumun mevcudiyeti bahis konusu olmayacaktır. Kaldı ki, bu gibi ihtimaller esasen bir hakkın yenilik doğuran hak olarak kabulünü önleyecek mahiyette sayılmazlar (58). Diğer taraftan, bu yetkinin, borçluya başvurulmayı gerekli kılan bir «talep» olarak kabulü halinde karşılaşılması mukadder güçlükler ve karışıklıkları haklı gösterecek herhangi bir sebep te yoktur.

2) Paylı hale son veren yetkinin bir «yenilik doğuran hak» olarak kabulü halinde, yukarda belirtilmiş bulunan bazı sonuçların daha kolaylıkla açıklanması imkânı doğmaktadır. Herşeyden önce bu hakkın zaman aşımına uğramıyacağı anlaşılır; çünkü yenilik doğuran haklar zaman aşımına tâbi değildirler (59). Bunun gibi müstakil olmayan yenilik doğuran hakların bağlı buldukları hukukî münasebetten ayrı olarak temliklerinin caiz olmaması kaidesi (60) burada da uygulanır. Bunu sonucu olarak, payı kim iktisab ederse bu hakkı kendiliğinden kazanır ve diğer paydaşların sahip oldukları hak kendisine de tesirli olur.

3) Kanunda bu hakkın bir «talep» olarak ifade edilmiş bulunması (61), kanaatimizce, bu çözüme engel değildir. Bir kere, genel olarak, MK. ve mehazının teknik terimlere gereken önemi vermiş olduğu bilinen bir gerçektir. Bu bakımdan, bir hakkın hukukî mahiyetini tesbit ederken, kanundaki terimlere sıkı sıkıya bağlı

(58) Yenilik doğuran hak doğmamışsa veya kullanılmasına engel bir durum varsa, kullanma iradesinin hukukî duruma tesiri olmayacaktır. (Bkz. FENKART, s. 48).

(59) ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 230. 3, 2; FENKART s. 73 bkz. (Yazar, yenilik doğuran hakların zamanaşımına uğramasının kabulü halinde şu garip sonuçla karşılaşılacağını gösteriyor: Zamanaşımı bir talep hakkının düşmesini ve ileri sürülmesini önlemez, sadece borçluyu icbar imkânını ortadan kaldırır. Eğer yenilik doğuran hakkın zaman aşımına uğrayacağı kabul edilirse, borçludan bir şey istenmiyeceğine göre, hak ileri sürülerek istenen sonuç yine elde edilmiş olacaktır. s. 74).

(60) ENNECCERUS/LEHMANN, § 83, 3 bkz. - Bağımsız mahiyetteki yenilik doğuran haklar ise temlike elverişlidir. (Misal, akdi şuf'a hakkı).

(61) Yukarda II, A bkz.

olmak zarureti yoktur. Bundan başka, kanunda (ZGB 650) «taksim talebi» kenar başlığı kullanıldığı halde, gerekçeden, taksim konusunda, bazı tahditlerle müşterek hukuktaki taksim sisteminin muhafaza edilmek istendiği anlaşılmaktadır (62). İsviçre’li yazarların da katıldıkları görüşe göre, bu sistemde, taksimi isteme hakkı mahkeme vasıtasıyla kullanılan «yenilik doğuran hak» olarak kabul edilmektedir. Yenilik doğuran dava konusu olan hak teknik anlamda bir talep olamayacağına göre (63), eğer kanundaki terimlere tam bir sadakat gösterilirse, buradaki çelişmenin giderilmesi imkânsızlaşır. Şu duruma göre, kanunda kullanılan yanlış terimlere mutlak bir sadakatin gerekli olmadığı, hemen yakın bir misalde anlaşılmaktadır. Nasıl «taksim talebi» terimine rağmen, taksimi bir yenilik doğuran hak olarak kabul ediyorsak, aynı suretle «son verme talebi» ni de, bir yenilik doğuran hak olarak vasıflandırabiliriz.

III — Paylı hale son verme hakkının konusu

1) Yenilik doğuran hakların muayyen bir konuları olmadığı kabul edilmektedir (64). Bizce, bir hakkın konusu (objesi) dendiği zamana, o hak ile hak sahibine sağlanmış yetkinin (kudretin) tesir edeceği varlık anlaşılırsa, yenilik doğuran hakların da konuları olduğu söylenebilir. Bu anlamda yenilik doğuran hakkın konusu tesir ettiği hukukî münasebettir (65). Paylı hale son veren hakkın konusu da, bu hak kullanıldığı zaman değişikliğe uğrayacak müşahhas hukukî alan, yani müşterek mülkiyet münasebetidir.

2) Müşterek mülkiyet münasebeti bir şey üzerindeki bir tek mülkiyet hakkına birlikte sahip olma vakıasına dayanan, müstakil bir münasebettir. İsviçre - Türk hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, mülkiyet hakkının konusu «münferit eşya»dır (66). Eşya topluluğu, iktisadî bir maksadın gerçekleşmesine tahsis edilmek üzere bir araya getirilmek veya birleştirilmek suretiyle mey-

(62) ERL. III. s, 70 bkz.

(63) V. TUHR, § 3, II; NIPPERDEY/ENNECCERUS, § 222, 6; STAUDINGER/RIEZLER, § 194, N. II; FENKART, s. 116.

(64) ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 77, III; STAUDINGER/RIEZLER, Vorbem § 90, N 5.

(65) FENKART, s. 25 - Krş. ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 77, n. 11.

(66) ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 121, III, 1; HAAB. Einl. N. 37/39; LEEMANN, Einl. N. 9; MEIER - HAYOZ, Sy. T, N. 68, 77.

dana gelmiş olsa bile, bir tek mülkiyet hakkının konusu olmaz (67). Tabiat icabı bir bütünlük göstermeyen veya sunî olarak bir araya getirilmekle birlikte, hukukî bakımdan *res unitae* sayılmayan (68) mal topluluğunda, kaç tane münferit mülkiyet objesi varsa, o kadar mülkiyet hakkı vardır.

Bu durumda, böyle bir eşya topluluğu üzerinde mülkiyet haklarına sahip olan paydaşlar, topluluğu teşkil eden her parça için ayrı paylı halin giderilmesini isteyebilirler. Çünkü her bir münferit obje üzerinde ayrı bir müşterek mülkiyet münasebeti vardır ve paylı halin sona erdirilmesi hakkının konusu da bu müstakil münasebetlerdir.

Paydaşların ekonomik bakımdan bütünlük arzeden bu çeşit eşya üzerindeki ortaklığın ayrı ayrı giderilmesini isteyebilmeleri, bazı hallerde mahzurlu sonuçlar doğurabilir. Meselâ, bir çok ciltlerden mürekkep bir kitap külliyyatının (Ansiklopedi, sözlük) veya bir çok parçalardan meydana gelen bir oda takımının, bir yahut bir kaç parçası için bu yola başvurulması halinde durum böyledir. Bu gibi hallerde, paylı halin giderilmesi hakkının, ekonomik bir bütün teşkil eden eşyanın tamamı için kullanılması gerekeceği söylenmiştir (69). Kanaatimizce, böyle durumlarda prensipte bir değişiklik yapmaya lüzum yoktur. Hakkın ileri sürülmesi halinde, diğer paydaş bunu uygunsuz buluyorsa, kendisi harekete geçerek, topluluğu teşkil eden bütün objeler için paylı halin giderilmesini isteyebile-

(67) Yukardaki notta anılanlar ve ETTER, s. 53/54 - Bu çeşit eşya topluluklarının (*universitas rerum distantium*) bir tek borç ilişkisine konu olmalarına engel yoktur. Meselâ, bir kitaplıktaki bütün kitaplar satılırsa, alıcının alacak hakkının konusu «bütün kitaplar»dır. (Bkz. HAAB, Einl. N. 39; MEIER-HAYOZ, Syst. T. N. 78). Mal topluluğunun rehni problemi için, OFTINGER, 884, N. 26 vd. bkz. Mirasın paylaşılması bakımından bu çeşit eşya için MK. 592 ile özel bir hüküm konulmuştur. (Bu konuda, ETTER, s. 66 vd.)

(68) Ayrı ayrı şeylerin birleştirilmesi ile meydana kelip yeni bir «münferit eşya» sayılan «*res connexa*» veya «*universitas rerum cohaerentium*» ile eşya topluluğu anlamındaki «*universitas rerum distantium*» arasındaki fark, birincisinin yalnız ekonomik bakımdan değil, fizikî bakımdan da bir bütünlük (birlik) arzemesidir. ETTER, s. 53 bkz. (Yazarın ayrıca hukukî vasıf araması yanlıştır; çünkü, birleştirilmek suretiyle meydana gelen eşyanın, hukuken «*res unitae*» niteliğinde olup olmadığı, fizikî ve ekonomik vasıflarına bakılarak anlaşılacaktır.)

(69) V. SEELER, s. 87 - ayrıca bkz. STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. 1.

cektir. Paylı halin giderilmesi hakkını yalnız muhatap paydaş bakımından sınırlandırılmış olması ihtimalinde ise (70), bu durum bağılılığı sora erdiren bir muhik sebep sayılacaktır (71).

3) Bir tek mülkiyet hakkına bağlı müşterek mülkiyet ilişkisinin kısmen sonaermesi de, bir paydaşça istenemez (72). Ne muayyen paydaşlar bakımından, ne de hakkın muayyen bir kısmı için müşterek mülkiyet ilişkisinin bir parçasını bu şekilde çözmek mümkün değildir. Paylı hale son verme hakkı ancak ilişkin bütünü için kullanılabilir. Bunun aksine yapılan sözleşmeler de ilgilileri ancak şahsî olarak bağlar; böyle bir sözleşmeden doğan sonuçlar yerine getirilmezse, ancak bir tazminat talebi bahis konusu olabilir. Meselâ, bir kitap üzerindeki müşterek mülkiyet ilişkisinin payların yarısı bakımından sona ereceği, diğer yarıda paylı halin devam edeceği kararlaştırılmışsa, paydaşın yarım için kullanılan böyle bir hak ile meydana gelen sonucu kabul etmek mecburiyeti yoktur (73). Bir müşterek mülkiyet payı üzerinde, ayrı ve bağımsız bir müşterek mülkiyet ilişkisi düşünülemediğinden, payın kısmen devri halinde de, kısmî bir sona erme ihtimali ortaya çıkmaz; payı kısmen devralan kimse bütün müşterek mülkiyet ilişkisinde paydaş olur (74).

IV — Hak sahibi

1) Paylı halin giderilmesini isteme hakkı paydaşındır. Başkasına müstakil olarak devir (temlik) edilmesi ve haciz caiz olmayan

(70) MELER - HAYOZ, 650, N. 13 bkz.

(71) Eşya topluluğundaki yalnız bir parçanın bölüşülmesini isteyen paydaşın da, tamamının bölüşülmesini istemiyebileceği, bu bakımdan, bir parça için ileri sürülen hakka karşı bir itiraz imkânının tanınmasının uygun olacağı tarzındaki düşünceye (V. SEELER, s. 87) katılmıyoruz. Teknik esaslara uygun olan metindeki çözüm, bu düşünce ile istihdaf edilen gayeyi gerçekleştirmeye kâfidir.

(72) Bkz. PLANCK, § 749, 8.

(73) Fakat buna muvafakat edilebilir. Ancak bu muvafakatin bir anlam taşıması için, mülkiyet objesinin fiilen parçalanması ve üzerinde müşterek mülkiyet devam edecek kısım ile paylaşılacak parçanın ayrılması gerekir. İlgililer birarada hareket ederek bu fiilî durumu gerçekleştirmedikçe, müşterek mülkiyetin kısmen sona erdiğini kabul etmek anlamsızdır. PLANCK, § 749,8'deki mülâhaza, bu durum kastediliyorsa, doğru sayılır.

(74) Pay üzerinde iştirak hali için, aşağıda IV, 5. bkz

bu hakkı paydaş bizzat kullanabileceği gibi temsilci vasıtasıyla de kullanabilir.

Bu hakkın kullanılması için hukukî fiil ehliyeti (Medenî hakları kullanma ehliyeti) gereklidir. (MK. 10). Hakkın kullanılmasıyla meydana gelen değişiklik, diğer paydaşlara da taksim hakkı vereceğinden, mümeyyiz küçük veya mahçur bu hakkı yalnız başına kullanamaz. Yani, MK. 16/II bu hakkın kullanılmasına uygulanmaz.

Kanunî temsilci, küçük veya mahçur adına bu hakkı yalnız başına kullanır; vesayet dairelerinin izni gerekli değildir. Kanunî temsilci ile küçük veya müşterek mâlik iseler, temsilci küçük veya mahçur adına bu hakkı kullanamaz. Bu takdirde küçük veya mahçura bir kayyum tayin edilmek gerekecektir (MK. 376/2).

2) Yenilik doğuran hak mahiyetinde olduğunu kabul ettiğimiz paylı hale son veren hakkın kullanılması aynı zamanda bir tasarruf muamelesidir (75). Bunun için hakkı kullananın bu konuda tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Genel olarak yalnız paydaş bu hak üzerinde tasarrufa yetkilidir. Paydaşın bu yetkisi bir hukukî muamele ile sınırlanabilir. Böyle bir tahdit yalnız bir borç doğurmayacaktır; kanun tarafından açıkça tasvip edildiği için (MK. 627), bu hukukî muamele bizzat tasarruf hürriyetini kayıtlı olacaktır (76).

Kanundan doğan tahditlerde de durum böyledir. Bu hallerde de tasarruf yetkisi sürekli veya geçici olarak kayıtlanmaktadır.

Pay üzerinde kurulmuş mahdut aynî hakların paylı halin giderilmesi hakkına tesiri olup olmadığı önemli bir problemdir.

(75) Bu hak kullanıldığı zaman yalnız borç münasebetinde (V. TUHR. §, 25, I bkz.) değil, bizzat hakkın kendisinde tasarruf edilmiş olur. Tasarruf'u bir hakkı kaybettiren ve değiştiren hukukî işlem olarak kabul edersek, (ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 143, II bkz.) alacak haklarından farklı olarak, yenilik doğuran hakkın ileri sürülmesi (kullanılması) aynı zamanda bir tasarruf sayılacaktır.

(76) Tasarruf yasağı kuran anlaşmaların münhasıran şahsî tesirli olması prensibi (BGB. § 137 bkz.) kanunda aksine hüküm olmadıkça yürüyen bir kaidedir. Aksine hüküm olursa, tasarruf yetkisinin bizzat kendisinin ortadan kalkabileceği kendiliğinden anlaşılabilir bir husustur. (Bkz. STAUDINGER/RIEZLER, § 137, N. 11). MK. 627. maddenin birinci cümlesinde, isabetsiz şekilde, mükellefiyet dendiği halde, ikinci cümlede, doğru şekil olan, taksim hakkının «bertaraf» edilmesinden bahsedilmiştir. ZGB. 650'de her iki cümlede de, uygun olan «Ausschluss» terimi kullanılmıştır.

BGB. § 1258'e göre menkullerde (77) pay üzerinde bir rehin hakkı varsa, paydaş paylı halin giderilmesini ancak rehin hakkı sahibi ile birlikte isteyebilir. Aynı kaide pay üzerinde intifa hakkı kurulmuş bulunması halinde menkul ve gayrimenkullere şamil olmak üzere kabul edilmiştir. (BGB. § 1066, II). Medenî kanunda bunlara benzer hükümler yoktur. Bundan, pay, rehin hakkıyla veya intifa hakkıyla kayıtlanmış olsa (78) da, paydaşın paylı halin giderilmesi hakkını yalnız başına kullanabileceği sonucu çıkarılabilir.

Bu çözümün isabetli olup olmadığı tartışma götürür. Paydaşlar arasında özel bir taksim sözleşmesi yapılmışsa, bu hak kullanılmak suretiyle intifa ve rehin hakkı sahibinin menfaatleri bizzat borçlu tarafından tehlikeye düşürülebilecektir. Çünkü intifa ve rehinin, paylaşma sonucunda neyin üzerinde devam edeceği, bazı hallerde bu sözleşmenin hükümlerine göre belli olacaktır. Böyle bir sözleşmeden aleyhine hasıl olabilecek durum karşısında, rehinli alacaklının veya intifa hakkı sahibinin ayrıca korunması gerekip gerekmediği sorulabilecektir. Kanun bu meseleyi ayrı bir çözüme bağlamamıştır. Şu halde, paylaşma safhasında hak sahibi ancak genel hükümlere müracaat ederek menfaatlerini koruyabilecektir. Burada işaretle intifa edeceğimiz nokta paylı halin giderilmesi hakkı bakımından, bu hak sahiplerine MK. ile bir müdahale yetkisinin tanınmamış olduğudur. Paydaş bu hakkı kullanırken, rehinli alacak veya intifa hakkı sahibi ile birlikte harekete mecbur değildir. Bu hakkı her zaman (79) yalnız başına kullanabilecektir.

3) Paylı halin giderme hakkının paydaştan başkasına da tanındığı istisnaî haller olabilir. Bizim hukukumuzda 6735 sayılı İmar Kanununun 46. maddesi ile Belediyelere tanınmış hak bunlardan-

(77) Gayrimenkullerde bu kaide uygulanmaz. (V. SEELER, s. 80/81 bkz.)

(78) Payın üzerinde kurulabilecek mahdut aynı haklardan yalnız MK. 772, I'de, gayrimenkul rehni dolayısıyla ayrıca bahsedilmektedir. MK. 623, III'de de sadece payın «temlik, terhin ve haczi» zikredilmiştir. Bununla beraber, konusu menkul olsun gayrimenkul olsun, müşterek mülkiyet payının, mahiyetine uygun düşecek her çeşit aynı hakla takyid edilebileceği yine MK. 623, III'den çıkarılabilir. MEIER - HAYOZ, 646, N. 41 (BGB. § 1066, 1095, 1106, 1114, 1253 bkz.).

(79) Rehnin paraya çevrilmesi safhasında da bu hakkın kullanılmasına mâni olacak bir hüküm yoktur. Haciz halinde yine bu hak kullanılarak, özellikle paraya çevirme safhasında, alacaklı aleyhine bir durum yaratılabilir. İİK. 86, 91 maddeler buna engel değildir.

dır. Maddeye göre imar plânı uygulamasında 41. ve sonraki maddeler gereğince birleştirilen ve «şuyulandırılan» gayrimenkuller üzerindeki paylı halin giderilmesi paydaşlarca gerçekleştirilemediği takdirde, bu hak belediyelerce kullanılabilir. Maddenin ifadesine göre, bu hak bir dava yoluyla kullanılacaktır. Aşağıda izah edildiği gibi, paylı halin giderilmesi hakkı dava ilişkisi dışında kullanılabilen ve sonuçları bu şekilde kullanma ile kendiliğinden doğan bir haktır. Bu bakımdan mezkûr hükmü, paylı halin giderilmesi bakımından bir tesbit davası açılabileceği ve ilgililer kanunda öngörülen paylaşma tarzının gereklerini yerine getirmezlerse, bunun da ayrıca belediyelerce dava yolu ile istenebileceği anlamında kabul etmek gerekir.

Pay üzerinde kurulmuş rehin hakkının hak sahibine yalnız başına paylı halin giderilmesi yetkisi sağlayıp sağlamadığı konusunda mevzuatımızda hüküm yoktur. Alman hukukunda menkul rehni ile alacağını teminata bağlamış olan alacaklı, rehnin satılmasını isteyebileceği ândan itibaren, bu hakka sahiptir. (BGB § 1258). Bu hakkı borçlusu ile birlikte değil, yalnız başına kullanabilir. Payın haczi veya iflâs hallerinde de alacaklı veya iflâs idaresinin böyle bir hakkı vardır (80).

Özellikle menkûl eşya üzerindeki müşterek mülkiyet payı bakımından bir düzen yerindedir. Alacaklının cebri icra yoluyla alacağını tam olarak elde edebilmesi bazı hallerde payın tam değeri ile paraya çevrilmesini gerekli kılabilir. Payın müstakil bir hak olarak satış değeri ile, bütün müşterek mülkiyet objesinin paraya çevrilmesinden paya düşecek bedel arasında büyük bir fark olması ihtimali çoktur (81). Meselâ, bir otomobilin yarı payının satışı ile, bütününün satılıp semenin ikiye bölünmesi halinde paydaşa düşecek para arasında daima bir fark olacağı kesinlikle söylenebilir. Gayrimenkullerde ise, payın cebri icra vasıtasıyla satışı halinde şuf'a hakkının kullanılabilmesi kabul edilirse, (82) böyle bir

(80) STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. 1 - Bu hakkın kullanılmayacağı borçlu ile diğer paydaşlar arasında kararlaştırılmış olsa bile, cüzî halefe de etkili olan bu anlaşma alacaklıyı bağlamaz. (BGB. § 751, 1258 bkz.)

(81) V. SEELER, s. 79 bkz.

(82) İsviçrede payın cebri icra yoluyla satışı halinde de diğer paydaşlar arttırmada hazır bulunarak, teklif edilen en yüksek bedelle ve arttırma şartnamesine göre satılan payı şufa haklarını kullanarak iktisabedebilirler. Ancak, bu halde, en yüksek bedel elde edilince hazır bulunan paydaşın hakkını derhal kullanması gerekir; aksi halde şufa hakkı o satış

fark kaçınılmaz şekilde ortaya çıkacaktır. Gerçi, alacaklının kredi verirken bu hususu gözönüne alması ve krediyi buna göre ayarlaması gerektiği söylenebilir. Ancak, bu hak borçlu tarafından herhalde kullanılabileceğine göre, alacaklının, borçlusunun isteğine göre, iyi veya kötü durumda bulunmasını önlemek, yani meseleyi borçlunun spekülasyon yapamayacağı sabit ve müstekâr bir kaideye bağlamak daha doğrudur. Kaldı ki, paylı halin giderilmesi yoluyla satılması - lehte değer farkı olacaksa - borçlunun da aleyhine değildir. Bilâkis, o da bu satıştan istifade edebilecektir (83). Bu duruma göre rehin, haciz ve iflâs hallerinde, pay üzerinde hak sahibi olan kimselere (alacaklı, iflâs daircesi) belli bir safhadan sonra paylı halin giderilmesi hakkının tanınmasında isabet olacağı sorucuna varılabilir.

İsviçre hukukunda bu problem, gayrimenkuller bakımından Federal Mahkemece çıkarılan «Gayrimenkullerin Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi» hakkındaki tüzükle çözülmüştür. 1920'de çıkarılan bu tüzüğün 73. maddesine göre, müşterek mülkiyet payının haciz ve rehin sebebiyle paraya çevrilmesinde, cebri icra konusu olan payın bağlı olduğu şeyin bütünü üzerinde bir rehin hakkı olup olmadığına bakılacaktır.

Eğer şey'in tamamı üzerinde ayrıca bir rehin hakkı yoksa yalnız paya taâllük eden haciz veya rehne dayanan cebri icra, bunun müstakil olarak satılması suretiyle bitirilecektir. Bu durumda diğer paydaşlara icranın tesiri olmayacaktır.

Buna karşılık, payın bağlı olduğu mülkiyet konusu şey'in tamamı üzerinde paydan ayrı olarak bir rehin tesis edilmiş bulunuyorsa, pay hakkında cebri icra (hacizden veya rehinden dolayı olabilir) yalnız payın satılması şeklinde bitirilmeyecektir. Bu durumda icra memuru icra tetkik merciine başvurarak, onun talimatı ile paydaşlarla alacaklılar arasında bir tasfiye şekli anlaşması yapılması yolunu arayacaktır. Mezkûr maddede öngörülen tasfiye şekillerinden hiçbiri üzerinde anlaşma hasıl olmazsa, mercî, müşterek

bakımından düşer (Bkz. «Gayrimenkullerin Cebri Satışı hakkında Federal Mahkeme Tüzüğü» md. 73; Bu tüzüğün yürürlüğü hakkında çıkarılmış Fed. Mahk. İc. İf. Dairesi klavuzu, md. 32-33; HAAB, 646, N. 16; MEIER - HAYOZ, 646, N. 55) Bizde ise Yargıtayın 4/5/1940 tarih ve 57/17 sayılı içt. bir. Kararı ile İİK. a göre yapılan cebri satışlarda şufa hakkının cereyan etmiyeceği kabul edilmiştir. Bu konuda aşağıda n. 88'a bkz.

(83) V. SEELER, s. 80.

şeyin tamamının satışı - yani müşterek mülkiyet ilişkisinin kaldırılması - için yetki verecektir(84).

Menkullere gelince; bunlara dair sarıh bir hüküm yoktur. Bunlar hakkında kaide olarak münferit icranın cereyan edeceği, yani payın bağımsız olarak satışa çıkarılacağı kabul edilir (85). Ancak, payın bu şekilde arttırmaya çıkarılması kabil değilse veya sonuçsuz olacaksa, icra memuru, İcra İflâs Kanununun 132 (bizdeki 121. md. karşılık olan hüküm) maddesi mucibince tetkik merciine başvurarak paraya çevirme şeklini soracaktır. Mercî, bu istek üzerine, gerekli gördüğü takdirde, paylı halin tamamen giderilmesini sağlamakla görevli bir idareci tayin edebilecektir. Bu görevlinin ZGB 651. maddeye dayanarak taksim davası açmak yetkisi de olacaktır (86).

Menkul ve gayrimenkuller hakkındaki bu esaslar iflâs halinde de uygulanır (87).

Türk hukukunda ise, payı rehnalan veya haczedilen alacaklıya veya iflâs idaresine paylı halin giderilmesi yetkisini veren hi. bir hükme rastlanmamaktadır. Tatbikatta da pay üzerindeki cebri icra, münhasıran payın müstakil olarak paraya çevrilmesi şeklinde anlaşılmaktadır.

Yukarda işaret edildiği gibi, bu yetkinin sağlanmamış olması, bir çok hallerde alacaklının menfaatlerini ciddi şekilde ihlâl etmektedir. Yargıtay bu mahzuru görmüş ve bunun çaresini gayrimenkûl payının cebri satışında kanunî şufa hakkının cereyan etmiyeceğini hükme bağlamakta aramıştır (88).

(84) Bu konuda tafsilât için, HAAB, 646, N. 16-23; MEIER - HAYOZ, 646, N. 53 - 63; JAEGER/DAENIKER, Schuldbetreihungs - und Konkurs Praxis, 1947, II, s. 241 vd.

(85) LEEMANN, 650, N. 4 ve JAEGER/DAENIKER, I, Art. 132'e; OFTINGER, 884, N. 52 bkz.

(86) Yukardaki notta anılan yerlere bkz. Sch. K.G. 132 (İİK. 121) bu çözüme elverişli sayılmaktadır. Yargıtay ise, bir kararında bu çözümü açıkça reddetmiştir. (Aşağıda n. 90).

(87) MEIER, HAYOZ, 646, N. 46, 63 bkz. - LEEMANN'a göre (650, N. 4) İflâs idaresi müflis yerine geçeceğinden, paylı halin giderilmesini doğrudan doğruya isteyebilir.

(88) İçt. Bir. K., 4.5.1940 - 57/17. Bu karar doktrinde tavib edilmiştir. (Bkz. FEYZİOĞLU, s. 250 vd. ile orada anılanlar). İsviçrede cebri satışlarda akdî şufa hakkının cereyan etmiyeceği yolundaki fikre (HAAB, 681/682, N. 32; BGE 44, II 365; FEYZİOĞLU, s. 250 II. 433'de anılan

Halbuki, özellikle menkul eşyada, payın paydaş için ifade ettiği gerçek mamelek değeri ile satış değeri arasında daima bir fark olacak ve bu fark hem alacaklıyı hem de borçluyu zarara uğratacaktır. Bundan kaçınmak için alacaklıya - ve iflâs idaresine - paylı halin giderilmesini istemek hakkının verilmesi, isabetli bir çözüm olacaktır (89).

5) Pay üzerinde iştirak halinde hak sahipliği varsa, bu hak iştirakçilerin hepsinin katılmasıyla kullanılabilir. İştirakçilerin biri veya birkaçı tarafından kullanılan hak, ancak bunların diğerlerini temsil etmeleri halinde sonuç doğurabilir. Böyle bir durum yoksa tasarruf yetkisi bulunmaması sebebiyle paylı halin giderilmesine müteveccih irade beyanı, kaide olarak, tesirsiz kalır. Bununla beraber iştirakçilerden biri tarafından yapılmış böyle bir beyan, pay üzerindeki iştirakin sonradan müşterek mülkiyete çevrilmesi ile muteberlik kazanabileceği düşünülebilir. Yargıtay bir kararında (90) şufa hakkı bakımından bunu kabul etmiş, iştirakçilerden biri tarafından açılan şufa davasında, pay üzerindeki iştirak halinin sonradan müşterek mülkiyete çevrilmesi durumunda, davaya devam edebileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce bu görüş desteklenebilir ve paylı halin giderilmesi konusunda da tatbik edilebilir. Burada bahis konusu olan husus, tasarruf yetkisinin, tasarruf muamelesinden sonra kazanılması durumudur. Kanunî bir mâni olmadıkça buna düzelme (Konvezens) prensibi tatbik edilebilir (92).

SCHMID, VAUCHER) karşılık, gayrimenkullerin cebren paraya çevrilmesi hakkındaki Fed. Mah. Tüzüğü bu hakkı, arttırma sonunda hemen kullanılmak kaydı ile, kanunî şufa bakımından saklı tutmaktadır. (HAAB, 681/682 n. 54) MK. nun hazırlık safhasında bu hakkın iflâs, haciz ve rehin hallerinde kullanılmıyacağı yolunda yapılan bir teklif reddedilmiştir. (LEEMANN, 681, N. 20).

(89) Yargıtay 3 HD, 10/7/1948, 9372/7695 kararında, (DOĞRUEK/GÜLERYÜZLÜ/AYAN, İİK., Ank. 1954 s. 232), mahalli mahkemenin İİK. nun 121. maddesini uygulayarak, payı haczedene alacaklıya paylı halin giderilmesi yetkisini veren kararını, bu hükmün iştirak halinde mülkiyet'e münhasır olduğu gerekçesiyle, bozmuştur. VELİDEDEOĞLU/ESMER (s. 202) bunu mümkün saymakta, ancak İİK, 94. md. den istifade edileceği fikrini ileri sürmektedirler. Yazarların zikrettikleri (2HD. 1.6.1948, 1977/3377) karar sarîh değildir. Bizce, bu konuda Sch. KG. 132 ile aynı hükmü taşıyan İİK. 121'den faydalanılması mümkündür.

(90) 6HD. 10.7.1956, 5290/4735 (OLGAÇ/KARAHASAN, gayrimenkullerin akit esasına dayanan iktisap ve tescilleri, §. 371).

(91) V. TUHR, § 28, IV, 2; ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 204, 2 bkz.

Paylı halin giderilmesi yolunda beyan olunmuş irade ile pay üzerindeki iştirak halinin müşterek mülkiyete çevrilmesi sırasında, zaman bakımından çok az ve uygun bir fasıla varsa, iştirakçinin iradesinin hüküm ifade edeceği kabul edilmelidir. Bu çözümün başlıca faydası, şufa misalinde olduğu gibi, açılmış izaleî şuyu davasının reddedilmeyip devam edebilmesinde görülür.

V — Muhatap

1) Yenilik doğuran haklarda hukukî değişiklik sadece hak sahibinin iradesiyle meydana geleceğinden, bu haklarda hak sahibine karşı bir «mükellef süje»den bahsedilmesi doğru değildir. Hatta, aynı haklarda olduğu gibi burada genel bir mükellefiyet de yoktur. Buna mukabil, yenilik doğuran haklar kullanıldığı zaman bu, yalnız hak sahibinin değil, başkasının hukuk alanına da tesir eder (92). Binaanaleyh, yenilik doğuran haklarda «karşı taraf»tan veya «muhatap»tan bahsedilmesi yanlış olmaz (93). Muhatapın durumu hukukî değişikliği meydana getiren muameleye katılma şeklinde değil, meydana gelen sonuca katlanma şeklinde düşünülür. Bu pasif duruma rağmen, yenilik doğuran hakkın muhatapının tesbiti birçok bakımlardan önemlidir. Yenilik doğuran hakkın kullanılması, çok defa muhataba tevcih edilecek bir irade beyanı ile mümkündür. Bir hakkın kullanılma şartlarına itiraz ediliyorsa, bu hususun dava ile tespitinde davalı mevkiinde olacak şahıs yine bu muhataptır. Yenilik doğuran hak üzerinde yapılan anlaşmaların hüküm doğurması da bunların gerçek muhatapla yapılmış olmasına bağlıdır.

2) Paylı halin giderilmesi hakkının muhatapı diğer paydaş veya paydaşlardır. Hak bunlara karşı kullanılmalıdır. Aksi halde beyan olunan irade hukukî sonucu, yani paylı halin çözülmesi durumunu, meydana getirmez.

Paylı halin giderilmesini sağlayan hakkın muhatapı bakımın-

(92) Başkasının hukuk alanına tesiri olmayan yenilik doğuran haklar da vardır. Meselâ, işgal hakkı, mâlikin kendi gayrimenkulleri arasında irtifak hakkı kurması (MK. 706), bir derneğin kendi kendini feshetmesi (MK. 69). FENKART, s. 40, n. 2 bkz.

(93) FENKART, s. 41/42.

(94) MEIER - HAYOZ, 650 N. 2; HAAB, 650/651, N. 1 - Müşterek hukuktan gelen bu kaide (CROME, II, § 287, n. 4), paylı halin giderilmesi yetkisini bir «talep» olarak kabul eden Alman Hukukunda da câridir. (STAUDINGER/VOGEL, § 749, N. I'e; PLANCK, § 749, 1 c).

dan belirtilmesi gereken özellikler şunlardır: Herşeyden önce bu hak bütün müşterek mâliklere karşı kullanılmak gerekir (94). Bir çok paydaştan birine veya birkaçına karşı hakkın kullanılması hukukî sonuç doğurmaz. Bu esas müşterek mülkiyet ilişkisinin obje bakımından kısmen sona ermesinin mümkün bulunmaması kaidesini tamamlamaktadır. Burada da müşterek mülkiyet ilişkisinin yalnız bir kısım paydaşlar bakımından çözülmüş olacağını kabul etmek anlamsız bir sonuç olacaktır (95).

Hak, ancak medenî hakları kullanma ehliyetine sahip bulunan muhataba karşı kullanıldığı zaman hüküm doğurur (96). Muhatap tam ehliyetli değilse beyanın kanunî temsilciye yapılması gerekir. (97). Pay üzerinde iştirak hali varsa, muhatap iştirakçilerin biri veya bir kaç değil, hepsidir. Yalnız birine yapılan beyan, özel bir sebep yoksa, hüküm doğurmaz. Muhatabın, bu hakkın kullanılışı bakımından, yetkisi hukukî muameleye dayanan temsilci kullanmasına engel yoktur.

3) Bir paydaşı müşterek mülkiyet ilişkisinin dışında bırakmak üzere diğer bütün paydaşlar birleşerek harekete geçerse, paylı halin sona ermesi bakımından, durumda bir değişiklik olduğu söylenemez. Burada da paylı durum bütün paydaşlar bakımından sona erecek, bir paydaşa karşı birleşmiş olan diğerleri, ancak paylaşmadan sonra ortak maksatlarına ulaşabileceklerdir. Fakat bu sonucun herhalde gerçekleşmesi beklenemez; aynen taksim veya açık artırma ile satış hallerinde birlikte hareket eden ortakların gayelerine ulaşamamaları ihtimali vardır.

VI — Hakkın kullanılması

1) Paylı hale son verilmesine müteallik hak, yenilik doğuran hakların çoğunda olduğu gibi, muhataba varması gereken irade beyanı ile kullanılır. Hukukî durumdaki değişiklik iradesi (Gestaltungswille, Geschäftswille)'nin muhataba bildirmek niyetiyle (Erklärungswille) açıklaması ve kaide olarak yönetilmesi gerekir (98). Muamele isteğinin haricileşmesi beyan niyetine değil de başka vakıalara dayanıyorsa, yöneltmeden bahsedilemez.

(95) MEIER - HAYOZ, 650, N. 2 bkz. - Ayrıca V. TUHR, § 89, VII.

(96) EGGER, Giriş, 18, N. 2; 19, N. 7, 17; V. TUHR, § 27, III; BGB § 131 - krş. OĞUZMAN, Hizmet akdinin feshi, s. 130, n. 7.

(97) V. TUHR, § 27, III; BGB § 131, 1.

(98) Kavramlar için bkz. V. TUHR, § 21; SCHWARZ, Borçlar H., § 22.

«İrade icraatı» veya «irade emare ve karineleri» denilen (99) durumlarda açıklanan irade muhatabın bilgisine ulaşmış bulunuyorsa istenen sonucun meydana gelip gelmiyeceği sorulabilir. Kanaatimizce, paylı halin giderilmesi bakımından bu çeşit vakıa ve karinelerden muamele iradesinin varlığı kesinlikle çıkarılabiliyorsa, muhatap hakkın kullanılmış olduğunu kabul edebilmelidir. (100). Meselâ, diğer bütün paydaşlara yöneltilmiş ve geri alınmamış irade açıklaması varsa kendisine karşı henüz böyle bir beyan yapılmamış olan paydaş, müşahhas durum bakımından başka bir engel yoksa, buna dayanabilmelidir. Bununla beraber işaretle edelim ki, bu durum çok istisnaîdir. Esas olarak hakkın kullanılması, muhataba yöneltilicek bir beyanı ekseriya gerekli kılacaktır.

Hakkın kullanılması için yapılacak beyan bir şekle tâbi değildir. Beyan için mutad olan vasıtalarından herhangi biri kullanılabilir. Bu hususlar genel hükümlerden çıkar. Yalnız, beyandan muamele iradesinin varlığı kesin şekilde, vuzuhla anlaşılmalıdır (101). Bu kesinlik yoksa beyan hüküm doğurmaz (102). Meselâ birden çok müşterek mülkiyet ilişiginden hangisi için bu hakkın kullanılmış olduğu anlaşılamiyorsa, durum böyledir (103).

Bütün yenilik doğuran beyanlar gibi, bu hak da bir şarta başlanarak kullanılmaz (104). Muhataba güven verecek, sağlam bir hukukî durum yaratılması lüzumu burada da rol oynar. Meselâ, paylaşma konusunda muayyen bir teklifin kabulü şartına bağlanmış beyan hüküm doğurmaz; yani paylı halin son kulmasını sağla-

(99) Dai anlamda «Facta councudentia», «İndicia voluntatis» veya «Willensbetätungen» (yukardaki notta anılanlara bkz.)

100) Krş. OĞUZMAN, Hizmet aktinin feshi, s. 119 - Bütün yenilik doğuran haklar için yöneltme zarureti olduğu yolunda bir kaide yoktur (Bkz. FENKART, s. 65). Kanun, bizzat, «kabul» hakkında bunu reddetmektedir (BK. 6). Bir çok hallerde önemli olan muamele iradesinin muhataba varmasıdır. Bunun için yöneltilecek iradeden değil, varması gereken veya alınması gerekli (empfangsbedürftig) iradeden bahsolunur. (Yöneltme fiilen çok defa varmanın bir önşartı olacak ve aranacaktır) Bkz. STAUDINGER/RIEZLER, Einl. § 116 - 144, N. 17; ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 153, II, 3.

(101) V. TUHR, § 20, 4; FENKART, s. 82 vd.

(102) FENKART, s. 84.

(103) Muhatabın, aslında vâzih olmayan beyana, beyan sahibinin isteğine uygun olan doğru anlamı vermesi halinde muamelenin yapılmış sayılıp sayılmayacağı ihtilâflıdır. (FENKART s. 84 bkz.) Bu soruya, dürüstlük kaidesi mucibince, müsbet cevap verilmelidir.

(104) V. TUHR, § 20, III, 3, § 84, V; FENKART, s. 86 vd.

maz. Gaye muhatabın korunması olduğu halde onun aleyhinde olmayan şartlar bakımından bu kaideye bazı hallerde itibar etmemek ve bu neviden şartla yapılan beyanları muteber kılmak yine caiz değildir (105). Çünkü, bu hallerde de ortaya çıkabilecek yorum meseleleri, hukukî durumda aranan kesinlik ve emniyet esaslarını zedeleyebilecektir. Beyanın hüküm doğurmasını ileri ki bir tarihe bırakmak mümkün sayılabilir. Ancak, bu halde de beyanın muhataba varışından sonra hak sahibinin beyanı üzerinde yeniden tasarrufta bulunmak yetkisini muhafaza etmesi, meselâ geri alma hakkını saklı tutması, mümkün değildir. Böyle bir kayıtla yapılan beyan hüküm doğurmaz.

2) Hakkın kullanılmasına müteallik irade beyanı hangi anda hüküm ifade edecektir? Başka bir deyişle, paylı hal ne zaman son bulmuş, mevcut müşterek mülkiyet ilişkisi çözülmüş sayılacaktır?

Doktrinde hâkim olan fikre göre (106), muhataba varması gereken irade beyanları varma ile tamamlanırlar ve bu anda istihdaf edilen hukukî sonucu meydana getirmiş olurlar. Hazır bulunmayan kimseler arasındaki hukukî muameleler için ileri sürülen çeşitli teoriler arasında en elverişlisi olan bu görüş, yenilik doğuran hak olarak kabul ettiğimiz paylı halin giderilmesi hakkının kullanılmasına da uygundur. Paydaşın bu hakkı kullandığını beyan etmesi halinde, bu beyan diğer paydaşlara eriştiği anda müşterek mülkiyet ilişkisi son bulur ve müşterek hak konusu üzerinde paylaşma muamelesine başlanabilir.

Muhatap paydaşlar birden çoksa, bunların herbiri hakkında kendisine erişen beyana itibar edilir. Fakat beyanın varışı bakımından aralarında zaman farkları varsa, bunlardan en sonuncusu bütün ilişkinin çözülmesi bakımından önemli olacaktır. Beyanın varışı ile sonuç kendiliğinden meydana geleceğinden, artık beyanın geri alınması (107), bahis konusu olamaz. Tek taraflı hukukî mu-

(105) Krş. FENKART 87/88; OĞUZMAN, Hizmet aktinin feshi, s. 128.

(106) V. TUHR, § 22, II, 2; SCHWARZ, Medenî hukuka giriş § 25; BİRSEN, Borçlar H., s. 79; VELİDEDEOĞLU Um. Es. § 44, II, 2 - BGB. § 130'da açıkça kabul edilmiştir. BK. md. 5 bkz. - Krş. OĞUZMAN, Hizmet aktinin feshi s. 130.

(107) Beyanın geri alınmasına, Alman hukuku dilinde «Widerruf» denmektedir. Bu terim, esas itibariyle, bir irade beyanının hukukî sonuç doğurmasını ve beyan sahibini bağlamasını önleyen sonraki beyanlar için kullanılır. Metindeki anlam da budur. Fakat, bazı hallerde, sözleşme ile kurulmuş bir hukukî münasebetin makale şâmil olarak bozulması anla-

amelelerde hukukî sonucu doğuran bir tek irade olduğu halde, sonuç bir kere meydana geldikten sonra, bunu yine bir taraflı olarak değiştiremez (108). Bu bakımdan tamamlanmış bir beyan, kaide olarak, geri alınamaz. Fakat bu durumdan BK. 9 md. de düzenlenen geri almayı ayırmak gerekir. Bütün varması gerekli beyanlar bu meydana yenilik doğuran haklara uygulanacak olan bu hüküm, (109), beyan sahibine muayyen bir ana kadar beyanını tesirsiz bırakma imkânı vermektedir. Bu hükmü paylı hale son veren beyan bakımından daa uygulamaya bir engel yoktur.

Eğer beyanda bulunan paydaş kendisine tanınacak bu imkânı da kullanmamışsa, paylı halin sona ermesi beyanı varma ile hüküm doğuracak ve müşterek mülkiyet ilişkisi çözülmüş olacaktır.

Beyanın, irade fesadı sebebiyle iptali (BK. 23 vd) mümkündür.

§ 3. PAYLI HALE SON VEREN BAŞKA SEBEPLER

I — Fesih sözleşmesi

1) Borç münasebetlerini bir bütün olarak ortadan kaldıran sebeplerin biri ilgililerin anlaşarak bu sonucu meydana getirmeleridir. Bu anlaşmaya «fesih (iptal) sözleşmesi» veya «son verme sözleşmesi» denilebilir (Aufhebungsvertrag).

«Fesih sözleşmesi» münferit alacağı düşüren «ibra» ya - daha doğrusu «ibra sözleşmesine - benzer. İlgililer, fesih sözleşmesiyle bütün borç münasebetini ya istikbale muzaf olarak yahut hiç meydana gelmemiş hükmünde olmak üzere (110), ortak iradeleriyle çözerler.

Böyle bir sözleşmenin kanundan doğan bir borç münasebeti için de yapılmasına bir engel yoktur. Bu ilişkilerin, mahiyetlerine uygun düştüğü nisbette, borçlar hukuku kaidelerine tabi olacakları tabiidir.

mında («dönme - Rücktritt» karşılığı) da kullanılmaktadır. (BBG § 531; OR. 249). Bazen de, «fesih ihbarı (Kündigung)» anlamında kullanıldığı görülmektedir (BGB. § 671; OR. 404). Bkz. GIERKE II, § 184, n. 94; PLANCK, § 671, 3a; ENNECCERUS/LEHMANN § 38, I; V. TUHR, § 1, n. 5.

(108) Hattâ, sonuç meydana geldikten sonra, muhatabın muvafakati de «geri alma» ya yetmez. Bu durumda iptal ancak contrarius consensus'la mümkündür. Bkz. FENKART, s. 93.

(109) V. TUHR, § 22, IV n. 38.

(110) ENNECCERUS/LEHMANN, § 74, I; 3.

Paylı mülkiyet dolayısıyla, paydaşlar arasında teessüs eden borç münasebeti - yani müşterek mülkiyet - için böyle bir sözleşme yapıldığı takdirde, bunun anlamı şudur: İlgililer arasında müşterek mülkiyetten doğan bağlılık, kaide olarak sözleşmenin yapıldığı anda sona ermiştir. Bu sonuç «fesih sözleşmesi»nin, ibrada olduğu gibi, bir «tasarruf muamelesi» olmasından (111) ileri gelmektedir.

2) Hukukî değişiklik, yani müşterek mülkiyet münasebetinin çözülmesi, bir taraflı irade ile gerçekleşebildiğine göre, aynı sonucu sağlayacak böyle bir sözleşmeden ayrıca bahsedilmesi gereksiz görülebilir. Gerçekten, birçok hallerde böyle bir sözleşme yapılmasının hiçbir pratik anlamı olmayacaktır. Fakat, bazı istisnai durumlarda müşterek mülkiyet münasebetini çözen böyle bir anlaşmanın pratik önem kazandığı da görülür.

a — Herşeyden önce, paylı halin devamı hususunda bir anlaşma yapılmışsa ve bu anlaşma bütün paydaşları bağlamakta ise, ilgililerin fesih sözleşmesiyle bunun hükmünü kaldırmaları mümkün olur. Paylı halin çözülmesi hakkındaki sözleşme, doğrudan doğruya borç münasebetine tesirli olduğundan, bununla hem paylı halin devamı anlaşması hükümden düşer, hem de paylı hal - sözleşmenin yapıldığı anda - çözülmüş olur.

b — Aynı durum ilgilileri paylı halin devamına zorlayan kanunî tahditlerde de vardır. Paydaşlar paylı halin sona ermesi hakkından kanun icabı mahrum olsalar bile anlaşarak müşterek mülkiyet ilişkisini ortadan kaldırabilirler (112).

c — Anlaşmanın, «uygun olmayan bir zamanda talep» (MK. 627 sonc.) itirazını da tesirsiz bırakacağı söylenebilir. Uygun olmayan zamanda müşterek mülkiyetin sona ermesi istenmişse, taksimin tâliki değil, bizzat paylı halin giderilmesi hakkının - kullanılma şartları gerçekleşmedğinden - reddi bahis konusu olur. Fakat, ilgililerin anlaşarak paylı hale son vermişlerse, artık böyle bir itiraz dinlenmiyecektir.

3) Paylı hale son veren sözleşme, taksim özleşmesi ile birlikte

(111) Bununla müşterek mülkiyetten doğan borç münasebetine bağlı bütün haklar üzerinde «tasarruf» edilmiş olur.

(112) Ortak duvarlar için, FRÖLİCHER, s. 89, 90 bkz. - Kat mülkiyeti Kanununun 7. maddesindeki yasak için de aynı esas yürüyecektir.

yapılabileceği gibi, müstakil olarak da yapılabilir. Sözleşmenin müstakil olarak yapılmasının, yukarda zikredilen hallerde, pratik önemi vardır. Bundan başka, paydaşlar arasında esasen bir taksim anlaşması yapılmış bulunuyorsa, bunun yürürlüğe girmesi için sadece bir fesih sözleşmesi yetecektir.

Bu sözleşme bir şekle tâbi değildir (113). Bu noktada taksim sözleşmesinden ayrılır. Taksim, bir gayrimenkule taalluk ediyorsa, bununla ilgili sözleşmenin esas itibariyle resmî şekilde yapılması gerekecektir. Halbukî paylı hale son veren sözleşme yapılıyorsa, konusu gayrimenkul de olsa şekil aranmaz.

Sözleşme paydaşlar arasında yapılacaktır. Ehliyet, tasarruf yetkisi bakımından paylı hale son veren hakkı dair söylenecekler (114) burada da yürür. Bu muamele bir karar veya «ortak bir tasarruf (Gesemtakt)» olmayıp, sözleşme (akit) mahiyetinde olduğundan (115) irade fesadı vs. hakkında da borçlar hukukunun genel hükümlerine tâbidir. Sözleşmenin hüküm doğurması için buna bütün paydaşların katılması gereklidir. Yalnız bir kısım paydaşlar arasında yapılan anlaşmanın hükümsüzlüğü, muamelenin konusu olan müşterek mülkiyet münasebetinin özelliğinden ileri gelir. Bunun kısmen sona ermesi mümkün değildir. Aynı sebepten, bütün paydaşlar katılsa bile, bir tek müşterek mülkiyet münasebetinin obje itibariyle, kısmen sona erdirilmesi de mümkün sayılmaz. Böyle bir muamele ancak mülkiyet objesinin fiilen parçalanması halinde hüküm doğurabilecektir (116).

Fesih sözleşmelerinin muhakkak sarıh irade beyanı ile aktedilmesi şart değildir; iradeler «zımnen»de açıklansa, sözleşmenin meydana geldiği haller vardır. Paylı hale son veren sözleşme bakımından da durum böyledir. Paylaşma anlaşması yapan paydaşlar, çok defa, paylı halin giderilmesi hususunda da zımnen sözleşmiş sayılırlar.

4) Sözleşme yapıldığı anda hüküm ve sonuçlarını meydana getirir. Yani bu hukukî durum değişmiş ve paylı hal sona ermiş olur. Paydaşların sırf bu sözleşme ile birbirlerine karşı borç altına girmeleri bahis konusu değildir. Bir borç münasebetini toptan çö-

(113) V. TUHR, § 74, IV, 2; ENNECCERUS/LEHMANN, § 74, I, 3.

(114) Yukarda § 2, IV.

(115) Bkz. STAUDINGER/RIEZLER, Vorbem. § 145 - 157, N. 2, 3; ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 146, III ve n. 10.

(116) Yukarda § 2, III, n. 73 bkz.

zen bu nevi sözleşmeler bir tasarruf işlemi mahiyetindedirler (117). Bundan sonraki safhada bazı borçlar doğuyorsa, bunlar, meydana gelen hukukî değişikliğin kanunî sonuçlarından ibarettir. Paylı hale son veren anlaşmada da durum böyledir. Anlaşma, paylı duruma doğrudan doğruya tesir ederek sona erdirir. Paylaşma safhası ve bu safhadaki borç mükellefiyetleri kanunî sonuçlardır.

Sözleşmenin hüküm doğurması ilerki bir tarihe veya bir şartın gerçekleşmesine talik edilebilir. Bu hallerde, yine bir tasarruuf muamelesi söz konusudur (118).

II — Diğer sebepler

Müşterek mülkiyet ilişkisi kurulurken, paydaşlar bir süre üzerinde anlaşabilirler. Meselâ, ortak olarak alınan veya bir payı devredilen gayrimenkul üzerindeki müşterek mülkiyetin muayyen bir süre devam edeceği kararlaştırılabilir. Aynı şekilde iktisap muamelesi esnasında, teessüs eden münasebetin bozucu bir şarta bağlanması mümkündür. Her iki halde de ilgililer arasında, yukarıda I'de belirtilen anlamda, hükmü sonradan doğacak, bir fesih (bozma) anlaşması yapılmış sayılacaktır. İktisap muamelesi sakat bir hukukî muamele ise ve meselâ, malik, bir kimseyi bir kısım pay üzerinde hak sahibi kılan muameleden hata vb. sebeplerle dönmüşse, müşterek mülkiyet ilişkisinin esasen hiç doğmamış olduğu kabul edilecektir. (BK. 23 vd.)

Ölüm veya medenî hakları kullanma ehliyetinin kaybı müşterek mülkiyet münasebetine tesir etmez. Ölüm halinde mirascı veya mirascılar pay üzerindeki hakkı kullî halef sıfatıyla iktisabetmiş olacaklardır (119).

Paydaşın iflâsı da müşterek mülkiyet münasebetinde bir değişiklik yapmaz (120). Pay, iflâs masasına girer ve kaideten müstakil olarak paraya çevrilir.

Müşterek mülkiyet münasebetine tesiri olan bir başka hal, bir paydaşın diğer payları iktisabetmesidir. Bu halde paylı mülkiyet iktisap anında son bulmuş olacaktır. Ancak, bu durumda, istisnaî olarak, iktisabedilen pay veya paylar üzerinde kurulmuş olan mahdut aynî haklar, yine bunlar üzerinde devam eder.

(117) ENNECCERUS/NIPPERDEY, § 143, I, II, bkz.

(118) Tasarruf işlemlerinden bir kısmının şartla yapılması caizdir. V. TUHR, § 84, V bkz.

(119) Krş. BK. 535/2.

(120) Krş. BK. 535/3.

BİBLİYOGRAFYA

- ANSAY* Hukuk Yargılama Usûlleri (7. Bası, Ankara 1960)
- BINDER* Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB (Bd. III, Leipzig, 1905)
- CROME* System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. (Bd. II Schuldverhältnisse, 1902; Bd. III Sacherrecht, 1905 - Tübingen/Leipzig)
- DULCKEIT* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. (Tübingen 1951)
- EGGER* İsviçre Medenî Kanunu Şerhi. Giriş (Çev. ÇERNİS, Ankara 1947)
- EICHLER* Institutionen des Sachenrechts. (1. Bd. Berlin 1954)
- ENGLÄNDER* Die regelmässige Rechtegemeinschaft. (Berlin 1914)
- ENNECCERUS/LEHMANN* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldverhältnisse. (14. Bea., Tübingen, 1954)
- ENNECCERUS/NIPPERDEY* Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil (15. Aufl., Tübingen, 1959/1960)
- ETTER* Sachinbegriffe und unteilbare Einzelsachen bei der Erbteilung (Bern 1956)
- FENKART* Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte (Bern 1925)
- FEYZİOĞLU* Şufa Hakkı (İstanbul 1959)
- FRÖLİCHER* Gemeinschaftliche Mauern nach Schweiz. Rechte (Aarau, 1918)
- GIERKE* Deutsches Privatrecht. (III Bd. Schuldrecht, München u. Leipzig, 1917)
- HAAB* Kommentar zum ZGB. Sachenrecht (2. Aufl. Lief. 1-11. Zürich 1929/1958)
- HELLWIG* Anspruch und Klagerecht (1900)
- HOMBERGER* Kommentar zum ZGB., Besitz und Grundbuch. (2. Aufl., ZÜRICH, 1938)
- MEIER - HAYOZ* Berner Kommentar. Sachenrecht (2. Aufl., Lief. 1/2, Bern, 1958/1959)

- LEEMANN* Kommentar zum ZGB., Sachenrecht. (I. Abt., Bern 1911)
- OFTINGER* Kommentar zum ZGB., Fahrnispfand. (2 Aufl., Zürich, 1952)
- PETERS* Die Ansprüche aus dem Eigentum (Arch. civ. Pr., 153 Bd., s. 454 - 465)
- PLANCK* Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse. (Besonderer Teil. 4. Aufl., Berlin/Leipzig, 1928)
- POSTACIOĞLU* Medenî Usûl Hukuku Dersleri (İstanbul 1962)
- SAYMEN/ELBİR* Türk Eşya Hukuku (İstanbul 1954)
- STAUDINGER/BERG* Kommentar zum BGB., Sachenrecht. (11. Aufl. Bd. III, Teil. 1, Lief. 4, Berlin 1956)
- STAUDINGER/RIESLER* Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil. (10. Aufl. Berlin, 1936)
- STAUDINGER/VOGEL* Kommentar zum BGB., Einzelne Schuldverhältnisse. (11. Aufl. Bd. II, Teil 4, Lief. 2, Berlin 1959)
- VELİDEDEOĞLU/ESMER* Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı (İstanbul, 1956)
- VON SEELER* Das Miteigentum nach dem BGB. (Halle, 1899)
- VON TUHR* Borçlar Hukuku (Çev. EDEGE, İstanbul 1952/1953)
- VON TUHR* Allgemeine Teil des Deutschen BGB. (Bd. I, II. München/Leipzig 1910/1918)
- WIELAND* Kommentar zum ZGB., Sachenrecht. (Zürich, 1909)
- WOLFF/RAISER* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Sachenrecht (10. Bea., Tübingen, 1957)