

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL

VE İCRA- İFLAS HUKUKU) ANABİLİM DALI

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Türkan YABANCI

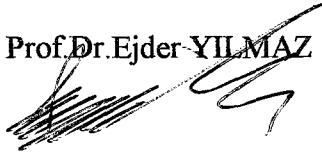
Danışman

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN



T. 89749

Prof. Dr. Ejder YILMAZ



Yrd. Doç. Dr. Haluk KONULALP



Ankara 1997

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ KANUN'A GÖRE BİRDEN ÇOK KİMSENİN BİR ŞEY ÜZERİNDE MÜLKİYETİ

Genel Bilgi	5
A) Müşterek Mülkiyet	5
I- Müşterek Mülkiyet Halleri	6
1) Kanundan doğan Müşterek Mülkiyet	6
2) Hukuki Tasarruflardan Doğan Müşterek Mülkiyet Halleri	6
3) Yetkili Makamın Kararı	6
II- Müşterek Mülkiyette Paydaşların Durumu	6
1) Müşterek Maliklerin Pay Üzerindeki Hakları	6
2) Müşterek Maliklerin Yetkileri.	8
a) İdare	9
aa) Alalade İdari İşler	9
bb) Önemli İdari Tasarruflar.....	9
cc) Fevkalade İdari Tasarruflar	10
3) Müşterek Maliklerin Yükümlülükleri.....	10
B) İştirak Halinde Mülkiyet	11
I- İştirak Halinde Mülkiyet Halleri	12
1) Kanundan Doğan İştirak Halinde Mülkiyet Halleri	12
a) Miras Tirketi	12
b) Şahsiyet İktisap Etmemiş Cemiyet.....	12
2) Sözleşmeden Doğan İştirak Halindeki Mülkiyet Halleri	12
a) Adi Tirketi.....	12
b) Mal Ortaklığı.....	12
c) Aile Tirketi Envali.....	13
II-İştirak Halinde Mülkiyette Ortakların Durumu.....	13
Müşterek Ve İştirak Halinde Mülkiyette Ortaklığın Giderilmesi.....	15
A) Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi.....	15
B) İştirak Halinde Mülkiyetin Sona Ermesi.....	16

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI VE DAVADA UYGULANACAK USUL KURALLARI

Dava Hakkında Genel Bilgi.....	17
Yargılama Usulü.....	17
A) Görevli Mahkeme.....	18
B) Yetkili Mahkeme.....	21
I- Genel Bilgi.....	21
1) Davalının İkametgahı Mahkemesi.....	21
2) Murisin Son İkametgahı Mahkemesi.....	22
3) Taşınmazın Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	22
4) Yetki Sözleşmesi.....	24
II-Yetki Kuralının Niteliği.....	25
C) Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği Haller.....	26
I-Kat Mülkiyeti Halinde.....	26
II-Hukuki Tasarruf Halinde.....	26
III-Müşterek Malın Devamlı Bir Maksada Tahsis Edilmesi Olması Halinde.....	26
IV-Münasip Olmayan Bir Zamanda.....	27
D) Dava Açılmasına Engel Olmayan Haller.....	27
E) Davanın Tarafları.....	28
I- Davacı Taraf.....	28
1) Paydaşlar.....	28
2) Vakıflar İdaresi.....	29
3) Hazine.....	29
4) Belediye.....	31
5) Özel İdare.....	31
6) Alacaklı.....	32
7) Mirasçılar.....	32
8) İntifa Hakkı Sahibi.....	33
II- Davalı Taraf.....	33
III- Taraf Teşkili (Husumet).....	36
F) Dava Arkadaşlığı.....	38
G) Bekletici Sorun.....	40
I- Genel Olarak.....	40
II- Bekletici Sorun Teşkil Edebilecek Hususlar.....	40
1) Tapu İptal ve Tescil Davaları.....	41
2) Mirasçılık Belgesinin İptali Davası.....	42
3) İdari Davalar.....	42
4) Kadastro İşlemleri.....	43

III- Bekletici Sorun Teşkil Etmeyen Hususlar.....	43
1) Miras Bırakanın Borcu.....	43
2) İflasın Açılması.....	44
3)Yapılan Masraflar.....	44
4) Tenkis Davası.....	45
H) Birleştirme ve Derdestlik Hali.....	45
I) Sulh.....	48
I- Genel Bilgi.....	48
II-Yetkili Olanlar.....	48
III-Şekil.....	49
IV-Mahkemenin Vereceği Karar	50
J) Feragat.....	52
I-Genel Bilgi.....	52
II-Feragatın Şekli.....	52
III-Feragat Edebilecek Olanlar.....	54
K) Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanması.....	55
L) Talep Sonucu.....	56
M) Davayı Değiştirme ve Genişletme Yasağı.....	56
N) Talepten Başka Bir Şeye Karar Verilememesi.....	58
Hüküm.....	59
A) Genel Bilgi.....	59
I- Aynen Taksim.....	61
1) Fiziki Şart.....	61
2) Ekonomik Şart.....	62
3) Hukuki Şart.....	62
B) Dava Konusunun Birden Fazla Olması.....	64
II- Satış Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi.....	66
1) Genel Bilgi.....	66
2) Satış Şekli.....	67
a) Satışın Paydaşlar Arasında Yapılması.....	67
b) Satışın Umum Arasında Yapılması.....	67
3) Takyitli Satış Kararı Verilmesi.....	69
a) İntifa Hakkı.....	69
b) Diğer Takyitler.....	70
III- Kat Mülkiyeti Kurulması Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi.....	70
I- Genel Bilgi.....	70
II-Mahkeme Yolu ile Kat Mülkiyeti Kurulması.....	70
Sulh Hukuk Mahkemesinin Kararına Karşı Başvurulacak	
Kanun Yolları.....	73
A) Temyiz Kanun Yolu.....	73
B) Karar Düzeltme Kanun Yolu.....	73
C)Yargılamanın İadesi.....	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN SATIŞ SURETİYLE GİDERİLMESİ KARARININ İCRASI

Hükmün İcrası.....	75
A) Satış Memurunun Görevleri.....	76
I) Arttırma İlanı.....	76
II) Arttırma Şartnamesi.....	77
III) Arttırmanın Yapılması ve İhale.....	78
IV) Satış Bedelinin Ödenmesi.....	79
İhalenin Feshi.....	80
A) İhalenin Feshi Nedenleri.....	81
I) Arttırmaya Hazırlık Döneminde Yapılan İşlemlerle İlgili Fesih Nedenleri.....	81
II) Arttırma Safhasında Yapılan İşlemlerle İlgili Fesih Nedenleri.....	82
III) İhaleye Fesat Karıştırılmış Olması Nedeniyle İhalenin Feshi Sebebi.....	82
IV) Arttırma Konusu Malın Esaslı Niteliklerindeki Hata Nedeniyle İhalenin Bozulması.....	82
B) İhalenin Feshini Talep Edebilecek Olanlar.....	83
C) Görevli Mercii.....	83
D) Yetkili Mercii.....	86
E) İhalenin Feshi Talebi Ve Süresi.....	86
F) Talebin İncelenmesi Ve Karar.....	89
I- Sulh Hukuk Mahkemesi Kararına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları.....	92
II- Temyiz Kanun Yolu.....	92
III- Karar Düzeltme Yolu.....	94
Paraların Paylaştırılması.....	94
I- Müşterek Mülkiyet Halinde.....	95
II-İştirak Halinde Mülkiyette.....	95
III-Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halinin Bir Arada Bulunması Halinde.....	95
Yargılama Giderleri.....	96
A) Genel Bilgi.....	96
B) Ortaklığın Giderilmesi davasında Harç.....	97
I- Verilen Hükmün Niteliğine Göre Alınacak Harç Miktarı.....	97
1) Aynen Taksim Kararı Halinde Alınacak Harç Miktarı.....	97
2) Satışa Karar Verilmesi Halinde Alınacak Harç Miktarı.....	98
3) Dava Konusu Malın Taşınır Olması Halinde Alınacak Harç Miktarı.....	98
V- Harçtan Sorumluluk.....	99
Ortaklığın Giderilmesi Davasında Vekalet Ücreti.....	99
Sonuç.....	102

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AGM	: Adı Geçen Makale
AK	: Avukat Kanunu
aşa.	: Aşağıda
BK	: Boçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
c	: Cilt
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihat Birleştirme Kararı
İİD	: İcra ve İflas Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
KK	: Kadastro Kanunu
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
no	: Atıf Numarası
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s	: Sayfa
vd	: Ve Devamı
YİBK	: Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk	: Yukarıda

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1971.
- AKYAZAN, Sıtkı : Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959.
- ALONGAYA, Yavuz : Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- ALONGAYA, Yavuz : Resmi Senetle Düzenlenmesi Gereken Hukuki İşlemlerde Tahkim Sözleşmesinin Şekli (İBD 1980/5-6).
- ANSAY, Tuğrul : Adi Şirket, Ankara 1976.
- ARAL, Fahrettin : Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.
- ARCAK, Ali : Kat Mülkiyeti, Ankara 1988
- ARSLAN, Ramazan : İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara, 1984.
- AYBAY, Aydın : Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966.
- AYBAY, Aydın : Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi (İHFD 1966/ XXX II/1, s.132-160)
- AYİTER, Nuşin : Türk Medeni Kanunu ve Borçlat Kanununda Elbirliği Ortaklıkları, Ankara 1971.
- BELGESAY, Mustafa Reşit : Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 1956.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1975
- DALAMANLI, Lütfi : Gayrimenkul Davaları, İstanbul 1952.
- DOMANİÇ, Hayri : Şirketler Hukuku, İstanbul 1986.
- ERDOĞAN, Celal : Ortaklığın Giderilmesi ve Şufa Davaları, Ankara 1991.
- ERDOĞAN, Celal : Kat Mülkiyeti ve Bundan Doğan Davalar, Ankara 1973.
- ESENER, Turhan : Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- ESMER, Galip : Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1983.
- Feyzioğlu Fevzi N./ DOĞANAY, Ümit/AYBAY, Aydın : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968 .
- GÜRSOY, Tahir/ EREN, Fikret/CANSEL, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir : Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- KARAHACIOĞLU, ALİ Haydar/ ALTIN, Mehmet : Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 1994.

- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar : Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi, Ankara 1994.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : Mülkiyet Hukuku
- KARAHASAN, Mustafa Reşit : Türk Eşya Hukuku, c.III, İstanbul 1991
- KEVORK, Acemoğlu : Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.I, İstanbul 1990.
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.II, İstanbul 1990
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.III, İstanbul 1991
- KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.IV, İstanbul 1991
- KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku, c.I, İstanbul 1988.
- KURU, Baki : İcra ve İflas Hukuku, c.II, İstanbul 1990.
- KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/ : Medeni Usul Hukuku, Ankara 1989.
- EJDER, Yılmaz
- KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/ : İcra ve İflas Hukuku, Ankara 1992.
- EJDER, Yılmaz
- KILIÇOĞLU, Ahmet / AYİTER : Miras Hukuku, Ankara 1991
- Nuşin
- KÜLEY, Muin : Toplu Mülkiyet, İstanbul 1959.
- KOCAYUSUFOĞLU, Necip : Miras Hukuku, İstanbul 1987.
- MALATYALIOĞLU, Kemal/ : Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulma Davaları, Ankara 1972.
- ERTAŞ, Hami
- NOMER, Ergin : Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1990.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ Özer : Eşya Hukuku, İstanbul 1988.
- OKURER, Nihat/ÜNÜR, Sabri : Tahliye, Taksim ve Şuy'un İzalesi Davaları, Ankara 1958.
- OLGAÇ, Senai : Türk Medeni Kanunu Şerhi, Ankara .
- OLGAÇ, Senai : Gayrimenkulların Cebri Satışlarında Arttırma Şartları ve Şartnamelerin Hukuki Önemi, Ankara 1964.
- ÖNEN, Ergun : Gayrimenkul Davalarında Yetki(AHFDXXII/ s.567-603).
- ÖNEN, Ergun : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- ÖNEN, Ergun : Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez (ABD, 1976/ s.48)
- ÖZGÜR, Yılmaz : Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995.
- PEKCANTEZ, Hakan : Bekletici Sorun (9 Eylül HFD, 1980 / 1-4, s.249-275).
- POSTACIOĞLU, İlhan : Medeni Hukuk Usulü Dersleri, İstanbul 1975.

- POSTACIOĞLU, İlhan : İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- RENDİ, Nihat/ONURSAN Galip : 4 HD' nin Emsal Kararları ile Borçlar Hukuku, Ankara 1972.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halit K : Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954
- SİRMEN, Lale : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1995.
- SUNGURBEY, İsmet : Medeni Kanun Ön Tasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, 1972.
- ŞİMŞEK, Edip : İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1959.
- TEKİNALP, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1992.
- TEKİNAY, Selahattin S : Kat Mülkiyeti, İstanbul 1991.
- TEKİNAY, Selahattin S : Eşya Hukuku, İstanbul 1984.
- TEKİNAY, Selahattin S : Eşya Hukuku, İstanbul 1989.
- AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP, Atilla
- TUNABOYLI, Müslüm : Ortaklığın Giderilmesi ve Paydaşlıktan Çıkarılma Davaları, Ankara 1997.
- UYAR, Talih : İhale ve İhalenin Bozulması, Manisa, 1988.
- UYAR, Talih : İcra Hukukunda İhalenin Neticesi ve Feshi (ABD.1975/6).
- UYAR, Talih : İcra Hukukunda Tahliye, İstanbul 1957.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1990.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1977.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Salahiyet Anlaşmaları (İHFM 1961, c. XX VII/1-4, s.310-339).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1989.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet : Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı 1956.
- YILMAZ, Ejder : Yargılama Hukukunda Islah, İstanbul 1982.
- YILMAZ, Ünal : Ortaklığın Giderilmesi Davaları, (AD 1972 /s.4-5).

GİRİŞ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 561-570 nci maddelerinde "Taksim ve İzalei Şüyu" başlığı altında şüyuun giderilmesi ve paylaşırma ilişkin hükümler yer almaktadır.

Kavram olarak "izalei şüyu" davası ile "paylaşırma" davası birbirinden farklıdır. İzalei şüyu (şüyuun giderilmesi) davası ile; bir gayrimenkul ya da menkul mal veya hak üzerindeki müşterek mülkiyet veya iştirak halindeki mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi talep edilirken¹ paylaşırma (taksim) davası ile de müşterek veya iştirak halinde mülkiyet konusu bir mal veya hakkın paylaşırılması talebini içerir².

Uygulamada iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesi için şüyuun giderilmesi olarak ayrı bir dava açılması kabul edilmediğinden³ böyle bir ayırım sadece teorik olarak mümkün olmaktadır.

Ancak doktrinde, iştirak halindeki maliklerden birinin veya bir kaçının iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesine rıza göstermemeleri halinde, onlara karşı iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesi için şüyuun giderilmesi davası açılabilceğı , iştirak halindeki mülkiyet hissesini başkasına devretmek imkânından (kanunen) yoksun olan hissedarın bunu sağlamak için şüyuun giderilmesi davasını açmakta hukuki yararı olduğı kabul edilmektedir⁴.

¹ Aral, Fahrettin; Türk Medeni Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979, s.52.

² Müşterek mülkiyette taksim ve payli halin sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aybay, Aydın; Müşterek Mülkiyette Payli Halin Sona Ermesi (İHFM 1966/XXXII/1, s.122-160). Aybay, Aydın; Müşterek Mülkiyette Taksim, İstanbul 1966.

³ "Dava, iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete kalı talebiyle açılmıştır. Bütün mirasçılardan oybirliği ile iştirak hali çözülebilir (MK m.630). Bu bakımdan bir veya birkaç mirasçının iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesini istemeye ve buna dayanılarak Mahkemece mülkiyet şeklinin değiştirilmesine imkân yoktur". 2 HD3.6.1974, 3652/3563 (RKD 1974/9-12, s.284).

⁴ Kuru, Baki ; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, İstanbul 1991, s.4151.

Aynı şekilde, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 5.5.1964 tarih ve 4-1-1-7/1382 sayılı Genelgesinde; ortakların miras yoluyla kendilerine kalan gayrimenkulun veya gayrimenkullerin, iştirak halinde mülkiyetten çıkarılarak, kanuni paylarının gösterilmesi , yani müşterek mülkiyet esaslarına göre paylarının belli edilerek, tescilini ilgili tapu sicil muhafızı veya memurundan isteyebilecekleri, nelirtilmiştir. Bu tescil işleminin yazılı olması ve mirasçılarının hepsi tapu sicil muhafızlığına gelmemişlerse, kimliklerinin ve hepsinin imzalarını taşıyan yazılı istemin , köy veya mahalle ihtiyar kurulunca yahut yetkili diğer görevliler tarafından onanmış olması gerektiği belirtilmektedir⁵. İştirak halindeki mülkiyet şeklinin tüm mirasçıların muvafakatı ile müşterek mülkiyete dönüştürülmesi hem dava yoluyla hem de idari işlemle mümkün olup, bu durumda mirasçıların hukuki yararlarının olduğu kabul edildiğine göre , iştirak halindeki malik ya da maliklerden bir kaçının, diğer maliklerin rıza göstermemeleri halinde onlara karşı iştirak halindeki mülkiyetin müşterek mülkiyete çevrilmesini sağlamak amacıyla şüyuun giderilmesi davası açabilmeleri ve Mahkemece şüyuun giderilmesine karar verilmesi halinde , iştirak halindeki mülkiyet ilişkisinin son bularak müşterek mülkiyet ilişkisine dönüştüğü kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtildiği gibi, uygulamada iştirak halindeki mülkiyetin, müşterek mülkiyete çevrilmesi için şüyuun giderilmesi davası açılması kabul edilmediğinden ve müşterek mülkiyette paydaş veya paydaşların şüyuun giderilmesi davası açmalarında hukuki yararları olmadığından, açılacak dava ile hem şüyuun giderilmesi hem de paylaşırma taleplerinin birlikte istenmesi gereklidir. Bu iki talebi içeren davaya ortaklığın giderilmesi (taksim ve izalei şüyu) davası adı verilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun dördüncü fasıl başlığı her ne kadar "taksim ve izalei şüyu "olarak yazılmış ise de ;uygulamada kullanılan ve telaffuz açısından kısa ve kolay olması nedeniyle tezimin adını "Ortaklığın Giderilmesi Davası " olarak seçmiş bulunmaktayım.

Ortaklığın giderilmesi davası, taşınır veya taşınmaz mal veya hak üzerindeki ortak mülkiyet ilişkisinin ferdi mülkiyete çevrilmesi sonucunu doğuran bir

⁵ Esmer; Galip; Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1983, s.203 vd.

davadır. Topluluk mülkiyetinin ferdi mülkiyete çevrilmesine aynen taksim yoluyla veya satış suretiyle karar verilir. Tezde uygulamada daha sık rastlanan ve değişiklikler gösteren ortaklığın satış yoluyla giderilmesi şekli incelenmeğe çalışılacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan topluluk mülkiyeti ; iştirak halinde mülkiyet, müşterek mülkiyet ile kat mülkiyeti hallerinden biridir.İştirak halinde mülkiyet ile müşterek mülkiyet Medeni Kanununda , kat mülkiyeti ise Kat Mülkiyeti Kanununda düzenlenmiştir. Ortaklığın giderilmesi davasında uygulanacak usul kuralları da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 561-570 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Nitekim doktrinde, Usulün 561 ile 568 nci maddelerinde toplanmış olan bu kuralların 569. madde uyarınca açılacak davalara uygulanacak özel usul kuralları olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁶ Bu usul kuralları yanında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun genel hükümleri, ortaklığın giderilmesi davasının niteliğine aykırı düşmedikçe uygulanır.

Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilecek hükmün infazı da İcra ve İflas Kanununun paraya çevirmeye ilişkin 106 ncı madde vd hükümlere göre yapılır.

Görüldüğü gibi ortaklığın giderilmesine ilişkin hükümler bir Kanununda toplanmış olmayıp, Medeni Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kat Mülkiyeti Kanunu ile İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesi davası iki aşamalı bir davadır. İlk aşama , hükmün kesinleşmesine kadar olan Medeni Kanunun ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulandığı aşamadır. İkinci aşama , birinci aşama sonucunda verilen hükmün infazına ilişkin olan ve İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümlerinin uygulandığı aşamadır. Mahkemenin görevi, ilk aşama sonucunda vereceği ortaklığın aynen taksim veya satış yoluyla giderilmesine ilişkin hükmün kesinleşmesiyle

⁶ Aybay , Taksim, s.51.

kısmen sona erer⁷. İkinci aşama ile hükmün infazı sağlandıktan sonra dava dosyası mahkemeye gönderilir ve paraların paylaşılması ile mahkemenin görevi sona erer.

Yukarıda belirtildiği gibi, ortaklığın giderilmesi davasını düzenleyen hükümlerin dağınık olması, davada özel usul kurallarının uygulanması, niteliği itibariyle iki aşamalı bir dava özelliğinin olması, taşınmaz değerinin hızla artması sonucu uygulamada çok karşılaşılan bir dava olması nedenleriyle tez konusu seçmiş bulunmaktayım.

Ortaklığın giderilmesi davasını incelerken, konuyla sınırlı olmak üzere iştirak hakkında mülkiyet ve müşterek mülkiyet hakkında kısa bir bilgi verilecektir. Daha sonra konu Usul açısından incelenecek, tespit edilecek sorunlara ilişkin çözüm önerileri, doktrindeki görüşleri ve Yargıtay uygulaması da dikkate alınarak getirilmeye çalışılacaktır.

İcra ve İflas Kanunu açısından ise, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin hükün infazının nasıl yerine getirileceği incelenecektir.

⁷ Diğer tüm davalarda mahkemenin görevi verilen hükmün kesinleşmesiyle sona erer. Hükmün infazı ayrı bir dava niteliği taşır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ KANUN'A GÖRE BİRDEN ÇOK KİMSENİN BİR ŞEY ÜZERİNDE MÜLKİYETİ

§.1- GENEL BİLGİ :

Ortaklığın giderilmesi davasının konusunu teşkil eden müşterek mülkiyet Medeni Kanunun 623-628 nci, iştirak halinde mülkiyet ise 629-631 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesi davası, Medeni Kanun açısından incelenirken iştirak halinde mülkiyet ve müşterek mülkiyet halleri konuyla sınırlı olarak inceleme konusu yapılacaktır. Örneğin, ortaklığın giderilmesi davasının taraf teşkili sorunu, dava açılmayacak hallerin tespiti, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi halinde , satış bedeli ve yargılama giderlerinin paylaştırılması gibi hususların çözümü için, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyette hak sahiplerinin (ortakların, paydaşların) tespiti ile her iki mülkiyette hak sahiplerinin hak ve yetkilerinin belirlenmesi gereklidir.

A) Müşterek Mülkiyet

Müşterek mülkiyet hükümlerinin düzenlendiği Medeni Kanun m.623/f.1 göre "Birden ziyade kimseler şayan bir şeye malik ve hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa, onlar o şeyin hissedarlarıdır". Kanunun bu hükmü, müşterek mülkiyeti tanımlar nitelikte olmayıp, müşterek mülkiyet kavramına ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir. Bu genel düzenlemeden hareketle müşterek mülkiyeti, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının birden fazla kişiye pay sahipliği hakkı sağlayan mülkiyet biçimidir şeklinde tanımlamak mümkündür.

I - Müşterek Mülkiyet Halleri

1) Kanundan Doğan Müşterek Mülkiyet

Kanun koyucu bazı hallerde, bir şey üzerinde müşterek mülkiyet ilişkisinin olduğunu açıkça düzenlemiştir. Örneğin, Medeni Kanunun 647 nci maddesine göre "duvar, çit, parmaklık gibi iki gayrimenkulü birbirinden ayıran şeylerin mülkiyetinde asıl olan her iki komşu arasında müşterek olmaktır".⁸

2) Hukuki Tasarruflardan Doğan Müşterek Mülkiyet

Birden çok kimse, sağlararası satış, bağış, payın devri gibi bir hukuki işlemle veya ölüme bağlı bir tasarruf olan vasiyet yoluyla bir şeyin mülkiyetini paylı olarak iktisap edebilirler.

3) Yetkili Makamın Kararı

Müşterek mülkiyetin Kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak alınmış idari bir işlemle de kurulması mümkündür. Örneğin 3154 sayılı İmar Kanununun 18 nci maddesine göre, bazı gayrimenkullerin imar planına uygun şekilde inşaata elverişli hale getirilmesi için, gayrimenkul sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, belediye müşterek mülkiyet kurulmasına karar verebilir.⁹

II) Müşterek Mülkiyette Paydaşların Durumu

1) Müşterek Maliklerin Pay Üzerindeki Hakları

Müşterek mülkiyette pay, müşterek mülkiyete konu olan şey üzerinde her paydaşın mülkiyetten doğan yetki ve yükümlülüklerinin toplamıdır.

⁸ Aynı şekilde MK m. 700.

⁹ Kadastro Kanunun 15 nci maddesine göre, bir gayrimenkul payının zilyet lehine tespiti mümkün olduğundan bu tespitle kurulan mülkiyet müşterek mülkiyettir.

Medeni Kanununun 623/f.2 da paydaşların paylarını belirten adi bir karine kabul edilmiştir. Buna göre, paydaşlar arasında müşterek mülkiyetin kurulmasına yol açan hukuki tasarrufla aksi kararlaştırılmış ve tapuda gösterilmiş olmadıkça paydaşların pay hisseleri birbirine eşit sayılır.¹⁰

Medeni Kanunun 623/f.3 da , paydaşların pay üzerinde yapabilecekleri hukuki tasarruflar genel bir çerçeve biçiminde belirlenmiştir. Buna göre, "Hissedarlardan her biri kendi hissesi hakkında malik hak ve mükellefiyetleri haiz olup hissesini temlik ve terhin edebilir". Paydaş payının bir bölümünü ya da tümünü temlik edebilir. Ancak paydaşın bu hakkı Medeni Kanunun 659 ncu maddesinde düzenlenen kanuni şufa hakkı ile sınırlanmıştır.¹¹ Paydaş, payını rehin de edebilir. Ancak payın tümünün rehni gerekli olup, bir kısmının rehni geçerli değildir¹² . Paydaşın, payı üzerinde sahip olduğu temlik ve rehin hakkı tahdidi olmayıp, payı üzerinde diğer paydaşların haklarını ihlal etmeyen sınırlı ayni haklar, örneğin intifa hakkı tesis edebilir¹³. Buna karşılık, paydaş payı üzerinde diğer paydaşların haklarını ihlal edecek nitelikte ayni bir hak, örneğin geçit irtifakı hakkı, kaynak hakkı veya sükna hakkı tesis edemez¹⁴.

Paydaşın, payına ilişkin olarak kira sözleşmesi yapıp yapamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre ; paydaşın payını kiralaması ancak, paydaşlar arasında yapılan ve müşterek maldan yararlanma şeklini ve kullanılacak payın belirtildiği bir anlaşmanın olması halinde mümkün olduğunu, aksi takdirde kira akdi

¹⁰ Birden çok kişi, ortak olarak (şayian) bir şeye malik bulunup da payları paylı olarak belirlenmemişse onlar, o şeyin paydaşı olurlar. Aralarında aksine bir anlaşma yoksa , asıl olan paydaşların paylarının birbirine eşit olmasıdır(MKm623). 2HD 10.11.1986 9534/9849 , Erdoğan, Celal;Ortaklığın Giderilmesi ve Şufa Davaları, Ankara 1991, s.24, no:12.

¹¹ Aynı şekilde payın temlikinin yasaklandığına ilişkin tapu siciline şerh edilmiş bir anlaşma varsa, payın devrine ilişkin sözleşme geçersizdir veya pay gayrimenkulün mülkiyetine tahsis edilmişse, payın devri ancak gayrimenkulün de temlik ile mümkündür. Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K. ; Türk Eşya Hukuku İstanbul 1954, s.261 ; Sirmen, Lale; Türk Eşya Hukuku , Ankark 1995, s.265

¹² Müşterek mülkiyete konu olan şeyin tümü önce rehnedilmiş olsa dahi müşterek malikin payını sonradan rehnedebilmesi doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Gürsoy, Tahir/ Eren Fikret/Cansel, Erol; Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.408.

¹³ Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer ; Eşya Hukuku, İstanbul 1988, s.279; Tekinay, Selahittin Sulhi; Eşya Hukuku, İstanbul 1984, s.395.

¹⁴ Gürsoy /Eren /Cansel, s.407; Sirmen, s.267 ;Tekinay, s.396.

payın maddi kullanılmasını gerektireceğinden bunun yapılması mümkün değildir ¹⁵. Diğer bir görüşe göre ise; pay üzerinde intifa hakkı kurulabildiğinden payın kiralınması, paydaşın kendi payına bağlı kullanma hakkını başkasına devretmesi mümkündür ¹⁶.

2) Müşterek Maliklerin Yetkileri

Müşterek mülkiyet halinde her paydaş, kendi payı bakımından mülkiyet hakkının korunmasını hüküm altına alan yetkileri kullanma hakkına sahiptir. Paydaş bu haklarını korumak için üçüncü şahıslara karşı müdahalede bulunabileceği gibi paydaşa karşı da müdahalede bulunabilecektir. Bu anlamda paydaş, istihkak davası, müdahalenin men'i davası ¹⁷ ile ecrimisil davası açma hakkına ¹⁸ sahiptir. Aynı şekilde paydaş, yolsuz olarak başkası adına tescil edilen pay kaydının tashihiyi dava edebilir ¹⁹.

Eğer paydaşın başvurduğu koruma yolu ile , müşterek mülkiyete ilişkin olarak sağlanan himaye, bölünemiyor ise bu himayeden bütün paydaşlar yararlanır ²⁰. Buna karşılık, paydaşın hakkını korumak için başvurduğu tedbir ile sağlanan himaye bölünebiliyor ise, paydaş ancak kendi payı bakımından koruma tedbirine başvurabilir ²¹.

¹⁵ Oğuzman / Seliçi, s.279; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla s.502; Tekinay, s.396. Aynı doğrultuda, YİBK 27.11.1946, 28/15 (RG 21.4.1947 , sayı.6588).

¹⁶ Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991 s.101.

¹⁷ Paydaşlardan biri, müşterek taşınmaz malın tamamını kullanıyor, diğer paydaşların ondan yararlanmasına engel oluyorsa mütevaciz paydaş aleyhine istifadeleri önlenen paydaşların müdahalenin önlenmesi davası açmaya hakları vardır". 1HD 15.12.1952, 10867/4815, (Erdoğan, s.34-35, no:).

¹⁸ 1 HD 26.2.1968, 831/1396, (Erdoğan s.36, no:).

¹⁹ "...Davacının dayandığı muris dedesi namına olan kayıtlar, ittisalini ispata yarayacak veraset belgesi ibraz ettirilmek ve murisin ölüm tarihine nazaran olayda iştirak bulunup bulunmadığı araştırılmak ve iştirak hali mevcut olmadığı takdirde , payı nisbetinde iptale karar verilmek lazım gelir..." 1 HD 7.3.1968, 1333/1666, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.590).

²⁰ Oğuzman /Seliçi, s.282; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.590, Sirmen, s.271

²¹ Paylı mülkiyet hükümlerine tabi bulunan taşınmazlara üçüncü şahısların el atmaları halinde, her paydaş malın tamamı için el atmanın önlenmesi davası açabilir.". 1 HD 29.4.1983, 3425/5846 (YKD 1984/3, s.362-363). Aynı şekilde, "Pay sahiplerinden birinin açtığı müdahalenin önlenmesi davası sonunda elatmanın gerçekleşmesi durumunda, taşınmaz malın tamamı hakkında karar verilmek gerekir.." HGK 16.11.1960, 63/72 (Karahasan , Mustafa Reşit ; Türk Eşya Hukuku, c.III, İstanbul 1991, s.5400-541).

Örneğin, müşterek mala zarar veren kimseye karşı açılacak tazminat davasında her paydaş kendi hissesine düşen tazminat için davacı olabilir ²².

a) İdare

Medeni Kanunun 624 ncü maddesinde müşterek mülkiyete konu olan şey üzerinde hangi tasarrufların ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Buna göre;paydaşlar müşterek mülkün nasıl idare edileceği hususunda aralarında bir anlaşma yapmamışlarsa oy birliği ile müşterek mülkü idare edeceklerdir. Ayrıca yapılan işin mahiyetine göre de değişen karar nisabı aranacaktır.

aa) Alelade İdari İşler

Medeni Kanunun 624/f.1 maddesine göre aksine karar verilmedikçe paydaşlardan her biri, ufak tefek tamirat ve ziraat işleri gibi alelade tasarrufları icra etmeye yetkilidir. Buradaki ufak tefek tamirat ve ziraat işleri gibi tasarruflar tahdidi olmayıp örnek niteliğindedir. Acele olarak yerine getirilmesi gereken tedbirlerin alınmasında alelade tasarruflardan olduğu kabul edilmektedir ²³.Ayrıca, alelade idari iş, bir hukuki muamele yapılmasını gerektiriyorsa bu hukuki muameleyi yapan paydaşın diğer paydaşları temsil yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir ²⁴. Paydaşın alelade idari işler bakımından sahip olduğu tasarruf yetkisinin sınırlanması mümkündür. Ancak paydaşın yetkisinin sınırlanması halinde , bunun üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmesi için bu durumu bilmelerini gerektirir ²⁵.

bb) Önemli İdari Tasarruflar

²² Kamulaştırma bedeline ilişkin dava bir alacak davası niteliği taşır.Kamulaştırma bedelinin çoğaltılmasına ilişkin olmak üzere mahhkemece takdir edilecek bedel,bölünmesi kabil bulunduğundan , birlikte mülkiyette paydaşların yalnızolarak dava açmalarına kanuni bir engel yoktur.." Olgaç,Senai ; Türk Medeni Kanunu Şerhi , s.510, no:3.

²³Saymen/Elbir, s.242; Akipek, Jale ;Türk Eşya Hukuku,Ankara 1971, s.29; Gürsoy/Eren/Cansel, s.412, Tekinay, s.403.

²⁴ Oğuzman /Seliçi, s.284; Sirmen ,s.268.

²⁵ Tekinay, s.388, Oğuzman/Seliçi, s.284.

Medeni Kanunu n 624/III ncü maddesine göre, müşterek mala ilişkin önemli idari tasarrufların yapılmasında hem pay hem de paydaş çoğunluğu aranacaktır. Kanunun maddesinde , ziraat usulünün değiştirilmesi ve büyük tamirat gibi işlerin yapılması önemli idari tasarruflara örnek mahiyetinde sayılmıştır. Ziraat usulünün değiştirilmesi demek, ekimin değiştirilmesidir ²⁶. Büyük tamirattan ne anlaşılacağı hususunda doktrinde bir genel görüş vardır. Buna göre, senelik gelirle karşılanamayacak tamirat, büyük tamirat sayılır ²⁷. Önemli bir idari tasarruf olup da , paydaşlar arasında çifte çoğunluk sağlanamadığı takdirde , doktrinde hakim olan görüşe göre, bu konuda mahkemeye başvurularak karar almak gerekecektir ²⁸. Doktrindeki diğer bir görüşe göre, Medeni Kanunda bu konuda açık bir hüküm olmadığından, paydaşın elindeki tek imkan, taksimi talep etmektir ²⁹.

cc) Fevkalade İdari Tasarruflar

Medeni Kanunun 624/II nci maddesine göre, müşterek mala ilişkin fevkalade idari tasarrufların yapılması paydaşlar aksini kararlaştırmamışlarsa oybirliğini gerektirir. Örneğin, müşterek malın intifa tarzının değiştirilmesi için oybirliği aranır. Malın intifa tarzının değiştirilmesi için paydaşların oybirliği gereklidir. Malın intifa tarzının değiştirilmesi, malın tahsis edildiği gayenin değiştirilmesi demektir ³⁰.

3) Müşterek Maliklerin Yükümlülükleri

Müşterek mala ilişkin olarak yapılan masrafların paydaşlar arasındaki dağılımın nasıl olacağı Medeni Kanunun 626 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanuna uygun şekilde yapılmış ³¹ veya tahakkuk etmiş olması şartıyla yapılan

²⁶ Saymen /Elbir, s.243 ; Akipek, s.30

²⁷ Acemoğlu,Kevork ; Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s.87 ;Oğuzman /Seliçi, s.285; Küley, Mün ; Toplu Mülkiyet, İstanbul 1959, s.361; Saymen/Elbir, s.243.

²⁸ Saymen /Elbir, s.243; Tekinay/Altop/Burcuoğlu, s.375; Acemoğlu, s.87; Akipek, s.28-31.

²⁹ Feyzioğlu, Fevzi N./ Doğanay, Ümit /Aybay,Aydın; Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul,1968, s.94; Oğuzman/Seliçi, s.284.

³⁰ Oğuzman /Seliçi, s.286 ; Tekinay /Akman/Altop/Burcuoğlu, s.578.

³¹ Paydaşın payından fazla verdiği masrafı, rucü suretiyle diğer paydaşlardan isteyebilmesi için a) Masrafın lüzumlu olması, b) Masrafın müşterek malın tamamı için yapılmış olması, c) Masrafın paydaşın kanunen yapmağa yetkili olduğu tasarrufun neticesi doğmuş bulunması,

masrafları, paydaşlar payları nisbetinde yüklenmekle mükelleftirler ; payından fazla ödeyen paydaşa karşı diğer paydaşlar müteselsilen değil, payları nisbetinde sorumludurlar ³². Eğer yapılan masraf Kanuna uygun değilse, örneğin, alınmış bir karar yokken bir paydaş büyük tamirat yapmışsa , yaptığı bu masrafları ancak vekaletsiz iş görme ³³ veya sebebsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebilir ³⁴. Yaptığı masrafları Medeni Kanunun 626/III ncü fıkra hükmüne dayanarak diğer paydaşlardan talep edemez.

B) İştirak Halinde Mülkiyet

Medeni Kanunun 629-631 nci maddeleri arasında iştirak halinde mülkiyet hükümleri yer almaktadır. Medeni Kanunun 629 ncu maddesine göre ; "Kanunun mucibince veya bir mukavele ile iştirak teşkil eden kimseler bir şeye malik olursaher birinin hakkı o şeyin tamamına sari olur". İştirak halinde mülkiyeti ifade eden bu kanun hükmünün yeterli ve açık olmadığı doktrinde genellikle kabul edilmekte ve iştirak halinde mülkiyet ; aralarında sözleşme veya kanundan dolayı bir ortaklık bağı bulunan kimselerin, bu ortaklıkları sebebiyle bir mala birlikte malik olmaları hali biçiminde tanımlanmaktadır ³⁵.

İştirak halinde mülkiyette müşterek mülkiyetin aksine , ortakların belli bir payları yoktur; malın her cüz'inde hak sahibi olmaları sözkonusudur ³⁶ Bu mülkiyet

d) masrafiyapan paydaşın bu masrafı fiilen ödemiş olması, e) masrafı yapan paydaşın müşterek maldan yalnız başına istifadeeden kimse bulunmaması, f) masraf hususunda paydaşlar arasında aksine bir sözleşme bulunmaması gereklidir. Erdoğan, s.43; Saymen /Elbir, s.269.

³² Saymen/Elbir, s.270; Esener,Turhan; Eşya Hukuku, Ankara 1985, s.118; Oğuzman /Seliçi, s.291

³³ Oğuzman /Seliçi, s.291-29

³⁴ Müşterek mülke paydaşlardan birinin yaptığı masrafın diğerlerinden istenmesi, BK.nun 61nci maddesi uyarınca sebebsiz mal edinme esasına dayanır. Ortaklık devam ettiği sürece masraf yapan paydaş için böyle bir dava hakkı doğmamış olacaktır. Bu itibarla ortaklığın devamı boyunca masrafı yapan davacı paydaş aleyhine zamanaşımı da işlemeyecektir."HGK 5.5.1964, 1-50/55,(Erdoğan, s.45)

³⁵ Ayiter, Nuşin ;Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları, Ankara 1961, s. 69; Akipek, s.45; Gürsoy/Eren/Cansel, s.431.

³⁶ Akipek, s.48; Oğuzman /Seliçi, s.303; Esmer, s.184.

türünde , ortaklık mülkiyetten önce mevcut olup, bu ortaklık iştirak halinde mülkiyeti doğurmaktadır ³⁷.

I - İştirak Halinde Mülkiyet Halleri

1- Kanundan Doğan İştirak Halinde Mülkiyet Halleri

a) Miras Şirketi

Miras şirketi Medeni Kanunun 581 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; murisin ölümünden sonra, terekeye dahil mallar üzerinde mirasçılar arasında iştirak halinde mülkiyet söz konusu olur. Terekeye dahil mallar üzerindeki iştirak halinde mülkiyet hali, terekenin taksimine kadar devam eder ³⁸. Terekenin taksimi konusu ayrı bir dava olup inceleme konumuzun dışında kalacaktır.

b) Şahsiyet İktisap Etmemiş Cemiyet

Medeni Kanunun 55 nci maddesine göre; şahsiyet iktisap etmesi kanunen mümkün olmayan yahut henüz şahsiyet iktisap etmemiş bulunan cemiyet, adi şirket hükmündedir. Adi şirket, tüzel kişiliği haiz olmayan ve ortakların iştirak halinde mülkiyetlerinin sözkonusu olduğu bir şirkettir.

2 - Sözleşmeden Doğan İştirak Halindeki Mülkiyet Halleri

a) Adi Şirket

Borçlar Kanunu'nun 534 ncü maddesine göre ; Borçlar Kanununa göre teşekkül edip ticari gaye gütmeyen adi şirket malları, ortakları arasında iştirak halinde

³⁷ Oğuzman /Seliçi, s.303; Esener, s.121

³⁸ Benzer bir hüküm Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 59 ncu maddesinde vardır.Ayrıntılı bilgi için bkz.Kenan Tunçomağ, Çiftçiyi Topraklandırma Kanunumuza göre dağıtılan arazi, yapı ve tesislerin Mirasçılara İntikal Sureti(İBD 1953 c.XXVII, s.609 vd).

mülkiyet hükümlerine tabidir. Ancak ortaklar şirket sözleşmesi ile iştirak halinde mülkiyet yerine müşterek mülkiyetin sözkonusu olacağını kararlaştırabilirler³⁹.

b) Mal Ortaklığı

Karı koca arasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça , mal ayrılığı rejimini kabul eden Medeni Kanunumuz karı kocanın malların idaresine yönelik evlenmeden önce veya evliliğin devamı süresince mal ortaklığı sözleşmesi yaparak ortaklığa giren mallar üzerinde iştirak halinde mülkiyetin sözkonusu olacağını kararlaştırmalarına imkan tanımıştır (MK m.211).

c) Aile Şirketi Envali

Medeni Kanunun 323 ncü maddesine göre; hısımlar terekede hisselerinin tamamını veya bir kısmını bırakmak veya ortaya diğer mallar koymak suretiyle aralarında aile şirketi envali tesis edebilirler. Bu aile şirketine dahil olacak emval üzerinde ortaklar iştirak halinde malik olacaklardır (MK m.329).

II - İştirak Halinde Mülkiyette Ortakların Durumu

İştirak halinde mülkiyetin sözkonusu olduğu mal üzerinde paydaşların (ortakların) hak ve yetkileri Medeni Kanunun 630 ncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; hilafına bir hüküm olmadığı sürece şeriklerin hakları ve hususiyle malik oldukları şeyde tasarruf yetkileri ancak ittifakla verecekleri karar mucibince kullanılabilir. Ancak buradaki hükümler ancak iştirak halinde mülkiyeti doğuran kanun⁴⁰ veya mukavelede⁴¹ aksine bir hüküm bulunmaması halinde uygulanır.

³⁹ Ansay, Tuğrul; Adi Şirket Ankara 1967, s.138; Domaniç, Hayri; Şirketler Hukuku, İstanbul, 1968, s.37

⁴⁰ İştirak halinde mülkiyetin sözkonusu olduğu miras şirketinde, malların idaresi ortakların oybirliği ile verecekleri kararla belirlenir. Mirasçılardan talebi üzerine de MK m.581 nci gereğince mahkeme tarafından bir mümessil tayin edilebilir.

⁴¹ Mukavele ile iştirak halinde mülkiyetin sözkonusu olduğu adi şirket mallarının idaresi ve şirketin temsili MK 'nın 524 ncü maddesi uyarınca sözleşme ile tayin edilecek bir şahıs tarafından yapılır.

İştirak halinde mülkiyette müşterek mülkiyetin aksine, ortağın tasarruf edebileceği herhangi bir pay sözkonusu değildir. Her bir ortak için ancak ortaklık malvarlığının tasfiyesinde ortaklık ilişkisine göre belirlenen bir hisse almak sözkonsudur ⁴².

İştirak halinde mülkiyetin söz konusu olan gayrimenkulün ortaklarından birisinin, kendisine düşecek payı satış vaadi ile bir şahsa temlik etmesi mümkündür. Ancak bu durumda ortaklık sıfatı alıcıya geçmez, alıcı tasfiye sonucunda borçlu ortağa düşecek hisseyi talep etme hakkına sahip olur ⁴³.

⁴² Gürsoy/Eren /Cansel, s.440 ; .Ayiter, s.111 ; Oğuzman / Seliçi, s.307

⁴³ Gayrimenkulün ileride paydaşlarından birine düşecek payının satışının vadedilmesine ve bu vadin kabul edilmesine ilişkin akit , borç doğuran bir akit olarak Borçlar Kanunun 19 ncu maddesi gereğince geçerli bir akittir.Çünkü burada borçlunun malın paylaşılmasını isteyerek kendisine düşecek payı, alacaklıya temlik etmesi mümkün olduğundan akdin yerine getirilmesine engel olan afaki bir imkansızlık durumu yoktur...". HGK 26.12.1962 65/94 (AD , 1963 , S..5-8, s.757).

§.2- MÜŞTEREK VE İŞTİRAK HALİNDE ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

A) Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi

Müşterek mülkiyet yolu ile birden fazla kişi arasında kurulan topluluk mülkiyetinin ferdi mülkiyete dönüştürülmesi Medeni Kanunun 628 nci maddesine göre rızai veya kazai taksim ile sona erdirilir. Müşterek mülkiyetin rızai taksim ile sona erdirilmesinin çeşitli yolları vardır.

-- Paydaşlar, müşterek mülkiyet konusu olan malın aynen taksimine karar verebilirler. Bu durumda müşterek mülkiyet konusu mal, her paydaşın payı oranında parçalara ayrılır ve paydaşlara dağıtılır.

-- Müşterek mülkiyet konusu olan malın aynen taksimi mümkün değilse veya paydaşlar aynen taksim hususunda anlaşamazlarsa, malın pazarlık veya arttırma suretiyle satışına da karar verebilirler.

-- Müşterek mülkiyete konu olan malın tüm paydaşlar tarafından temlik halinde, müşterek mülkiyet ilişkisi tüm paydaşlar için sona ermiş olur. Paydaşlardan bir kısmının paylarını temlik etmeleri halinde , müşterek mülkiyet ilişkisi onlar için sona ermiş olur.

-- Kamu hukukuna dayalı bir tasarruf olan ve paydaşların iradesi dışında yapılan kamulaştırma işlemi ile de müşterek mülkiyet ilişkisi sona erdirilebilir.

Buna karşılık paydaşlar, Medeni Kanunun 628/2 nci maddesine göre,taksimin nasıl yapılacağı hususunda anlaşamazlarsa, kazai taksim yoluna başvurabilirler.İnceleme konumuzu oluşturan kazai taksim yani ortaklığın giderilmesi davası, müşterek mülkiyet ilişkisini sona erdiren ve en önemli yoldur.. Bu konu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

B)- İştirak Halinde Mülkiyetin Sona Ermesi

İştirak halinde mülkiyetin nasıl sona ereceği Medeni Kanunun 631 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iştirak halinde mülkiyet o mülkün temliki veya iştirakin zevaliyle nihayet bulur. İştirak halinde bir mala malik olan ortakların ittifakı ile ortaklığa tabi malı başkasına temlik etmeleri halinde iştirak halinde mülkiyet ilişkisi sona erer. İştirak halinde mülkiyete sebep olan elbirliği ortaklığının sona ermesiyle de iştirak hali sona erer .

Medeni Kanunun 631/f.2 göre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça iştirakin bozulması müşterek mülkiyet hükümlerine göre yapılacaktır ⁴⁴. Bu nedenle iştirak halinde mülkiyetin ferdi mülkiyete dönüşmesinin en önemli yolu ortaklığın giderilmesi davası ile olur.

⁴⁴ Tunaboğlu, Müslim, Ortaklığın Giderilmesi ve Paydaşların Çıkarılma Davaları, Ankara 1997, s.19; Erdoğan, s. Karahasan, Mustafa Reşit; Türk Eşya Hukuku, c.II, İstanbul 1991, s.2348.

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI VE DAVADA UYGULANACAK USUL KURALLARI

§.3- DAVA HAKKINDA GENEL BİLGİ

Bu bölümde, ortaklığın giderilmesi davasında uygulanacak ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 561-567.nci maddeleri arasında düzenlenen özel usul kuralları ile genel usul kuralları incelenecektir. Bu hükümler incelenirken ortaklığın giderilmesi davasında, usule ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilaflar doktrin ve yargıtay kararları açısından incelenecek ve davanın niteliğine uygun çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

§. 4- YARGILAMA USULÜ

Ortaklığın giderilmesi davasında Sulh Hukuk Mahkemesi görevli olduğundan, basit yargılama usulü uygulanır. Bu husus HUMK' nun 565.nci maddesinde açıkça düzenlenmiştir.Basit yargılama usulü, sözlü ve yazılı yargılama usullerine göre farklı özellikler taşır.

Basit yargılama usulünde, davalı dava dilekçesine 10 gün içinde cevap vermek zorunda olmayıp, cevabını ilk oturumda bildirebilir, ilk itirazını da en geç ilk oturumda esasa girmeden önce bildirebilir. Hakim tarafların menfaati gereği delillerin tamamlanmasını her zaman isteyebilir(m.510).

Bu özellikleri dışında yazılı yargılama kuralları uygulanır.

I - Görevli Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davasında görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin kurallar HUMK'nun 8,II/2,561,562,569 maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklığın giderilmesi davası, dava konusu olan şeyin değerine bakılmaksızın sulh hukuk mahkemesinde görülür⁴⁵.

Ana kural, ortaklığın giderilmesi davalarının sulh hukuk mahkemesinde görülmesi ise de, dava görülürken ortaya çıkacak aşağıdaki uyuşmazlıklara sulh hukuk mahkemesinde bakılamaz.

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında paydaşlar (hissedarlar) arasında dava konusu şeyin mülkiyetine ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olur ve değeri 100.000.000 TL'yi⁴⁶ geçerse HUMK'nun 566 maddesine göre uyuşmazlığın çözümünde Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir⁴⁷.

Bu durumda sulh hukuk mahkemesi (hakimi), uyuşmazlığı çıkaran paydaşa asliye hukuk mahkemesinde dava açması için 10 günlük bir süre verir. Bu süre, HUMK'nun 163 ncü maddesi uyarınca kesin bir süredir, hak düşürücü niteliktedir. Kendisine süre verilen paydaş 10 gün içinde asliye hukuk mahkemesinde dava açmaz

⁴⁵ Ortaklığın giderilmesi davaları her ne miktara balığ olursa olsun sulh mahkemelerinde görüleceği H.U.M.K. 8 ve 562 maddeleri sarahatından bulunduğu halde kıymetinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi yolsuzdur". 6 HD 13.07.1950 4199/3740 (Erdoğan, s.96, no:117).

⁴⁶ 23.06.1996 tarih ve 4146 sayılı kanunla sınır 100.000.000.TL'ya çıkartılmıştır. Daha önceden bu sınır 2.000.000.TL idi.

⁴⁷ "Davacı, bir taşınmaz malın ortaklığını giderilmesini istemiştir. Davalılar, dava konusu taşınmaz malın murisler arasında taksim edildiğini ve 1515 sayılı Kanuna göre tapu kayıtlarının hükümsüz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu durumda usulün 566 ve 567 nci maddelerine göre bu yoldaki anlaşmazlığın çözülmesi sulh mahkemesinin görevi dışında olup asliye mahkemesine aittir..." 6 HD 1965 3806-3806 (Erdoğan, s.98,no:). Aynı şekilde 6 HD 15.04.1968 263/2003, (Erdoğan, s.100,no:132); Aynı şekilde 6 HD 23.5.1974 2551/2550, (Erdoğan, s.104, no:144).

ise, sulh hukuk mahkemesi sözkonusu uyuşmazlığı nazara almadan ortaklığın giderilmesi davası hakkında karar verecektir ⁴⁸.

Eğer 10 günlük süre içinde asliye hukuk mahkemesinde dava açılırsa, sulh hukuk mahkemesi bu davanın sonucunu bekletici sorun yapacaktır ⁴⁹

Ortaklığın giderilmesi davası görülürken, kayyım atanmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde aynı dosya üzerinden kayyım tayinine karar verilemez. Aynı bir dava açılarak kayyım talebi ön mesele biçiminde incelenerek karar verilmelidir ⁵⁰.

Paydaşlar (Hissedarlar) ortaklığın giderilmesi davası hakkında tahkim yoluna başvurabilirler mi?

Doktrinde, ortaklığın giderilmesi davası hakkında paydaşların tahkim yoluna başvurmalarının mümkün olduğu görüşü hakimdir ⁵¹.

Buna karşılık Yargıtay bir kararında, taşınmaz mala ilişkin işler kamu düzenine ilişkin olduğundan paydaşlar tahkim sözleşmesi yapamazlar; Usulün 518 nci

⁴⁸ Değer itibarıyla mülkiyet konusunu halli HUMK'nun 567.maddesi uyarınca sulh mahkemesinin görevini aştığından, davalıya istediği takdirde 10 günlük yasa süresi içerisinde görevli mahkemede dava açmak üzere mehil verilmesi, dava açıldığında bunun sonucunun beklenmesi, aksi halde mülkiyet ihtilafı yokmuş gibi... hüküm tesisi gerekir..." 6 HD 27.1.1983 284/216 (Manisa BD 1983/5 s.38-39). Aynı şekilde 6 HD 27.3.1987 13651/3695 (Yasa 1987/9 s.1342-1343, no:567).

⁴⁹ Davalılarından birisi, dava konusu taşınmaz malların kendisine haricen satıldığını ve bunları imar ve ihya ettiğini, taşınmaz malların kendi adına tescili için MK'nun 650.maddesine dayanarak dava açtığını söylemiş olmasına göre, açılan dava sonucunda verilecek hüküm, şüyuun giderilmesi davasına müessir olacağından dava sonucunun beklenmesi gerekir..." 6 HD 8.5.1962 2280/3598 (Karahasan, Mustafa Reşit; Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s.252).

⁵⁰ Davalılarından (A) kız, (M)'nin Romanya'da bulunması sebebi ile ilk duruşmada kayyım tayinini davacı istemiş ve mahkemece davacının bildirdiği (İ.Ö) tayin edilmiştir. Kayyım tayin talebinin aynı bir dava açılarak ahkamı şahsiye hakimi sıfatıyla incelenmesi gerekir..." 6 HD 15.4.1969 537/1639 (Erdoğan, s.101, no:134).

⁵¹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1992, c.IV, s.4004-4007; Ansay, s.408; Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1977, s.142; Alongoya, Yavuz; Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği Ve

maddesi hükmünce bir uyuşmazlığın yanları özgürce sözleşme yapamayacakları alanda tahkim sözleşmesi yaparlarsa bunun hukuken geçerli olmayacağını belirtmiştir ⁵².

Tahkim sözleşmesi, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklar hakkında yapılabilir ⁵³. Konusun menkul veya gayrimenkul mallar olan ortaklığın giderilmesi davasındada taraflar dava konusu üzerinde sulh yada kabul yolu ile serbestçe tasarruf ettiklerinden ortaklığın giderilmesi ile ilgili tarafların tahkim sözleşmesi yapmaları mümkün olmalıdır.

Kadastro bölgelerindeki taşınmazlara ilişkin ortaklığın giderilmesi davalarına kadastro mahkemesinde değil Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılır (3402 sayılı Kanunun 25/son fıkra).

Büyük şehirlerde sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren işlerin çok olması nedeniyle ahkam-ı şahsiye mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler tereke, velayet, vesayet, nafaka gibi davalara bakmaktadırlar.

Eğer ortaklığın giderilmesi davasına konu olan mal terekeye dahil ise davaya ahkam-ı şahsiye işlerine bakan sulh hukuk mahkemesinde bakılması gerekir. Uygulamada aynı yerdeki ahkam-ı şahsiye işlerine bakan sulh hukuk mahkemesi ile diğer sulh hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev değil bir iş bölümü ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak sulh hukuk mahkemesine açılan ve fakat ahkam-ı şahsiye sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir davada verilecek olan karar gönderme kararı niteliğindedir. Ancak bu gönderme kararı asliye hukuk ve ticaret mahkemelerinin gönderme kararlarında olduğu gibi görevsizlik kararı niteliğinde olmadığından temyiz edilemez ⁵⁴.

Denetlenmesi İstanbul 1973, s.84; Alongoya, Resmi Senetle Düzenlenmesi Gereken Hukuki İşlemlerde Tahkim Sözleşmesinin Şekli (İBD 1980/5-6, s.126-131).

⁵² Taşınmaz malların aynen taksimi yolunda paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir ..." 4 HD 14.5.1974 2094/2496 (YKD 1975/6, s.64 vd). Aynı şekilde 4 HD 9.11.1964 8868/5220 (AD 1965/11-12, s.1378-1379).

⁵³ Kuru, c.IV, s.4003; Alongoya, s.21.

⁵⁴ Aynı yerdeki bir mahkemeye aidiyeti dolayısıyla verilen gönderme kararının görevsizlik niteliğinde olmamasına ve bu yoldaki karar temyiz edilemeyeceğine göre..." 6 HD

Eğer ortaklığın giderilmesi davasına konu olan malda hem iştirak halinde mülkiyet hem de müşterek mülkiyet söz konusu ise görevli mahkeme davacının sahip olduğu mülkiyet şeklinin iştiraki halinde mülkiyet⁵⁵ veya müşterek mülkiyet⁵⁶ olmasına göre tayin edilecektir.

II- Yetkili Mahkeme

1 - Genel Bilgi

HUMK'nun 561 ve devamı maddelerinde ortaklığın giderilmesi davasında hangi mahkemenin görevli olduğu düzenlenmiş olmasına karşın, davada hangi yerdeki mahkemenin yetkili olduğu gösterilmemiştir. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkeme HUMK'taki yetki ile ilgili genel kurallara göre tespit edilecektir. Buna göre, HUMK'nda ortaklığın giderilmesi davası ile ilgili yetkili mahkemeyi belirlemek için yetki kuralları 9,11 ve 13 ncü maddelerde yer alan kuralların uygulanması gerekir.

a) Davalının İkametgahı Mahkemesi

HUMK'nun 9 ncü maddesinde genel yetki kuralı düzenlenmiştir. Buna göre; her dava, dava açıldığı tarihte davalının ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür (9, I, c.1). Bu genel yetki kuralınca ortaklığın giderilmesi davasının, davalının

17.10.1969 3387/4130 (Erdogan, s.101, no:135). Aynı doğrultuda Malatyalıoğlu,Kemal /Ertaş,Hami;Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları,Ankara 1972, s.15-17; Kuru, c.1, s.185'deki yargıtay kararları.

⁵⁵ Davacılar payların bir kısmına iştirak halinde maliktirler. Bu duruma göre davanın ah kamu şahsiye sulh hukuk mahkemesinde görülmesi icap eder..." 6 HD 18.01.1963 7618/232 (Erdogan, s.95, no:124).

⁵⁶ Davada söz konusu edilen taşınmaz malın yarısı tarafların müşterek murisi (İ.S.) ve diğer yarısı da davacı (F.S.) adına tapuya kayıtlıdır. Davacı adına müstakil pay kaydı bulunduğu göre davaya ahkamı umumiyyede bakılması gerekir." 6 HD 25.5.1964 275/2546 (Erdogan,s.99,no:127).

ikametgahı mahkemesinde açılabilmesi için dava konusu malın taşınır mal olması ve tereke ile bir ilgisinin olmaması gereklidir ⁵⁷.

b) Murisin Son İkametgahı Mahkemesi

HUMK'nun 11 nci maddesine göre mirasın taksimi davası ve tereke ile ilgili davalar murisin son ikametgahı mahkemesinde görülür. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınır veya taşınmaz mal muristen kalmış ise, yetkili mahkeme murisin son ikametgahı mahkemesidir (m.11, 518). Murisin son ikametgahı mahkemesinin bu yetkisi, kural olarak, kamu düzenine ilişkin ve kesindir ⁵⁸. Murisin son ikametgahı mahkemesinin kesin olduğu haller HUMK'nun 11, I ve Medeni Kanunun 518/c.2 deki hallerdir.

c) Taşınmaz Malın Bulunduğu Yer Mahkemesi

HUMK'nun 13/I e göre, gayrimenkule ilişkin davalar gayrimenkulun bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Gayrimenkulun bulunduğu yerden maksadın, gayrimenkulun tapuda yazılı olduğu yer olmayıp fiilen bulunduğu yer olduğu hem doktrin ⁵⁹ hem de yargıtayın yerleşmiş uygulamalarında kabul edilmektedir ⁶⁰.

HUMK'nun 13/II de gayrimenkul üzerindeki bir ayni hakka ilişkin davaların, gayrimenkule ilişkin dava olduğu açıklanmıştır. Ortaklığın giderilmesi davası gayrimenkulun aynına ilişkin dava olup taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinde açılır ⁶¹. Ortaklığın giderilmesi davası devam ederken taşınmazın bulunduğu yerde bir

⁵⁷ "... Ortaklığın giderilmesi istenen mallar taşınmaz değil, taşınır mal olmasına, bu durumda usulün değişik 9 ncu maddesinin 1 nci fıkrasındaki genel kural uyarınca, davanın açıldığı tarihte davanın M.K.nun gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülür..." 6 HD7.10.1976 5983-6137 (Erdoğan, s.112, no:156).

⁵⁸ M.K.nun 518 ve HUMK'nun 11 nci maddesine göre öngörülen yetki kuralı kamu düzeni ile ilgili olduğu için mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. bu konuda yetki sözleşmesi yapılamaz" 2 HD 16.11.1970 5032/6013 (RKD 1971/2, s.39-40).

⁵⁹ Kuru, c.I, s.327; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 1989, s.94.

⁶⁰ 6 HD 31.10.1965 5368/5053, (Karahasan, Mülkiyet, s.286).

⁶¹ 6 HD 24.6.1980, 3802/3246 (Tunaboğlu, s.522-523).

mahkeme teşkilatının kurulması halinde, HUMK m.13 gereğince ortaklığın giderilmesi davasına bu mahkemede devam edilmelidir ⁶².

HUMK'nun 13/III e göre, birden fazla gayrimenkule ilişkin dava gayrimenkullerden birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davası birden fazla gayrimenkule ilişkin ise gayrimenkulden birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılır ⁶³. Burada davacıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Davacı ortaklığın giderilmesi davasını gayrimenkullerden birinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilir. Davahların yetki itirazında bulunma hakları yoktur. Ancak hakim, talep üzerine tahkikatın daha iyi yapılmasını sağlamak için bazı gayrimenkuller hakkındaki davanın ayrılmasına (HUMK m.46) karar verebilir ⁶⁴.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan gayrimenkul terekeye dahil olup tereke henüz taksim edilmemişse ve gayrimenkulün bulunduğu yer ile murisin son ikametgahının bulunduğu yer aynı yargı çevresinde değilse, hangi yerdeki mahkeme yetkilidir?

Doktrinde, bu husus tartışmalı olup iki görüş ileri sürülmektedir. bir görüşe göre, miras bırakanın son ikametgahı mahkemesinin kesin yetkili olduğu hallerde ⁶⁵ ortaklığın giderilmesi davasının HUMK m.13 deki kural gereğince gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde değil, miras bırakanın son ikametgahı

⁶² "Mersin Sulh Hukuk Mahkemesinde ortaklığın giderilmesi davası devam ederken erdemli ilçesinde mahkeme teşkilatı kurulması üzerine davanın HUMK. 13.maddesi uyarınca re'sen yetkisizlik kararı ile Erdemli mahkemesine gönderilmesine..." 6 HD 24.6.1955 3801/2364 (Erdoğan, s.111, no:152).

⁶³ 6 HD 6.7.1977 4683/5137 (İKİD 1978/211 s.6232).

⁶⁴ Davacı 6 sı Yalvaç'ta biriside Ankara'da bulunan taşınmaz mallarda mevcut ortaklığın giderilmesini Ankara Sulh Mahkemesinden istemiştir. Davanın görülmesi sırasında taraflar dava konusu taşınmaz malların bulundukları yerleri dikkate almak suretiyle tefrik isteğinde bulunmamışlardır. Bu durum karşısında mahkemece re'sen tefrik kararı verilmesi usule aykırıdır." HGK 1.3.1978 6/1095-190 (İKİD 1978/211 s.6232-6233).

⁶⁵ Geniş bilgi için bkz. (Kuru,Hukuk Muhakemelri Usulü, c.I, s.322-325)

mahkemesinde açılması gereklidir ⁶⁶. Diğer bir görüşe göre de HUMK m.13 deki kural gereğince gayrimenkulun bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır ⁶⁷.

Yargıtay da bu durumda ortaklığın giderilmesi davasının murisin son ikametgahı mahkemesinde açılacağı görüşündedir ⁶⁸.

Kanımca murisin son ikametgahı mahkemesinin yetkisini düzenleyen medeni kanunun 518 ve HUMK 11 maddelerdeki yetki hükmü, gayrimenkulun bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini düzenleyen HUMK'nun 13 deki yetki kuralına göre bir çeşit özel hüküm niteliğindedir. Bu nedenle davanın murisin son ikametgahı mahkemesinde açılması gereklidir. Aksi halde davalıların yetki itirazında bulunma hakları vardır ⁶⁹. HUMK m.11 ve MK m.518 nci maddelerinde düzenlenen miras bırakanın son ikametgahı mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesin yetki kuralı niteliğindedir. Bu nedenle Mahkeme yetkili olup olmadığını re'sen araştırmakla yükümlüdür ⁷⁰.

d) Yetki Sözleşmesi

Yetki sözleşmesi HUMK'nun 22 m.de düzenlenmiştir. Yetki sözleşmesiyle taraflar, belli bir dava için kanunen yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılmaktadırlar. Ortaklığın giderilmesine ilişkin taraflar yetki sözleşmesi yapamazlar. Çünkü yetki sözleşmesi, yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde

⁶⁶ Kuru, c.I, s.334; Postacıoğlu, İlhan; Salahiyet Anlaşmaları, (İHFM 1961, c.XXVI/1-4), s.310-339; Belgesay, Mustafa Reşit; Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Ankara 1956, s.49.

⁶⁷ Önen, Ergun; Gayrimenkul Davalarında Yetki, (AFHD 1965/XXII) s.588.

⁶⁸ HUMK'nun 11 nci maddesi gereğince murisin ikametgahı mahkemesi olan Beyoğlu 4. sulh hukuk mahkemesinin bütün taksim davasını tetkik ve halletmesi icap ederken, taşınmaz malın bulunduğu yerde taksim davası açmakta davacının muhtariyetine karar verilmesi yolsuzdur". 6 HD 30.12.1954 6938/6153 (Malatyalıoğlu/Ertaş, s.22).

⁶⁹ 2 HD 8.2.1973 585/677 (RKD 1973/4-5, s.163-164; İBD 1973/3-4, s.435-436).

⁷⁰ MK'nun 518 ve HUMK'nun 11. maddesine öngörülen yetki kuralı kamu düzeni ile ilgili olduğu için, mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir..." 2 HD 18.5.1976, 3944/4262 (YKD 1976/10, s.1369-1370).

yapılır. HUMK'nun gerek 13 ncü gerekse 11 nci maddelerindeki yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olup bu hallerde yetki sözleşmesi yapılamaz ⁷¹.

Ortaklığın giderilmesi davasının davalının ikametgahı mahkemesinde açılabilceğı hallerde taraflar yetki sözleşmesi yapabilirler. Çünkü HUMK'nun 9.m de dü zenlenen yetki kuralı kamu düzenine ilişkin değıldir.

2 - Yetki Kuralının Niteliğı

HUMK'da dü zenlenen yetki kurallarının bir kısmı kamu düzenine ilişkin olup ⁷² bir kısmı kamu düzenine ilişkin değıldir ⁷³. Yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı, kanun hükmündeki ifadenin mutlak olup olmadığı ve yetki kuralının konuluş amacına bakılarak tespit edilecektir ⁷⁴.

Ortaklığın giderilmesi davasında murisin son ikametgahı mahkemesinin yetkisini dü zenleyen HUMK'nun 11 nci maddesi ile gayrimenkulun bulunduğı yer mahkemesini n yetkisini dü zenleyen 13/1 nci maddesindeki yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olup kesin yetki kuralıdır. Bu nedenle taraflar yetki sözleşmesi ile kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkemenin de yetkili olduğunu kararlaştıramazlar ⁷⁵. Bu hallerde yetki dava şartıdır. Bu nedenle mahkemenin yetkisiz olduğına ilişkin itiraz, ilk itirazlardan olmayıp her zaman yapılabilir; mahkeme de yetkisiz olduğınu kendiliğınden (re'sen) gözetir.

⁷¹ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku , Ankara 1989, s.98.

⁷² Örneğın HUMK'nun 15, 17/2, 11, 13 ncü maddelerdeki yetki kuralları kesin ve kamu düzenine ilişkindir

⁷³ Örneğın HUMK'nun 9, 10, 11/II-III, 12, 17/1 nci maddelerdeki yetki kuralları kamu düzenine ilişkin değıldir.

⁷⁴ Kuru,c.I, s.350; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.94.

⁷⁵ Usulün 13.maddesi uyarınca taşınmaz malların aynıyla ilgili davalar o taşınmazın bulunduğı yer mahkemeside açılır. Bu kamu dü zenıyla ilgili emredici bir hükümdür.Usulün 22.maddesi gereğince ancak kamu düzenine taalluk etmeyen hususlar hakkında sözleşmeyle yetkili mahkeme tayin olunabilir. Bu durumda taşınmaz malın bulunduğı yer olan bu mahkemece

C) Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği Haller

I- Kat Mülkiyeti Halinde

Kat Mülkiyeti Kanununun 7 nci maddesine göre, kat mülkiyetine veya kat irtifakına tabi gayrimenkullerde ortaklığın giderilmesi istenemez ⁷⁶. Buna karşılık Kanunun 7 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre bağımsız bölümler ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilirler ⁷⁷.

II- Hukuki Tasarruf Halinde

Medeni Kanunun 627 nci maddesine göre, taraflar yapacakları hukuki bir tasarruf ile belli bir süre içinde ortaklığın giderilmesi davasının açılmayacağını kendi aralarında kararlaştırabilirler. Ancak bu süre 10 yılı geçemez ⁷⁸. Ortaklığın giderilmesini 10 yıl süreyle istenemeyeceğine ilişkin kural, sözleşme gereği olabileceği gibi kanun hükmü gereği de olabilecektir. Nitekim 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 59 ncu maddesinde ve 2510 sayılı Kanunun 30 ncu maddesini değiştiren 5098 sayılı Kanunda ortaklığın giderilmesi davasının belli bir süre içinde açılmayacağı düzenlenmiştir.

III- Müşterek Malın Devamlı Bir Maksada Tahsis Edilmiş Olması Halinde

Medeni Kanunun 627 nci maddesine göre müşterek mal devamlı bir maksada tahsis edilemiş ise, o tahsis devam ettiği sürece ortaklığın giderilmesi istenemez ⁷⁹. Ancak iki taşınmaz arasında tahsis edilen ve subjektif ayni haklara konu

gerekli inceleme yapılarak anlaşmazlığın çözülmesi icap eder..." 6 HD 13.12.1964 808/703 (Malatyahoğlu/Ertaş, s.23).

⁷⁶ "Dava konusu taşınmaz mal tapu cevabına göre kat mülkiyetine çevrilmiş ve bağımsız bölümler ortaklara ayrı ayrı tahsis edilmiştir. 634 sayılı KMK'nun 7,1.m kat mülkiyetine tabi olan ana gayrimenkulün ortaklığının giderilemeyeceği hükmünü koynuştur. Bu itinarla mahkemenin davayı red etmesi gerekir". 6 HD 9.4.1970 1025/1598 (Malatyahoğlu/Ertaş, s.211).

⁷⁷ HGK 4.10.1978 6-261/785 (İKİD 1979/218, s.6713-6714; ABD 1978/6 s.985-986).

⁷⁸ 6 HD 29.4.1974, 1978/1985 (YKD 1975/8, s.102-103).

⁷⁹ 6 HD 23.4.1981 1363/6864 (Erdoğan, s.221-222, no:406).

olan malların süreyle sınırlı olmaksızın hiçbir zaman ortaklığının giderilmesi talep edilemez⁸⁰.

IV- Münasip Olmayan Bir Zaman Halinde

Medeni Kanunun 627 nci maddesinde düzenlenen ortaklığın giderilmesinin istenemeyeceği hallerden biride münasip olmayan bir zamandır⁸¹. Münasip olmayan zaman ifadesinin her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereklidir⁸².

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olacak taşınmaz malların tapuya kayıtlı olması gerekir. Eğer taşınmaz mal tapuya kayıtlı değilse, bu taşınmaz malın ortaklığının giderilmesi istenemez⁸³. Taşınmaz malın tamamı tapuya kayıtlı değilse davacıya süre verilerek taşınmazın geri kalan kısmını tapuya kaydetmesi istenir. Tasdiksiz yoklama kayıtları tapu hükmünde bulunmadığından bu gibi taşınmaz mallar da ortaklığın giderilmesi davasına konu olamazlar⁸⁴. Ortaklığın giderilmesi davası ile taşınmazın belli bir payının ortaklığının giderilmesi mümkün değildir⁸⁵.

D) Dava Açılmasına Engel Olmayan Haller

Medeni Kanunun 627 nci maddesinde ortaklığın giderilmesinin istenemeyeceği haller genel olarak düzenlenmiştir. Uygulamada bazı durumlar tereddüte yol açmaktadır. Bu halleri Yargıtay kararları doğrultusunda incelemeye çalışacağız.

⁸⁰ HGK 15.5.1963 6/3-35 (İBD 1963/9-10, s.199).

⁸¹ HGK 30.4.1976 6/463-1998 (YKD 1977/3, s.317-322).

⁸² Münasip zamanın her iki tarafın menfaatleri ölçülerek ve MK.nun 4.maddesindeki takdir hakkı da kullanılarak tayini icabeder..." 6 HD 21.1.1988 10360/613 (Erdoğan, s.232-233, no:428).

⁸³ "Tapuda kayıtlı olmayan taşınmaz mal hakkında taksim ve izaleyi şuyuu davasını reddi gerekirken... ısrar edilmesi yolsuzdur". HGK 30.12.1953 6-71/70 (Erdoğan, s.18, no:320).

⁸⁴ Dava konusu taşınmaz mal ... tasdiksiz yoklama kaydına müstenitse tapusuz sayılacağından tapusuz taşınmaz malın ortaklığının giderilmesi de istenemeyeceğinden davanın reddi gerekir..." 6 HD 28.11.1963 6015/4824 (Erdoğan, s.197, no:345)

Ortaklığın giderilmesi davasının konusunu hem taşınmaz hemde taşınır mallar oluşturur. Medeni Kanunun 165 nci maddesinde düzenlenen eşler arasındaki cebri icra yasağı ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına engel değildir⁸⁶.

Muristen kalan ve tapuya kayıtlı taşınmaz malın mirasçılar adına tapuda intikal işleminin yapamamış olması mirasçılar arasında bu mala ilişkin ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına engel değildir⁸⁷. Aynı şekilde miras bırakanın terekesinin tespit edilmemiş olması davanın görülmesine engel değildir⁸⁸. Aynı şekilde taşınmazın hacizli veya ipotekli olması, intifa veya irtifak hakkı ile yükümlü bulunması, satış vaadi sözleşmesine konu olması, tapu dışı satılmış olması yada üçüncü şahıs tarafından haksız işgal edilmiş olması⁸⁹, ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına engel değildir. Taşınmaz bütün paydaşlar tarafından belirli bir süre için bir şahsa kiralanmışsa, kira süresince ortaklığın giderilmesi davası açılmaz⁹⁰.

E) Davanın Tarafları

I- Davacı Taraf

1-Paydaşlar

Ortaklığın giderilmesi davası, paydaş tarafından açılır. Paydaş gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Dava konusu taşınmaz ise, ortaklığın

⁸⁵ " Ortaklığın giderilmesi davalarında ancak taşınmazın bütünündeki ortaklığın giderilmesi mümkün olduğuna göre belirli bir payın ortaklığının giderilmesi mümkün değildir." 6 HD 20.9.19827733/8054 (Erdoğan, s.224, no:411).

⁸⁶ Tarafların karı koca olmaları davanın bakılmasına engel teşkil etmemesine göre satış sureti ile ortaklığın giderilmesine dair hükmün onanmasına." 6 HD 18.9.1953 3550/4516 (Erdoğan, s.192, no:325).

⁸⁷ "... bu gibi davalarda intikal muamelesinin ikmal şart olmayıp, gayrimenkul maliklerinden ölenlerine ait veraset belgesi ibraz ettirilmesi kafi bulunmasına göre, davacılar vekiline veraset belgesini alıp ibraz etmesi için mehil verilmesi gerekir". 6 HD 15.5.1961 1850/3098 (Erdoğan, s.194, no:366).

⁸⁸ "Miras bırakanın terekesinin, evlce tespitinin yapılmamış olması, davanın görülmesine mani değildir..." 6 HD 13.5.1968 1199/2487 (Erdoğan, s.201, no:360).

⁸⁹ Erdoğan, s.187; Yılmaz, Ünal; Ortaklığın Giderilmesi Davaları, Adalet Dergisi 1972, S.4-5, s.377.

⁹⁰ "Davacı davalı ile müşterek malik bulunduğu taşınmaz maldaki hissesini 5 sene müddetle davalının oğluna kiraya vermiş olduğundan, 5 sene müddetle izaleyi şuyu davası açılmaz..." 6 HD 4.4.1967 6047/1452 (Erdoğan, s.200, no:356).

giderilmesi davasının tapu ile malik olan paydaş tarafından açılması gereklidir ⁹¹. Ancak Medeni Kanunun 633 maddesinde belirtilen tescilsiz iktisap hallerinden herhangi birisinin mevcut olması halinde, tapuda tescil işlemi yapılmamış olsa dahi ortaklığın giderilmesi davası açılabilir ⁹². Paydaşlar arasında yaşı küçük olan varsa velisi ⁹³, vesayet altında olan varsa vasisi ⁹⁴ ortaklığın giderilmesi davasını davacı sıfatıyla açacaktır. Eğer kayyım atanmasını gerektiren bir durum varsa, bu durum da ortaklığın giderilmesi davası kayyım tarafından açılır ⁹⁵. Ortaklığın giderilmesi davasını açacak tüzel kişiler, kamu tüzel kişileri olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişileri de olabilecektir.

2) Vakıflar İdaresi

Vakıflar Kanununun 40 ncı Maddesine göre, vakıflar idaresi müşterek mülkiyet hükümleri gereğince paydaş bulunduğu taşınmazlarla ilgili ortaklığın giderilmesi davası açmak hakkına haiz bulunduğu gibi, diğer paydaşlar tarafından açılan taksim davasında da davalı olarak davaya katılabilir.

3) Hazine

Hazine, ortaklığın giderilmesi davasını iki sebebe dayanarak açabilir. Medeni Kanunun 448 nci maddesine göre mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası hazineye intikal eder. Böyle bir durumda hazine hak sahibi sıfatıyla ortaklığın giderilmesi davası açabilecektir.

⁹¹ Taşınmazdaki bir payı haricen veya resmi şekilde yapılmış satış vadi senedine dayanarak satın alan kimse tapuda hak sahibi olarak görülmediğinden ortaklığın giderilmesi davası açamaz.

⁹² "... Medeni Kanunun 633. maddesine göre taraflar tescilden evvel taşınmaz malın müşterek maliki olmuşlardır. Dava açmak temliki bir tasarruf olmadığına göre davaya bakılmak gerekir..." 6 HD 6.5.1971 1799/2127 (İBD 1975/11-12, s.1135).

⁹³ 6 HD 14.5.1953 1395/2878 (Erdoğan, s.125, no:174).

⁹⁴ "Davacının vasisi tarafından dava açıldığı cihetle MK'nın 405 maddesinin 8.bendi gereğince sulh hakiminden dava açmağa izin verildiğine dair belgenin vasiden istenmemesi, susl ve kanuna aykırıdır" 6 HD 24.4.1970 1603/1834 (Erdoğan, s.135, no:210)

⁹⁵ "Dava, kayyım tarafından açılmış olduğuna göre kayyım tayinine ait ilamın tasdikli suretinin dosyaya konulması gerekirken kayyıma dava açmağa yetki verilip verilmediğini araştırmaması kanuna aykırıdır". 6 HD 30.4.1970 1604/1920 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.50).

403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu 33 ncü maddesine göre vatandaşlığı iptal edilenler bir yıl içinde, Türkiye'deki mallarını tasfiye etme zorundadırlar. Eğer bir yıl içinde tasfiye işlemi gerçekleştirilmezse , hazine ortaklığın giderilmesi davası açarak paylı halin giderilmesini isteyebilecektir ⁹⁶. Aynı Kanunun 35 nci maddesine göre vatandaşlıktan çıkarılan kişilerin Türkiye'de bulunan malları hazine tarafından tasfiye edilecektir. Bu durumda hazine ortaklığın giderilmesi davası açabilecek veya diğer paydaşlar tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasına müdahale edebilecektir ⁹⁷.

1062 sayılı Mukabelei Bilmisil Kanunu'nun 12 nci maddesine dayanılarak çıkarılan 16.10.1966 tarih ve 12428 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Suriye uyruklularının mallarının tespiti ve bu mallara el konulması hakkındaki yönetmeliğin 9 ncu maddesine göre, bütün mahkemelerde Suriye uyruklu kişiler tarafından Türk vatandaşları aleyhine açılan veya Türk Vatandaşları tarafından Suriye uyruklu kimseler aleyhine açılan davalara hazine katılır. Hazinenin bu davalara katılmasını sağlamak için davanın resen hazineye ihbarı gereklidir ⁹⁸.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'a göre devlet, vilayet özel idareleri ve belediyelere ait amme alacaklarının tahsili için hazine, 63 ncü maddeye dayanarak borçlunun iştirak halinde malik bulunduğu malın ortaklığın giderilmesi suretiyle sattırıp paraya çevirme hakkına sahiptir. Bu durumda hazinenin İcra ve İflas Kanunun 121 nci maddesi gereğince icra hakimliğinde izin belgesi almış olması şartı aranmayacaktır ⁹⁹. İştirak halinde mülkiyete konu olan taşınmazın beyanlar hanesinde "miktar fazlası hazineye aittir" kaydı hazineye ortaklığın giderilmesi davası

⁹⁶ Malatyahoğlu-Ertaş, s.35.

⁹⁷ Tunaboğlu, s.210; Erdoğan s.123.

⁹⁸ Malatyahoğlu-Ertaş s.34.

⁹⁹ " Bir gayrimenkulün iştirak halinde maliklerinden birisi olan borçlu, şuyun giderilmesi davası açma hakkını haiz olduğuna göre, tahsil dairesi de herhangi bir müsaade istihsaline hacet kalmaksızın, borçlu yerine kaim olarak şuyun giderilmesi davasını açmaya yetkilidir..." 6 HD 1.2.1960 10595/804 (Erdoğan, s.127).

açma hak ve yetkisi vermez. Çünkü beyanlar hanesindeki bu şerh, hazineye mülkiyet hakkı vermeyeceğinden hazine paydaş sıfatını alamayacaktır ¹⁰⁰.

4) Belediye

Belediyenin ortaklığın giderilmesi davasını açması, ya paydaş olması sıfatına ya da özel yasalarca kendisine tanınan yetkiye dayanır. Belediyenin bir taşınmaz malda paydaş olması halinde, bu taşınmaza ilişkin olarak kendisi ortaklığın giderilmesi davası açabileceği gibi diğer paydaşlar tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasında da davalı olur.

Belediye hazine gibi 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanununun 63 ncü maddesine dayanarak, borçlusunun iştirak halinde paydaş bulunduğu malların paraya çevrilmesini sağlamak için ortaklığın giderilmesi davası açma hakkına sahiptir.

6785 sayılı İmar Kanunu'nun 41, 42 ve 46 ncı maddelerine dayanarak belediyeler, şüylendirilen özel ve tüzel kişilere ait imar parselinde paydaş olmasalar bile ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisine sahiptirler. Ancak bunun için belediyenin tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde taşınmaz mal sahiplerinin anlaşamamaları ya da ortaklığın giderilmesi davası açmamış olmaları gereklidir. Bu durumda belediye, 6 aylık sürenin dolmasıyla, paydaş olmadığı halde ortaklığın giderilmesi davası açabilecektir ¹⁰¹.

5) İl Özel İdaresi

İl Özel İdareleri de hazine ve belediyeler gibi paydaş olmaları halinde ortaklığın giderilmesi davası açabileceklerdir. Ayrıca 6183 sayılı Kanunun 63 ncü

¹⁰⁰ " Tapunun beyanlar hanesinde miktar fazlası hazineye aittir diye düşünülen kayda dayanılarak hazine tarafından ortaklığın giderilmesi istenemez". 6 HD 20.4.1962 2557/1131 (Tunaboylu, s.228, no:183).

¹⁰¹ Kesinleştiği anlaşılan yeni parsel hakkında davalılar anlaşamadıklarından davacı belediye 6785 sayılı kanunun 1065 sayılı kanunka değişik 46.maddesi gereğince kendisine tanınan hakk adayanarak parselin ortaklığını giderilmesine ilişkin dava açmıştır." 6 HD 30.6.1978 4737/5297 (Erdoğan, s.146, no:237).

maddesine dayanarak amme alacağı borçlusunun paydaş olduğu mallarla ilgili ortaklığın giderilmesi davası açabilecektir.

6) Alacaklı

İştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu bir mal hakkında paydaşın alacaklısı İcra ve İflas Kanunun 121 nci maddesine dayanarak iştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu malla ilgili olarak ortaklığın giderilmesi davası açabilecektir. Alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi için iştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu bir malın bulunması gereklidir ¹⁰². Müşterek mülkiyette belirli bir pay söz konusu olduğundan alacaklı bu payı haczedip paraya çevirebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasını açmakta hukuki bir yararı yoktur. Bu nedenle müşterek mülkiyet halinde 3 ncü şahıs, alacağını temin için ortaklığın giderilmesi davası açamaz ¹⁰³.

Alacaklının paydaş olan borçlu aleyhine icra takibinde bulunmuş olması gereklidir. Buna karşılık 3 ncü kişi durumundaki alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi için, icra hakimliğinden izin almış olması gereklidir ¹⁰⁴. İzin belgesi vermeye yetkili makam icra hakimliği olup, icra memurundan alınan izin belgesi ile dava açılması halinde davanın reddedilmeyip, bu hususun düzeltilmesi gereklidir ¹⁰⁵.

7) Mirasçılar

Mirasçılar, ister kanuni ister mansup mirasçı olsunlar, terekedeki taşınır veya taşınmaz malların ortaklığının giderilmesini isteyebilirler. Mirasçıların ortaklığın

¹⁰² "... Bir alacaklının bir alacağı dolayısıyla İcra İflas Kanunun 121 nci maddesi ve 14.4.1943 tarih ve 15/48 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince icra merciinden izin alarak davayı açabilmesi için dava konusu taşınmaz malın iştirak halinde mülkiyet şeklinde bulunması lazımdır. Mülkiyet müşterek olduğuna göre davacının dava hakkı yoktur". 6 HD 18.1.1965 5100/302 (Erdoğan, s.130).

¹⁰³ "İcra ve İflas Kanununun 121.maddesine göre alacaklının dava hakkı ancak taşınmaz malın iştirak halinde kayıtlı bulunmasına bağlıdır..." 6 HD 1.6.1994 945/2684 (Tunaboylu,s.129, no:189).

¹⁰⁴ 6 HD 19.3.1954 1810/1965 (Erdoğan, s.126, no:175).

¹⁰⁵ " Tetkik merciinden belge alınmadan doğrudan doğruya veya icra memurunun verdiği belgeye dayanarak dava açılması halinde dava reddedilmez. Yetkili merciiden gerekli belge

giderilmesi davasını açabilmeleri için, tapuda intikal işleminin yapılmış olması gerekmez ¹⁰⁶. Mirasçılar arasında mirastan mahrum edilen ¹⁰⁷, mirastan ıskat edilen veya mirası reddeden ¹⁰⁸ mirasçı varsa, bunlar ortaklığın giderilmesi davası açamaz. Ancak mirası reddeden mirasçının fûruğu varsa bunlar mirası reddeden şahsın yerine kaim olarak mirasa hak kazanacaklarından ¹⁰⁹, mirası reddedenin fûruğları ortaklığın giderilmesi davasını açabilirler ¹¹⁰. Aynı şekilde mirastan feragat eden mirasçı da terekede hak sahibi olmadığından ortaklığın giderilmesi davası açamaz ¹¹¹. Mirasçılar arasında gaip olan mirasçı varsa gaip mirasçı adına bir kayım tayini yetkili mahkemeden istenir ve mahkemenin tayin edeceği kayım dava açabilecektir ¹¹²

8) İntifa Hakkı Sahibi

İştirak halinde mülkiyetin söz konusu olduğu bir taşınmaz malda, mülkiyet sahibi olmayan sadece intifa hakkı sahibi bulunan kimse ortaklığın giderilmesi davası açamaz ¹¹³. Ancak intifa hakkı sahibi aynı zamanda paydaş ise mülkiyet hakkına dayanarak dava açma hakkına sahiptir ¹¹⁴

II- Davalı Taraf

Ortaklığın giderilmesi davasında, davalı taraf paydaş veya davacı

alınmak üzere davacıya süre verilmesi gerekir..." 6 HD 30.12.1993 13743/13925 (Karahacıoğlu, Ali Haydar; Açıklamalı-İçtihatlı Ortaklığın Giderilmesi, Ankara, 1994, s.43)

¹⁰⁶ Bkz. Yuk. s.27-28.

¹⁰⁷ " Dava, bir parça taşınmazın ortaklığının giderilmesine ilişkindir... davacı hakkında azmettirme suçundan kamu davası açılırsa bunun sonucunun beklenmesi gerekir. Zira mahkumiyet halinde davacı MK 520. maddesi uyarınca murisin mirasından mahrum olacağından bu davayı açma hakkı olmayacaktır." 6 HD 1.3.1982, 2368/2265 (Tunaboğlu, s.288-289, no:374).

¹⁰⁸ " Miras reddedildiğine göre davacının miras bırakanın hakları ve payları en yakın kanuni mirasçılara geçeceği cihetle külli halef olan davacı, ortaklığın giderilmesini isteyemez..." 6 HD 15.11.1973 5158/4435 (Erdoğan, s.140, no:225).

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, Ahmet/ Ayiter, Nuşin; Miras Hukuku, Ankara 1991, s.231 vd.

¹¹⁰ 6 HD 8.11.1984, 10576/10893 (Tunaboğlu, s.279, no:361)

¹¹¹ Malatyahoğlu-Ertas, s.30

¹¹² 6 HD 23.11.1973 5109/4599 (Erdoğan, s.150 no:226).

¹¹³ " İntifa hakkı sahibi yalnız başına ortaklığın giderilmesi davası açamaz. Bu hak mülkiyet hakkı sahiplerine aittir. İntifa hakkı sahibi böyle bir davada davaya dahil edilir..." 6 HD 16.12.1982 12430/12348 (Erdoğan, s.151, no:248).

paydaşlar dışında kalan diğer tüm paydaşlardır. Bu nedenle davacı dışındaki tüm paydaşların davalı taraf olarak gösterilmesi gereklidir. Başka bir anlatımla davalılar arasındaki ilişki maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığıdır ¹¹⁵. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasına konu edilen taşınmaza ait tapu kaydı getirtilerek kimlerin paydaş olduğu tespit edilmelidir. Davalı olarak gösterilmeyen paydaş varsa onun da davaya dahil edilmesi gerekir. Getirtilen tapu kaydından davalılardan birinin davadan önce öldüğü anlaşılırsa HUMK'nun "ölü şahıs aleyhine dava açılmaz" kuralı gereğince davanın red edilmemesi gereklidir. Ortaklığın giderilmesi davası taraf teşkili bakımından özelliği olan bir davadır. Ortaklığın giderilmesi davasında, davalılar yönünden mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğundan taraf teşkilinin noksansız olması dava şartlarından olup hakim bu hususu re'sen araştırması gerekir ¹¹⁶. u nedenle paydaşlardan davadan önce ve davanın devamı sırasında ölen varsa onlara ait mirasçılık belgesine göre mirasçıların davaya dahil edilmesi gereklidir ¹¹⁷. Böyle bir durumda, ortaklığın giderilmesi davasına bakan sulh hukuk mahkemesinin davacı paydaşa, ölen paydaşa ait mirasçılık belgesini almak için sulh hukuk mahkemesine dava açmak üzere izin belgesi verecektir. Davacı, bu izin belgesi ile veraset davası açmakta hukuki bir menfaati olduğunu ispat edebilecektir. Bu izin sulh hukuk mahkemesince bir ara kararı ile verilir ve karar mahiyetini kapsayan bir belge davacı paydaşa verilecektir

118

¹¹⁴ Kuru, c.IV, s.4170; Tunaboğlu, s.187.

¹¹⁵ "Ortaklığın giderilmesi davalarında ortaklığın giderilmesini isteyen paydaş davacı ve diğerleride davalı durumundadırlar. Davalılar arasında ise mecburi dava arkadaşlığı bulunması sebebiyle, hepsinin davaya dahil edilmeleri lazımdır..." 6 HD 23.3.1970 802/1233 (Karahacıoğlu, s.49).

¹¹⁶ ". Ortaklığın giderilmesi davalarında... dava konusu mal ister taşınmaz isterse taşınır mal olsun müşterek mülkiyette bütün paydaşların ve iştirak halindeki mülkiyette ise bütün ortakların davaya dahil edilmeleri gerekir... hakim bu davalarda re'sen inceleyeceği ilk konu tarafları noksansız olarak teşkil etmektir. Bu yön dava şartlarındandır... Bu özellik (ayrık durumlar hariç) diğer davalarda söz konusu değildir." HGK 17.2.1982 632/13 (Erdoğan, s.162, no:259).

¹¹⁷ "Ortaklığın giderilmesi davalarında, taşınmazda... miras yoluyla paydaş olan kişilerin sağ ise kendilerinin ölmüşlerse ibraz ettirilecek veraset belgesine göre saptanacak mirasçıların taraf olmaları zorunludur..." 6 HD 14.12.1994 3999/4333 (Karahacıoğlu, s.51).

¹¹⁸ Erdoğan, s.158.

Paydaşlar arasında hakkında gaiplik kararı verilmiş olan paydaş varsa, mirasçılarının davaya dahil edilmeleri gerekir. Eğer mirasçıları tespit edilemiyorsa gaip olan paydaşa kayyım tayin edilir ¹¹⁹

Vakfa ait mallarla ilgili ortaklığın giderilmesi davalarının, varsa müteveliye yoksa vakıflar idaresi aleyhine açılır. Vakıflar Kanunu 40 ncı maddesi gereğince müteveli ile birlikte vakıflar idaresinin de hasım gösterilmesi gerekir ¹²⁰

Paydaşlar arasında Suriye uyruklu olan varsa onu temsilen hazinenin davada yer alması gerekir ¹²¹

Hazinenin davacı sıfatı ile ortaklığın giderilmesi davası açma imkanı bulunan hallerde ,hazinenin davaya dahil edilmesi gerekir ¹²². Buna karşılık hazine, tapu kaydındaki " miktar fazlası hazineye aittir" kaydına dayanarak ortaklığın giderilmesi davası açamamasına karşı, bu kayıt nedeniyle davaya davalı sıfatıyla dahil edilmesi gerekir ¹²³. Aynı şekilde, intifa hakkı sahibi bu sıfatına dayanarak ortaaklığın giderilmesi davasında davacı sıfatını alamamasına karşı, davaya taraf olarak dahil edilmesi gerekir ¹²⁴.

Alacaklının İcra ve İflas Kanununun 12 nci maddesine dayanarak ortaklığın giderilmesi davası açması halinde borçlu paydaş dahil tüm paydaşların davaya dahil edilmesi gerekir ¹²⁵.

¹¹⁹ "Davalılardan N'nin kaybolduğu anlaşılmasına göre MK 377 m.1 nolu bendi mucibince kendisine kayyım tayin edilerek kayyım huzuru ile muhakemenin icrası lazım geldiği..." 6 HD 17.12.1953 6281/6645 (Erdoğan, s.164, no:262).

¹²⁰ Vakfi kimin temsil etmesi gerektiğinin vakıflar idaresinden sorulması ve mütevellisi varsa bunun da davaya katılması gerekir..." 6 HD 1.12.1969 4419/4949 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.58).

¹²¹ 6 HD 21.12.1962 7077/6087 (Erdoğan, s.169, no:282).

¹²² 06 HD 15.2.1972 398/595 (Erdoğan, s.174, no:301).

¹²³ "... Tapudan getirilen kayıtlara göre miktar fazlasının hazineye ait olduğu yazılıdır. Bu durumda 766 sayılı T.K m.42 gereğince miktar fazlası hakkında ... hazine temsilcisinin davaya katılması gerekir..." 6 HD 26.4.1973 2153/1816 (Erdoğan, s.176, no:304).

¹²⁴ "Dava konusu taşınmaz malda (H.A) intifa hakkı sahibi bulunduğu göre davaya çağırılması gerekir." 6 HD 11.5.1970 1870/2048 (Karahacıoğlu, s.49).

¹²⁵ 6 HD 24.2.1986 13386/2324 (Erdoğan, s.180, no:313).

III) Taraf Teşkili (Husumet)

Ortaklığın giderilmesi davalarında sulh hukuk hakimi taraf teşkilini tam yapmalıdır. Çünkü bu davalarda, davalılar yönünden mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan hakim taraf teşkilini re'sen sağlamalıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasında davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır. Bu nedenle müşterek mülkiyette bir veya birkaç paydaş, iştirak halindeki mülkiyette ise bir veya birkaç hak sahibinin yalnız veya birlikte dava açmaları mümkündür. Buna karşılık ortaklığın giderilmesi davasının davalıları arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasında davalı taraf olarak tüm hak sahiplerinin gösterilmesi gerekir. Taraf teşkili bu davada, dava şartlarındadır. Bu nedenle sulh hukuk hakimi taraf teşkilini noksansız yapmalıdır. Ortaklığın giderilmesi davası bütün mecburi dava arkadaşlarına değil de bunlardan birine veya birkaçına karşı açılmış ise, davalı olarak gösterilenlerin yalnız başına davalı sıfatları yoktur. Davalı sıfatı, mecburi dava arkadaşlarının tümüne aittir. Bu durumda sulh hukuk hakiminin, sıfat yokluğu nedeniyle ortaklığın giderilmesi davasını reddetmeyip davacıya davasını diğer mecburi dava arkadaşlarına teşmil etmesi için süre verilmelidir. Davacı taraf kendisine verilen kesin süre içinde davasını diğer mecburi dava arkadaşlarına teşmil etmez ise sıfat yokluğu nedeniyle davanın reddi gerekir.¹²⁶

Sulh hakimi, taraf teşkilini re'sen sağlarken, tapu kayıtlarının ilk oluşumundan itibaren getirtmeli, bu kayıtlara göre paydaşları tesbit etmeli, paydaşlar arasında ölen varsa, onlara ait mirasçılık belgesi alınarak aşağıdaki husular dikkatlice incelenmelidir:

Taraf olan kişiler arasında küçük, mahcur veya gaip olup olmadığı tespit edilmeli ve yasal temsilcilerinin davada taraf olmaları sağlanmalıdır. Taraflar arasında küçük adına Medeni Kanunun 268 nci maddesi gereğince velisi, mahcur veya hükümlü

¹²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, c.I, s.655.

varsa aynı kanunun 405/8 nci maddesi gereğince vasisi davacı veya davalı olarak davada taraf olur. Ancak velinin davacı veya davalı olması için hakimın iznine gerek olmamasına karşın, vasiinin davacı veya davalı olması için ayrıca vesayet makamının iznine ihtiyaç vardır.

Ortaklığın giderilmesi davalarında kanunda belirtilen bazı durumların varlığı halinde kayyımın huzuru ile davanın görülmesi gereklidir ¹²⁷.

Ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı bir davadır. Bu davalarda her paydaş aynı zamanda hem davacı hem de davalı durumundadır. Bu nedenle davalılardan davayı kabul edenler davacı sıfatını alır¹²⁸. Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşın hem davacı hemde davalı durumunda olması, paydaşların taraf olarak eşit haklara sahip olmaları demektir. Dava sırasında davacının beyanı yanında davalının beyanının esas alınması gerekir. Örneğin davacı ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini talep etmiş, davalı da ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep etmiş ise ve taşınmazın aynen taksiminin mümkün olmadığı tespit edilirse davanın reddine karar verilmez. Bu durumda davalı ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep ettiğine göre, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verir. Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşın aynı zamanda hem davacı hem de davalı durumunda olması yargılama giderlerinin paylaşılmasında da kendisini gösterir.

Çünkü ortaklığın giderilmesi davası sonucunda tarafların haklı olup olmadıklarına bakılmaksızın yargılama giderlerinin bütün paydaşlardan payları oranında tahsiline karar verilir.

¹²⁷ MK 377/1, 376/1, HUMK m.41,42/2, 492, 371/1 hallerinde sulh hakimi kayyım atama kararını ve kayyımın dava açma izninin olup olmadığını kontrol etmelidir.

¹²⁸ "... Ortaklığın giderilmesi davası niteliği itibarıyla çift taraflı davadır. Bu itibarla feragat dahi olsa davayı takip etmek isteyen davalı, davacı durumuna girdiğinden davanın görülmesi icap eder." 6 HD 11.6.1973 2960/2401 (Erdoğan, s.139, no:223).

Davacının davasından vazgeçmesi halinde vazgeçme, HUMK'nun m.95 anlamında kesin hüküm niteliği taşımaz¹²⁹. Bu husus feragat bölümü altında incelenecektir¹³⁰.

Ortaklığın giderilmesi davası açıldıktan sonra pay satın alarak paydaş olan kimse, davaya taraf olarak katılabileceği gibi¹³¹ kendi satıcısının daha önce açmış olduğu ve müracata kalan davayı harcını yatırarak açabilir¹³².

Ortaklığın giderilmesi davasında taraf teşkilinin bir diğer özelliği de, yargıtay bozmasının taraflara etkisinde kendisini gösterir. Ortaklığın giderilmesi davasında temyiz sonucu bozulan hüküm, kararı temyiz etmemiş taraf hakkında diğer davaların aksine kesin hüküm teşkil etmez. hükmü temyiz etmemiş olan taraflara da tebligat yapılarak hükümden sonra yargılamaya devam edilmelidir¹³³. Ayrıca ortaklığın giderilmesi davalarının özelliği gereği, dava konusu taşımazda paydaş olduğu halde davada davalı veya davacı tarafında kendisine yer verilmeyen kişi de temyiz isteminde bulunabilir¹³⁴.

F) Dava Arkadaşlığı

Davanın bir tarafında birden fazla kişinin bulunması halinde bunlar arasındaki ilişkiye dava arkadaşlığı denir. Dava arkadaşlığı mecburi dava arkadaşlığı olabileceği gibi ihtiyari dava arkadaşlığı da olabilir.

¹²⁹ Davacının evvelce açtığı aynı mahiyetteki davadan feragatı, ikinci defa bu davayı açmasına mani değildir.HUMK 99. maddesi ortaklığının giderilmesi davalarının özellikleri itibariyle uygulanmaz..." 6 HD 26.9.1969 2706/3710 (Tunaboğlu, s.

¹³⁰ Bkz. a.ş. s.55.

¹³¹ " Temyiz eden davacı H.Ö dava açıldıktan sonra pay satın almış ve dilekçe vererek davata girmiştir. Bu durumda davanın görülmesi gerekirken adı geçen davacının dava açıldığı tarihte paydaş bulunmaması sebebiyle... red kararı verilmesi yolsuzdur". 6 HD 23.1.1969 5363/337 (Erdoğan, s.133, no:201).

¹³² Malatyahoğlu-Ertaş, s.38.

¹³³ "Şuyunun giderilmesi davalarında bozmadan sonra temyiz eden ve etmeyen bütün taraflara tebligat yapılarak duruşma icrası gerekir. Bu yoldaki davaların hususiyeti sebebi ile temyiz etmeyenler veya temyiz dilekçesi reddedilmiş olanlar hakkında hükmün kesinleşmiş olduğu kabul edilemez". 6 HD 17.9.1963 126/3542 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.56).

¹³⁴ 6 HD 4.5.1995, 4523/4742 (Tunaboğlu s.108-109, no:133).

Mecburi dava arkadaşlığında, birden fazla kişinin bir hakla ilgili olarak hepsinin dava açması veya hakla ilgili olarak tümüne karşı davanın açılması söz konusudur ¹³⁵. İhtiyari dava arkadaşlığında ise, birlikte dava açma hakkına sahip olan birden fazla kişinin, kanuni bir zorunluluk olmadan davalarını ayrı ayrı açmayıp birlikte dava açmaları söz konusudur ¹³⁶.

Hukuk usulünde "ölmüş kişiye karşı dava açılmaz" kuralı vardır. Yargıtay da ölmüş kişiye karşı dava açılması halinde davanın taraf ehliyeti yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiği, ıslah yoluyla dahi davanın ölenin mirasçılarına karşı teşmil ettirilemeyeceği görüşündedir ¹³⁷.

Yargıtayın bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir ¹³⁸. Ölmüş kişiye karşı bilmeden dava açan kimseye, bu hatasını düzeltme imkanı tanınmalı ve davayı ölenin mirasçılarına karşı teşmil etmesi yetkisi sağlanmalıdır. Ya da ıslah yolu açık tutulmalıdır. Böyle bir uygulama menfaatler dengesine ve usul ekonomisine daha uygun olacaktır.

Yargıtay, ölmüş kişiye karşı dava açılmayacağı kuralının özel kanunlarla getirilen hükümler nedeniyle ¹³⁹ ve ortaklığın giderilmesi davaları bakımından uygulanmayacağı bu hallerin istisna niteliğinde olduğunu kabul etmektedir ¹⁴⁰.

¹³⁵ Mecburi dava arkadaşlığı maddi ve şekli bakımdan dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c.III, İstanbul 1991, s. 2391 vd.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, c.III, s. 2437.

¹³⁷ İçtihadı Birleştirme Kararı, 4.5.1978 4/5 (R.G 1.6.1978 S.16503 s.44-45). Yargıtayla aynı görüşte; Bilge Önen, s.226; Üstündağ, s.232-233; Postacıoğlu, s.206.

¹³⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz, s.143; Kuru, c.I, s.601.

¹³⁹ Kamulaştırma Kanunun 14/VI maddesi, Orman Kanunun 2896 sayılı kanunla değişik 11/TV maddesi, Kadastro Kanunun 29 ncü maddesi.

¹⁴⁰ "Ölümle şahsiyeti nihayete eren bir kimse aleyhine hiçbir suretle dava açılmaz. Şayet açılmış ise bu davaya bakılamaz. Sonradan ölünün mirasçılarına husumet yöneltilmek suretiyle var olmayan davaya hukuki varlık sağlanamaz. Açıklanan bu kural esas olmakla beraber... ortaklığın giderilmesi davalarında bütün paydaşların davaya katılması şarttır ve mahkeme bunu re'sen göz önünde tutmakla yükümlüdür. Bu itibarla ... ölü olduğu anlaşılan

G) Bekletici Sorun

I- Genel Olarak

Hukuk mahkemelerinin bir davadaki asıl sorun hakkında karar verebilmesi için başka bir mahkemede görülmekte olan bir davanın sonucunu veya çözümlenmesi gereken bir sorunun çözümünü kendisi için bekletici sorun yapabilir. HUMK'da bekletici sorunu düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunlarda açıkça ön görülmüş olan bekletici sorun yapma halleri dışında mahkeme için, bekletici sorun yapma zorunlu değil, ihtiyaridir. Hangi hallerin bekletici sorun yapılması gerektiğini hakim, taraflar arasındaki menfaatler dengesine ve usul hukukunun amacından çıkarılan genel ilkelerine göre belirler.

Zorunlu bekletici sorun halleri dışında, görülmekte olan bir davanın suçlanmasının başka bir davada bekletici sorun yapılabilmesi için, bekletici sorun yapılacak davanın başka bir mahkemede görülmekte olması ve iki dava arasında HUMK 43/2 veya 45/III maddeleri anlamında bir bağlantının bulunmasının gerektirir. Buna karşılık henüz açılmamış olan bir davanın bekletici sorun yapılması da mümkündür. Görülmekte olan davanın çözümü başka bir mercinin görevine giren veya ayrı bir dava konusu yapılması gereken bir hususun çözümüne bağlı ise, ilgili tarafa o konuda dava açması için mehil verilmelidir. Kendisine süre verilen taraf, bu süre içinde dava açarsa bu davanın sonucu bekletici sorun yapılır. Eğer verilen süre içinde ilgili taraf dava açmaz ise, mahkeme bekletici sorun hiç yokmuş gibi mevcut duruma göre karar vermelidir.

II- Bekletici Sorun Teşkil Edebilecek Hususlar

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında paydaşlar arasında meydana gelen

paydaş mirasçıların tesbiti ile davaya katılmalarının sağlanması bir zorunluluk olarak kendini

ve değeri 100 .000.000.TL'yi aşan uyuşmazlıkların çözüm mercii sulh hukuk mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesidir (m.567/I). Bu durumda sulh hukuk hakimi, uyuşmazlığı çıkaran tarafa asliye hukuk mahkemesinde dava açması için 576/II maddesi gereğince 10 günlük bir süre verir. 10 günlük süre içinde davanın açılması halinde aralarında bağlantı olmak koşulu ile asliye hukuk mahkemesinin kararı ortaklığın giderilmesi davası bakımından bekletici sorun yapılır (m.568).

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında bekletici sorun olarak karşımıza çıkabilecek uyuşmazlıklar:

1 - Tapu İptal ve Tescil Davaları

Ortaklığın giderilmesi davasında, paydaşlardan biri dava edilen pay için şufa davası açmışsa ¹⁴¹, dava konusu taşınmazın yüzölçümü ¹⁴², malikinin soyadı düzeltilmesi ¹⁴³ ile ilgili dava açılmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayanılarak tescil davası açılmışsa ¹⁴⁴, kadastro tespitinin iptali davası açılmışsa ¹⁴⁵,

göstermektedir". 6 HD 17.9.1974 3735/3805 (YKD 1975/7, s.930-931).

¹⁴¹ "Davacı aleyhine davalı tarafından şufa davası açıldığı ve takip edilmekte olduğu anlaşılmasına ... göre şufa davasının neticesi beklenmek lazımdır". 6 HD 8.6.1956 4826/4037 (Erdoğan, s.245, no:446).

¹⁴² "Taraflar arasındaki izaleyi şuyu davasında dava konusu taşınmaz malların tapudaki yüzölçümleri ile keşifte tespit edilen yüzölçümleri arasında mühim fark olduğu ... bu durumda yüzölçümleri kayıtlarını düzeltirmek için davacıya ait olduğu mahkmede dava açmak üzere mehil verilmesi ve açılacak dava sonucunu beklenmesi gerekir". HGK 18.3.1972 6/353-189 (YKD 1974/312, s.71-73).

¹⁴³ 6 HD 21.4.1970 1559/1820 (Malatyaloğlu-Ertaş, s.228).

¹⁴⁴ "Dava konusu gayrimenkul tapu kütüğünde tarafların müşterek murisi adına kayıtlıdır. Davalılardan (O.B), gayrimenkulun muris tarafından ölünceye kadar bakma, görüp gözetmek kaydıyla kendisine hibe edildiğini ileri sürmüş ve noterlikçe tanzim edilmiş bir senede istinat etmiştir. Davalıya ... gayrimenkulun kaydını kendi adına tahsili için diğer mirasçılar aleyhine dava açmak üzere mehil verilmesi, dava açıldığı takdirde neticenin beklenmesi, aksi halde gayrimenkulun şuyunun giderilmesine karar verilmesi gerekir. 6 HD 26.9.1960 5210/5538 (Malatyaloğlu-Ertaş, s.221).

¹⁴⁵ "Kadaastro tespitinin iptali hakkında, hazine tarafından asliye hukuk mahkemesine dava açılmış ve bu suretle taksimi istenilen gayrimenkul mülkiyetinin ihtilafı bulunduğu anlaşılmasına rağmen, davanın mezkur dava neticesine bırakılması icap eder.". 6 HD 9.1.1961 7324/180, (Malatyaloğlu-Ertaş, s.222).

tapunun hukuki kıymetini kaybettiği iddiasıyla tapu iptal davası açılmışsa ¹⁴⁶ vb. haller bekletici sorun teşkil eder. Bu bekletici sorunların çözümü ortaklığın giderilmesi davasının doğrudan doğruya etkileyebilecek niteliktedir.

2 - Mirasçılık Belgesinin İptali Davası

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında ibraz edilen mirasçılık belgesindeki pay oranları veya mirasçılar hakkında bir yanlışlık olduğunu ileri sürülmesi veya mahkemece re'sen görülmesi halinde, ilgisine bu yanlışlığı düzeltmesi için süre vermelidir. İbraz edilen mirasçılık belgesinin içeriğinin gerçeğe aykırı olmaması taraf teşkilinin sağlanması bakımından önemlidir. Kendisine süre verilen taraf, bu süre içinde görevli mahkemeden tavzih kararı istemez ¹⁴⁷ ya da iptal davası açmaz ise mahkeme bu nedenle davanın reddine veya mevcut duruma göre karar veremez. Taraf teşkili dava şartlarından olduğundan bu durumun re'sen nazara alınması gerekir. Bir başka anlatımla mahkeme mirasçılık belgesindeki hatanın düzeltilmesini kendisi için bir ön sorun yapar ¹⁴⁸.

3- İdari Davalar

Ortaklığın giderilmesine konu olan taşınmaz mal, 6785 sayılı İmar Kanunu gereğince şüylendirilen bir taşınmaz niteliğinde ve taşınmazın şüyuu işlemi henüz tapuya tescil edilmemişse, ilgili tarafa tescil işlemini yaptırması için süre verilmeli ve sonra davaya bakılmalıdır ¹⁴⁹. Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan karşılık taşınmaz malın imar planının iptali için ilgili mercide iptal davası açılmışsa, mahkemenin iptal davasının sonucunu bekletici sorun yapması gereklidir ¹⁵⁰.

¹⁴⁶ 6 HD 25.2.1960 451/1464 (Erdoğan, s.248, no:458).

¹⁴⁷ "... Veraset belgesinin baş kısmında, davalı (M.İ mirasçı olarak gösterildiği halde, hüküm fıkrasında kendisine pay verilmemiştir. Bu veraset belgesi hükme mesnet tutulduğuna göre, görevli mahkemede ilamın tavzih ettirilmesi için (M.İ)'ye mehil verilmesi ... gerekir". 6 HD 15.4.1969 538/1637 (Erdoğan, s. 367,no 143).

¹⁴⁸ Hakan Pekcantez, Bekletici Sorun (9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980/1-4, s.249-275).

¹⁴⁹ 6 HD 27.4.1981 43/799 (Tunaboğlu, s.258, no; 187).

¹⁵⁰ "... Davalı danıştaya dava açarak imarca yapılmış olan şuyulandırmanın iptalini istemiş olduğunu müdafaaaten ileri sürdüğüne göre, bu hususun araştırılması ve bu yolda dava

4- Kadastro İşlemleri

Ortaklığın giderilmesi davasına konu edilen taşınmaz mal mülkiyetinin ihtilafı olması sebebiyle hakkındaki kadastro işleminin kesinleşmemiş olduğunun tespit edilmesi halinde, kadastro mahkemesindeki davanın bekletici sorun yapılması gerekir¹⁵¹.

Bunun gibi, mülkiyetin hukuki dayanağı ölünceye kadar bakma sözleşmesi, evlatlık edinme sözleşmesine dayanan paydaş varsa, bu sözleşmelerin geçersiz olduğunu ileri süren tarafa iptal davası açması için süre verilerek iptal davasının sonucu bekletici sorun yapılmalıdır.

III- Bekletici Sorun Teşkil Etmeyen Hususlar

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında taraflarca ileri sürülecek bazı hususlar bekletici sorun niteliği taşımazlar. Mahkemenin bu durumda bu talepleri reddetmesi gereklidir.

1- Miras Bırakanın Borcu

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmaz mal, muristen intikal etmiş ve murisin borcu nedeniyle üçüncü şahısların açtıkları alacak davası, ortaklığın giderilmesi davası bakımından bekletici sorun niteliği taşımaz. Çünkü böyle bir alacak davası, dava konusu taşınmazın aynı ile ilgili olmayıp, dava sonunda satış suretiyle

açılmış ise sonucunun beklenmesi gerekir". 6 HD 31.10.1969 3662/4355 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.232).

¹⁵¹ " Kadastro mahkemesindeki dava sonucunun beklenmesi ve maliklerinin tespiti ve davaya dahil edilenler bulunmadığı takdirde, bunların da çağırılması ve taraf teşkili sağlandıktan sonra davaya bakılması gerekir". 6 HD 9.2.1970 234/502 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.232-233).

ortaklığın giderilmesine karar verilmesi halinde paylaştırmada nazara alınacak bir husustur ¹⁵².

2- İflasın Açılması

Ortaklığın giderilmesi davasının taraflarından biri hakkında iflas kararı verilmiş olması halinde hakim, iflasın açılmış olması nedenine dayanarak ortaklığın giderilmesi davasının durmasına karar veremez.

İcra ve İflas Kanununun 191, 193 ve 194 ncü maddelerinde iflasın açılmasının hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Kanunun 194 ncü maddesine göre; kural olarak iflasın açılması ile müflisin taraf olduğu hukuk davaları ikinci alacaklılar toplantısından 10 gün sonrasına kadar durur. Ancak istisnai bazı hukuk davaları iflasın açılmasıyla durmaz ¹⁵³. Aynı şekilde, müflis davacı veya davalı olarak mecburi dava arkadaşı ise, onun hakkındaki davanın ayrılması sözkonusu olmayacağından hakkındaki dava durmaz ¹⁵⁴. Davanın tüm dava arkadaşları bakımından durmasının kabulü ise adaletli bir çözüm olmaz ¹⁵⁵.

3- Yapılan Masraflar

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmaza yapılan masraflar nedeniyle paydaşlar arasında meydana gelen alacak uyuşmazlıkları bekletici mesele teşkil etmez ¹⁵⁶. Müşterek ve iştirak halinde mülkiyet hallerinde açıklandığı gibi

¹⁵² "Mirasçılar, şayet murislerinin borcunu ödememişlerse , izaleyi şüyu davasının alacak davası neticesine talikine imkan olmamasına göre temyiz itirazlarının reddine..."6 HD 12.4.1956 2998/2501(Malatyalıoğlu-Ertaş, s.237).

¹⁵³ Bu hukuk davalarına örnek olarak, boşanma davaları, nafaka davaları, haksız fiilden doğan tazminat davaları verilebilir.

¹⁵⁴ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 452.

¹⁵⁵ 6 HD 20.5.1988 16475 / 8195 (Karahacıoğlu, s.131-132)

¹⁵⁶ Aybay Taksim,s. 56.

paydaşlar yaptıkları masrafları Kanunun hükmüne veya sebebsiz zenginleşmeye veyahut da vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak talep edebileceklerdir ¹⁵⁷.

4- Tenkis Davası

Tenkis davası, yenilik doğurucu bir dava olup, bu dava ile davacı murisin yaptığı sağlararası veya ölüme bağlı tasarruflarla mahfuz hissesine yapılan tecavüzün giderilmesini ister ¹⁵⁸. Tenkis davası, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmazın aynı ile ilgili olup, taşınmazın satışından elde edilecek bedele ilişkin olduğundan bekletici mesele niteliği taşımaz.

H) Birleştirme ve Derdeslik Hali

Aynı ayrı açılmış olan ve aralarında bağlantı bulunan iki dava HUMK'nun 45 nci maddeye göre birleştirilebilecektir.

Ortaklığın giderilmesi davası sırasında paydaşlara ait diğer mallara ilişkin ayrı davanın açıldığının tespit edilmesi halinde aralarında bağlantı olması nedeniyle birleştirilebilecektir. Ancak birleştirilecek davaların birbirinden farklı bir yargılama usulüne tabi olmamaları gereklidir.

Paydaşları aynı olan birden fazla taşınmaza ait ortaklığın giderilmesi davaları HUMK'nun 13 ncü maddesi gereğince, taşınmazlardan birisinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Eğer her bir taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde ortaklığın giderilmesi davası açılmış ise, aralarında bağlantı olması nedeniyle bu davaların birleştirilmesine karar verilebilir. Bu durumda birleştirme talebi sonradan açılan ikinci davanın davalısı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülebilir(m.187/5, 45/II). Kendisine birleştirme talebi yapılan ikinci davanın açıldığı mahkeme, iki dava

(¹⁵⁷)" Faideli masraflar hakkında ikame edilen dava, taksim ve izaleyi şüyu davasının rüyet ve intacı na mani olmaz". 6 HD 11.3 1957 2109 /2043 (Dalamanlı,Lütfi; Gayrimenkul Davaları İstanbul 1952, s. 443).

(¹⁵⁸) Kocayusufoğlu, Necip; Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 412-413.

arasında bağlantı olduğunu tespit ederse ilk itirazın kabulüne ve kendisine açılan davanın önce açılan ortaklığın giderilmesi davası ile birleştirilmesine karar verir ¹⁵⁹.

Buna karşılık , aynı mahkemede açılmış olan davaların birleştirilmesi talebi davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme de kendiliğinden bu hususu nazara alarak birleştirme kararı verebilir (HUMK m.45/I).

Davaların birleştirilmesine karar veren mahkeme, bu karar ile davadan elini çeker. Bu nedenle birleştirme kararı (m.427/II ve III dışındaki hallerde) yalnız başına temyiz edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıdır.

Yargıtay, davaların birleştirilmesine ilişkin kararın bir nihai karar olmadığını, bu nedenle yalnız başına temyiz edilemeyeceği görüşündeydi ¹⁶⁰.

Kuru, davaların birleştirilmesine karar veren mahkeme, davadan elini çektiğinden, birleştirme kararı bir nihai karardır ve tek başına temyiz edilebilir görüşündedir ¹⁶¹.

2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, HUMK'nun 45/II hükmünde, davaların birleştirilmesi kararının kesinleşmesinden söz edilmektedir. Bu nedenle ve birleştirme kararı ile mahkeme davadan elini çektiği için birleştirme kararı nihai bir karardır ve tek başına temyiz edilebilir.

Uygulamada ve doktrinde temyiz inceleme yerleri ayrı ayrı olan davaların birleştirilip birleştirilemeyeceği hususu 2494 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce tartışmalıydı.

Yargıtay, ayrı ayrı açılmış iki dava arasında bağlantı bulunsa bile, temyiz inceleme yerleri farklı ise bu iki davanın birleştirilmesine karar verilemeyeceği görüşündeydi ¹⁶².

⁽¹⁵⁹⁾ Birleştirme talebi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kuru, c.III, s.2471-2495.

⁽¹⁶⁰⁾ 6 HD 2.6.1975, 3160/2783 (Erdogan, s.296, no:586).

⁽¹⁶¹⁾ Kuru, c.III, s.2483.

Yargıtayın bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmekte ve temyiz inceleme yerleri ayrı olan davalar arasında bağlantı bulunması halinde, bu davaların birleştirilerek karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir ¹⁶³. Böylece hem benzer konular hakkında çelişik kararların çıkması önlenmiş olacak hem de davaların daha ucuz ve çabuk bir şekilde sonuçlanması sağlanmış olacaktır.

Uygulama ve doktrin arasındaki bu çelişki 2494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle giderilmiştir. Buna göre temyiz mercii ayrı olan davalar da HUMK'nun 45. madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilecektir ¹⁶⁴. Birleştirme kararında taraflar yargılama giderlerine ve vekalet ücretine mahkum edilmez. Çünkü davaların birleştirilmesi kararı taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan çözümleyen bir karar değildir.

Derdestlik itirazı ile de, açılmış olan davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğu ileri sürülür ¹⁶⁵.

Derdestlik itirazı da ilk itirazlardandır(m.187 / 4).Derdestlik itirazı sonradan açılan davaya bakan mahkemede yapılır. Ortaklığın giderilmesi davasında basit yargılama usulü uygulandığından davalı, derdestlik ilk itirazını en geç ilk oturumda esasa geçmeden önce yazılı veya sözlü olarak ileri sürebilir ¹⁶⁶.Kendisine derdestlik ilk itirazında bulunulan mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda iki davanın taraflarının, dava konusunun(müdeabihlerinin) ve dava sebeplerinin aynı olduğunu tespit ederse 194 ncü maddeye göre derdestlik itirazının kabulüne ve ikinci davanın açılmamış sayılmasına karar verir ¹⁶⁷. Davanın açılmamış sayılmasına ikinin kararda ,

⁽¹⁶²⁾ HGK 2.11.1968 6/823-714 (ABD 1969/1, s.85).

⁽¹⁶³⁾ Kuru, c.I, s.956-957.

⁽¹⁶⁴⁾ Bu değişiklik 18.8.1981 tarihinden sonra ileri sürülen birleştirme ve bu konudaki temyiz istekleri hakkında uygulanacaktır.

⁽¹⁶⁵⁾ Derdestlik itirazının koşullarının ayrıntıları için bkz. Kuru, c.III, s.3008-3014.11

⁽¹⁶⁶⁾ "... Derdestlik iddialarının usulün 187.maddesine göre davanın bidayetinde yapılması lazımdır..." 6 HD 8.3.1973 1276/996 (Erdoğan, s.299, no:593).

⁽¹⁶⁷⁾ "...Aynı davanın daha önce açılıp görülmekte olduğuna dair iptidai itirazın kabulü halinde, usulün 194. maddesine göre davanın ikame edilmemiş sayılmasına karar verilir". 6 HD 21.6.1971, 3037/3026(Malatyalıoğlu-Ertaş, s.257).

davacı yargılama giderlerine ve vekalet ücreti ödemeye mahkum edilir. Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar usule ilişkin nihai bir karar olup, kural olarak temyize tabidir. Ancak temyiz kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez(m. 440 / III). Buna karşılık derdestlik itirazının reddine ilişkin karar ara kararı niteliğinde olduğundan ancak asıl hükümle birlikte temyiz edilebilir. Derdestlik itirazının süresinde yapılmaması halinde, mahkeme davayı esastan inceleyip karara bağlar. Bu durumda mahkemenin birinci davanın sonuçlanmasını bekletici sorunu yapma imkanı da vardır

168

I) Sulh

1- Genel Bilgi

Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan sulh, HHUMK'nda ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiştir. Ancak gerek HUMK'nun 63,151,213,513,515 maddelerinde, gerekse İcra ve İflas Kanununu 38,226/II maddeleri ile diğer Kanunlarda ¹⁶⁹ sulhtan söz edilmektedir.

HUMK'da ayrı bir müessese olarak sulh düzenlenmemiş olmasına rağmen kural olarak her davada sulh olmak mümkündür. Çünkü sulh, görülmekte davanın tarafları arasında yapılan ve dava konusu uyuşmazlığa son veren bir taraf işlemidir. Ancak istisnai olarak tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunmadığı hallerde taraflar sulh ile davayı sona erdiremezler ¹⁷⁰.

II- Yetkili Olanlar

Sulh, dava konusu uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan bir sözleşme olduğundan davalı ile davacı tarafından yapılır. Eğer maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı söz konusu ise sulh, bütün mecburi dava arkadaşlarının katılımı ile yapılır

⁽¹⁶⁸⁾ Kuru, c.III, s.3019.

⁽¹⁶⁹⁾ MK m.306/V, 379/1, 405/8; BK m. 191, 388/III; TK m.165, 219; AK m.165; HK m.22; KK m.74/2

¹⁷¹. Buna karşılık, dava konusu uyuşmazlığın tarafları arasında ihtiyari dava arkadaşlığı sözkonusu ise, her ihtiyari dava arkadaşı tek başına davada sulh olabilir.

Taraf vekilinin sulh olabilmesi için vekaletnamesinde açık bir sulh yetkisinin bulunması gerekir ¹⁷². Taraf vasisinin sulh olabilmesi için sulh hakiminden izin almış olması gerekir(MK.405 / 8).

III- Şekil

Davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar davanın her aşamasında taraflar yapabilecekleri sulh sözleşmesi HUMK'nun 151 /V maddesi hükmünde öngörülen şekle göre yapılmalıdır. Şekil şartı sulh bakımından geçerlilik şartıdır. Buna göre; taraflar duruşmada sulh olmak istediklerini hakime bildirince, tarafların mahkeme önünde yaptıkları sulh anlaşması duruşma tutanağına yazılır(m. 151 / II). Tutanağın sulha ilişkin bölümü, tarafların önünde okunarak kendilerine imza ettirilir(m. 151 / V). Tutanağa yazılan sulh anlaşmasının taraflara okunduğunu ve ondan sonra imza ettirildiğinin de tutanağa yazılması zorunlu olup bu şartlara uymayan sulh anlaşması geçerli değildir.

Mahkeme dışında taraflar yazılı sulh sözleşmesi yapmışlarsa ve bunu mahkemeye bildirirlerse, yazılı sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiği duruşma tutanağına yazılır ve sözleşme duruşmada tarafların önünde okunarak, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılıp tarafların imzalarının alınması ile mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulha dönüşmüş olur. Keşif yapılması sırasında, keşif tutanağına yazılarak taraflara okunan ve imza ettirilen sulh da mahkeme önünde yapılmış sulh niteliğindedir.Mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesine davanın tarafı olmayan

⁽¹⁷⁰⁾ Boşanma ve babalık davası gibi

⁽¹⁷¹⁾ Geniş bilgi için bkz. Kuru, c.III, s.2412; Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1971, s.98.

⁽¹⁷²⁾ "Sulh için vekilin vekaletnamesinde özel yetki bulunması gerekir. Yetkisiz vekilin yaptığı sulh icazetle varlık kazanır". 4 HD 17.10.1968 7229/7478 (Erdoğan, s.291, no:576).

üçüncü kişinin de katılabileceği hem doktrin¹⁷³ hemde yargıtay uygulamalarında kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Ayrıca bu husus tasarıda açıkça düzenlenmiştir¹⁷⁵.

Sulh, yukarıda anlatılan şekil şartına uygun olarak yapılırsa maddi hukukça öngörülen şekil şartı yerine getirilmiş olur¹⁷⁶. Örneğin, gayrimenkullere ilişkin olarak m.151 / V 'te öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılan sulh sözleşmesi, şekil bakımından geçerlidir¹⁷⁷. Böylece dava konusu gayrimenkul hakkında mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesi, mülkiyetin devir borcunu doğuran borçlandırıcı işlem yerine geçer ve gayrimenkul mülkiyetinin kazanılması mahkemenin sulh anlaşmasına göre vereceği karar ile olur (MK m.633).

IV- Mahkemenin Vereceği Karar

Davayı sona erdiren taraf işlemlerinden feragat ve kabulün tersine mahkeme önünde şarta bağlı sulh sözleşmesi yapılabilir. Eğer sulh anlaşması şarta bağlı olarak yapılmışsa mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar vermelidir. Mahkeme işin esasına girerek hüküm veremez, çünkü şarta bağlı hüküm verilemez.

Mahkemenin şarta bağlı olarak yapılan sulh üzerine vereceği bu karar taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmedigiinden maddi anlamda kesin hüküm

⁽¹⁷³⁾ Kuru, c.III, s.2665.

⁽¹⁷⁴⁾ "... Davacının (Recep'in) kadreşi Mehmet'in 150 M2'lik yer için ve davalı Ayşe'nin çıkış yoluna ilişkin açmış olduğu (birinci) davada davacı Mehmet yolun kendilerine verilmesi şartı ile davasından vazgeçmiştir. Bu anlaşmaya davada taraf olmamakla beraber şimdiki davamız Recep'de katılıp açıkça bu anlaşmayı kabul edip imza etmekle aralarındaki anlaşmazlığa mahkeme önünde son vermişlerdir. Buradaki anlaşma sulh akdi niteliğindedir. Sulh akdi, davada taraf olmasa dahi, sulh akdinin akidi olan kişileri bağlayacağından ve davacı Recep'de bu akdin akidi olduğundan yeniden dava açamaz, sulh akdi ile bağlıdır" HGK 18.11.1964, 5/565-647 (ABD 1965/1,s.46).

⁽¹⁷⁵⁾ "Anlaşmazlığın ortadan kalkmasına yardım edeceği taraflarca düşünülürse, üçüncü kişi de sulha katılabilir (Tasarı II-m.108/II, s.117).

⁽¹⁷⁶⁾ Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, (Makale) Ankara 1972 s.123 vd

⁽¹⁷⁷⁾ HGK 18.11.1964, 5/565-647 (ABD 195/1 s.46).

niteliği taşımaz. Tarafların yaptıkları sulh sözleşmesi şarta bağlı değilse, mahkeme tarafların talebi ile bağlıdır. Taraflar mahkemede sadece sulh sözleşmesinin tespitini isterlerse bu durumda mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Buna karşılık taraflar mahkemeden sulh sözleşmesine göre karar verilmesini talep ederlerse, mahkeme sözleşme gereği hüküm vermek zorundadır. Mahkemenin sulh anlaşmasına göre verdiği karar uyuşmazlığı esastan çözdüğü için esasa ilişkin bir karar olup maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.

Sulh üzerine mahkemenin yargılama giderleri hakkında vereceği kararlar ile sulh üzerine mahkemece verilecek kararlara karşı başvurulacak kanun yolları ileriki bölümlerde ortaklığın giderilmesi davasında yargılama giderleri ve kanun yolları başlıkları altında incelenecektir ¹⁷⁸.

Uygulamada bazı yargıtay kararlarında sulh üzerine, mahkemenin sulhun niteliğine bakmaksızın her halukarda "karar verilmesine yer olmadığına " karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir ¹⁷⁹. Yargıtayın bu görüşü doktrinde, sulh üzerine mahkemenin vereceği karar, sulh sözleşmesinin şarta bağlı olup olmadığına ve şarta bağlı olarak yapılmamışsa tarafların taleplerine göre değişecektir biçiminde haklı olarak eleştirilmiştir ¹⁸⁰.

Mahkeme önünde yapılan sulh, İcra ve İflas Kanununun 38 nci maddesine göre ilam niteliğinde olup ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Ancak şarta bağlı sulh, mahkeme ilamları gibi icra edilmez ¹⁸¹. Sulh bir sözleşme olduğundan, taraflar bu sözleşme ile bağlı olup tek taraflı olarak dönemezler ¹⁸².

(¹⁷⁸) Bkz. a.ş. s.102.

(¹⁷⁹) "Dava, şuyunun giderilmesi isteminden ibarettir. Taraflar duruşmada sulh olmuşlardır. Sulh bir akittir ve taraflar yek diğerini bu akde dayanarak ilzam edebilirler. Bu itibarla mahkemece karar ittihazına yer olmadığına karar verilmesi gerekir". 6 HD 16.9.1968 3073/3786 (İBİD 1969/3-4, s.192). Aynı şekildeki yargıtay kararları 6 HD 27.9.1965, 3549/3813; 6 HD 21.12.1972, 5413/4771.

(¹⁸⁰) Kuru, c.III, s.2672.

(¹⁸¹) Baki Kuru, İcra Hukuku, İstanbul 19.., s.359.

(¹⁸²) "Sulhun esaslı unsuru yanların karşılıklı fedakarlıkta bulunmaları olup niteliği gereği diğer tarafın muvaffakati olmaksızın sulhtan tek başına rücu da olunamaz". 15HD 24.1.1979 2/97 (Erdoğan, s.292, no:579).

Buna karşılık taraflardan biri sulh sözleşmesini hata , hile ve ikrah nedeniyle feshini (iptalini) isteyebilir ¹⁸³.

I) Feragat

I- Genel Bilgi

HUMK'nun 91-95 maddeleri arasında feragat müessesesi düzenlenmiştir. Feragat; davanın taraflarından birinin (davacının)talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi nedeniyle dava konusu uyuşmazlığa son veren bir taraf işlemidir.

Davadan feragat, davacının mahkemeye karşı yaptığı tek taraflı irade beyanı ile olur. Feragatın geçerliliği için mahkemenin kabulü gerekmediği gibi, feragat irade beyanın karşı tarafa da ulaşmış olması gerekli değildir.

II- Feragatın Şekli

Feragat şarta bağlı olarak yapılamaz. Çünkü feragat ile dava konusu uyuşmazlık esastan sona ermekte olduğundan şarta bağlı hüküm verilemez.. Feragatın geçerliliği kanunda öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılmasına bağlıdır. Feragat sözlü yada yazılı yapılır. Sözlü feragat, duruşma sırasında yapılır (m.93). Davacının feragat ettiği duruşma tutanağına yazılarak davacının imzası alınır ve feragatın okunarak davacının imzasının alındığı tutanağa yazılır. Keşif sırasında yapılan feragat da aynı şekle tabidir. Yazılı feragat ise davacının duruşma sırasında veya dışında mahkemeye vereceği bir dilekçe ile yapılır. Bu durumda feragat dilekçesinin ayrıca okunarak tutanağa geçirilip davacının imzasının alınmasına gerek yoktur. Davacının feragat dilekçesi verdiğinin tutanağa yazılması yeterlidir.

¹⁸³ HGK 10.11.1965 6/757-412 (ABD 1966/1, s.46-47.

Feragat halinde mahkeme, davanın feragat nedeniyle reddine karar verir. Davadan feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (m. 95 / I). Bu nedenle aynı konu hakkında aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak yeniden dava açılmaz, aksi taktirde kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerekir.

Ancak ortaklığın giderilmesi davasında feragat ayrı bir özellik taşır. Ortaklığın giderilmesi davasında feragatın, feragat eden davacı bakımından kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği hususu doktrin ve yargıtay uygulaması bakımından farklı değerlendirilmektedir.

Doktrinde, ortaklığın giderilmesi davasında davacı davasından feragat etmiş ve davalının da davaya devam edilmesini istememiş olması halinde mahkemenin ortaklığın giderilmesi davasının feragat nedeniyle reddine karar vermesi gerektiği, bu kararın davacı bakımından maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği, bu nedenle davacının aynı ortaklığın giderilmesi davasını yeniden açamayacağı; buna karşılık ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı bir dava olduğundan birinci davadaki davalı veya davalılardan birinin kendi dava açma hakkına dayanarak ortaklığın giderilmesi davasını yeniden açabileceği savunulmaktadır.¹⁸⁴

Yargıtaya göre ise, davacının ortaklığın giderilmesi davasında feragat etmesi, davacı açısından kesin hüküm niteliğinde olmayıp, davacı feragata rağmen ortaklığın giderilmesi davasını yeniden açabilecektir.¹⁸⁵

Kanımca, davacının davasından feragat etmesi kendisi açısından kesin hüküm teşkil eder. Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı bir dava olması davacının feragatının kesin hüküm teşkil etmesine engel değildir. Bu nedenle davacı feragat ettiği ortaklığın giderilmesi davasını yeniden açamamalıdır. Çünkü ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı bir dava olması davacının feragatı karşısında , davalının davayı takip etmek istediğini beyan etmesi veya sonradan davacının feragatına rağmen

⁽¹⁸⁴⁾ Kuru, c.III, s.2610; Aybay, Taksim, s.46.

⁽¹⁸⁵⁾ "Davacının evvelce açtığı aynı mahiyetteki davadan feragatı, ikinci defa bu davayı açmasına mani değildir. HUMK'nun 95.maddesi ortaklığın giderilmesi davalarının özellikleri itibarıyla uygulanmaz". 6 HD 26.9.1969 2706/3710 (Malatyalıoğlu-Ertaş, s.254).

ortaklığın giderilmesi davasını açmasında kendisini gösterir. Davacının açmış olduğu davasından feragat etmesi üzerine mahkeme, davanın feragat nedeniyle reddine karar verir ve dosyadan elini çeker. HUMK'nun 95/1 nci maddede açıkça belirtildiği gibi davadan feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle feragat nedeniyle red edilen dava, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak yeniden açılmaz; aksi halde kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerekir. Buna karşılık ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı dava niteliğinden olduğundan davacının feragat etmesi halinde davalılar, davaya devam edilmesini isterse, mahkeme feragat nedeniyle davanın reddine karar veremez. Ortaklığın giderilmesi davasına bakmakla yükümlüdür. Çünkü ortaklığın giderilmesi davalarında taraflar hem davacı hem de davalı durumunda olup davalının davaya devam edilmesini istemesi durumunda davalı, davacı durumuna geçer¹⁸⁶.

Buna karşılık davacının ortaklığın giderilmesi davasından feragat etmesi halinde davalı da ortaklığın giderilmesi davasına devam edilmesinin istemez ise mahkeme feragat nedeniyle ortaklığın giderilmesi davasının reddine karar verir. Fakat bu karar davalı açısından kesin hüküm oluşturmaz. Yani davalı aynı dava sebebine dayanarak aynı taraflara karşı ortaklığın giderilmesi davasını açabilecektir.

Feragat ile dava konusu uyumsuzluk sona erdiğinden davacı feragatı ile bağlı olup feragattan dönemez. Fakat davacı, feragatın diğer maddi hukuk işlemlerinde olduğu gibi hata, hile veya ikrah nedeniyle iptali yoluna başvurabilecektir¹⁸⁷.

III- Feragat Edebilecek Olanlar

Davacı açmış olduğu davada feragat etme yetkisine sahiptir(m.91). Davalının davadan feragat etmesi ancak karşılık dava açmış olması halinde mümkündür.

¹⁸⁶ " Ortaklığın giderilmesi davası niteliği itibarıyla çift taraflı davadır. Bu itibarla feragat dahi olsa davayı takip etmek isteyen davalı davacı durumuna girdiğinden davanın görülmesi icap eder. 6 HD 11.6.1973 2960/2401 (Malatyahoğlu-Ertaş, s.254).

¹⁸⁷ Kuru, c.III, s.2607; Postacıoğlu, s.482; Ergun Önen, Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez (ABD 1976/1, s.26-30).

Davacının kanuni temsilcisi velisi ise, veli davadan feragat edebilir. Buna karşılık davacının kanuni temsilcisi vasisi ise, vasinin davadan feragat etmesi, sulh hakiminden izin almış olmasını gerektirir.

Tereke mümessili, mirasçılarının tümü tarafından kendisine davadan feragat etme yetkisi verilmiş olması koşulu ile davadan feragat edebilir ¹⁸⁸.

Davadan feragat, davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar yapılabilir. Feragat halinde başvurulabilecek kanun yolları ve hükmedilecek yargılama giderleri ileride incelenecektir ¹⁸⁹.

J) Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanması

Çekişmeli yargı işlerinde uygulanan taraflarca hazırlanma ilkesi ile çekişmesiz yargıda uygulanan kendiliğinden re'sen araştırma ilkelerinin ortaklığın giderilmesi davasında uygulandığını söylemek mümkündür ¹⁹⁰.

Taraflarca hazırlama ilkesi, davanın ve savunmanın dayandığı vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye sunulmasıdır. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ise, hakim tarafların bildirmiş olduğu vakıaların doğruluğunu araştırır. Ortaklığın giderilmesi davasında davacı, davasının dayanağı olan iştirak halindeki mülkiyetin veya müşterek mülkiyetin kaynağını bildirmekle yükümlüdür. Ortaklığın giderilmesi davasında hakim, tarafların bildirdikleri mülkiyetin hukuki niteliğini tespit için dava konusu taşınmaz mala ilişkin tapu kayıtlarını getirtir ¹⁹¹. Daha sonra da dava sonucunda verilecek hükmün tespiti açısından keşif

¹⁸⁸ 7 HD 30.9.1981 7996/10183 (YKD 1981/12, s.1561-1563).

¹⁸⁹ Bkz. aşı. s.103.

¹⁹⁰ Taraflarca hazırlanma ile kendiliğinden (resen) araştırma ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.237 vd.

¹⁹¹ "... Dava konusu taşınmazın yerinde keşif yapılması ve tapunun uyup uymadığı tespiti gerekirken ... tarafların kabulüne binaen keşif yapılmadan karar verilmesi yolsuzdur". 6 HD 28.12.1964 6350/6655 (Erdoğan, s.277, no:539)

yapılmasına karar verir ¹⁹². Hakim, keşif yapmadan önce ortaklığın giderilmesi davasının taraf teşkilini sağlamalıdır. Taraf teşkilini sağlarken, tapuda paydaş olarak görülenlerden ölen olup olmadığını kontrol ederek, ölenin olması halinde veraset ilamının alınmasını sağlayarak ona göre mirasçıları davaya dahil etmelidir. Taraf teşkili sağladıktan ve taraflar delillerini bildirdikten sonra keşif yapılmasına karar verilir.

K) Talep Sonucu

Ortaklığın giderilmesi davasını açan davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde ortaklığın giderilmesi ile paylaşırma işleminin yapılmasını ister. Davacının talep sonucu bölümünde, paylaşırma talebi olmayıp sadece ortaklığın giderilmesi talebi varsa bunun paylaşırma talebini de kapsadığı sonucuna varılmalıdır ¹⁹³. Davacının talep sonucu açık değilse bu husus kendisine açıklattırılmalıdır.

Doktrinde davacının dava dilekçesinde davasını paylaşırma davası olarak nitelendirmesi halinde, davanın geniş anlamda ortaklığın giderilmesi davası olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir ¹⁹⁴. Davacı dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde paylaşırmanın aynen veya satış suretiyle yapılmasını isteyebileceği gibi, mümkün olduğu takdirde aynen, mümkün olmadığı takdirde satış suretiyle yapılmasını da isteyebilir.

L) Davayı Değiştirme Ve Genişletme Yasağı

Dava açılmasının sonuçlarından biri olan davayı değiştirme ve genişletme yasağı (m.185/II) ortaklığın giderilmesi davasında davacı bakımından geçerlidir. Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasında davacı dava dilekçesinde ortaklığın giderilmesini aynen paylaşırma suretiyle giderilmesini istemiş ise, kural

¹⁹² "Taraflara ait taşınmaz malın birer kısmı alınıp şuyulandırmak suretiyle bir imar parseli meydana gelmiş olduğuna göre, şuyulandırıldıktan sonraki duruma göre yapılmış olan tescile ait imar parselinin kayıt suretinin getirilip tapu işlerinden anlayan bilir kişi marifetiyle keşif yapılması gerekir". 6 HD 29.5.1969 1088/2314, (Erdoğan, s.279, no:546).

¹⁹³ Kuru, c.III, s.4155

¹⁹⁴ Aybay, M.M.T., s.40; Aral, s.82; Kuru, c.IV, s.4156.

olarak daha sonra satış suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyemez. Çünkü davacının bu talebi talep sonucunun değiştirilmesi niteliğindedir. Talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi HUMK m. 85/II gereğince davayı değiştirme ve genişletme yasağı sayılan hallerdendir. Davacı bu durumda davayı değiştirme ve genişletme yasağının istisnalarından biri olan davalıların muvafakatını alarak talep sonucunu genişletebilir veya değiştirebilir. Davalıların muvafakat etmemeleri halinde davacı, HUMK m. 83/90 maddeleri arasında düzenlenmiş olan ıslah müessesesine başvurabilir. Islah müessesesi, diğer tarafın rızası olmaksızın davanın değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceği kuralının bir istisnası olup, ıslah ile taraflardan biri yapmış olduğu bir usul işlemini tamamen veya kısmen düzeltmesini sağlayan bir taraf işlemidir ¹⁹⁵. Ortaklığın giderilmesi davasının özelliği itibarıyla taşınmazın aynen taksiminin mümkün olmadığı saptanırsa ve dava dilekçesinden sadece aynen taksim istenmiş ise, davacı talebini değiştirerek yani ıslah ederek taşınmazdaki ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep edebilir ¹⁹⁶. Bu durumda hakimin davayı reddetmeyip ıslah talebine göre araştırma yapıp bir karar vermesi gereklidir ¹⁹⁷.

Çift taraflı dava olma özelliği nedeniyle ortaklığın giderilmesi davasının davalıları, davacının dava dilekçesini talep sonucundaki talebi ile bağlı olmayıp başka bir talepte bulunabilirler. Yani davanın genişletilmesi yasağı (m.185/II) Ortaklığın giderilmesi davasının davalıları hakkında uygulanmaz ¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Islahın yapılacağı zaman, çeşitleri, etkisi, konusu ile ıslah yolu ile düzeltilebilecek usul işlemleri ile düzeltilemeyecek işlemler ile ilgili bilgi için bkz. Kuru, c.III, s.2793-2842.

¹⁹⁶ "Davacı, her ne kadar dava konusu gayrimenkulün taksimine karar verilmesini dava dilekçesinde istemiş ise de mahkemece, bu gayrimenkulün taksimini mümkün olmadığını keşiften tespit edilmesinden sonra mahkemeye verdiği dilekçesinde gayrimenkulün satılması suretiyle giderilmesini istemiş olmasına binaen bu dilekçenin usul hükümleri gereğince davanın ıslahı mahiyetinde olduğunu kabul etmek gerekir". 6 HD 15.08.1969 2683/3298 (Malatyalıoğlu-Ertaş, s.252). Aynı şekilde HGK 30.05.1973 1235/481, (Erdoğan s.209).

¹⁹⁷ "Ortaklığın giderilmesi davasının özelliği itibarı ile taşınmazın kabili taksim olmadığı saptanırsa davacının iddiasını değiştirerek yargılama içersinde satış istemesi mümkündür. Açıklanan nedenle satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi bozmayı gerektirmiştir". 6 HD 29.11.1993 1221812496, (Tunaboğlu, s.154, no:47).Islah müessesesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Ejder Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 1982.

¹⁹⁸ Kuru, c.II , s.1263 vd

M) Talepten Başka Bir Şeye Karar Verilememesi

Hakim kural olarak, iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez(m.74).Usulün bu kuralı ortaklığın giderilmesi davasında da uygulanır.Bu nedenle sulh hakimi tarafların talebi ile bağlıdır. Davacı dava dilekçesinde ortaklığın satış sureti ile giderilmesini istemiş ve dava sırasında davalılardan hiç biri ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesini istememişse, mahkeme aynen taksim mümkün olsa bile ortaklığın aynen taksim yolu ile giderilmesine karar veremez ¹⁹⁹

Aynı şekilde davacı, dava dilekçesinde ortaklığın aynen taksim yolu ile giderilmesini istemiş ve davalılardan hiç biri ortaklığın satış yolu ile giderilmesini istememişse, mahkemece yapılan keşifte dava konusu malın aynen taksiminin mümkün olmadığı tespit edilmesi halinde ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar veremez.Bu durumda mahkeme taleple bağlılık ilkesi gereğince ortaklığın giderilmesi davasının reddine karar vermelidir ²⁰⁰.

Uygulamada çoğu kez davacı dava dilekçesinde ortaklığın aynen taksim yolu ile, bu mümkün olmadığı takdirde satış yolu ile giderilmesini istemektedir. Bu durumda mahkeme yapacağı keşifte her iki husus hakkında gerekli incelemeleriyaparak bilirkişi marifetiyle iki husus tespit edilmeli ve aynen taksim mümkün ise aynen taksime, değilse, satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar vermelidir.

Davacı, dava dilekçesinde aynen taksimi, davalılar ise satış suretiyle ortaklığın giderilmesini talep etmişlerse ve yapılan inceleme ve keşif sonucu dava

¹⁹⁹ "Dava taşınmaz mal ortaklığının giderilmesi isteminden ibarettir... Mahkemece taksime karar verilmiştir... Taşınmaz malın aynen taksimi mümkün olduğuna ve davacı da taksimi istediğine göre mahkemece talep harici karar verilemez". 6 HD 15.3.1973, 1370/ 1096 (İBD 1973/5-6, s.716-717).

²⁰⁰ "Dava dilekçesinde şuyun satış suretiyle giderilmesi istenmiş ve davalılarda taksim isteminde bulunmamışlardır. Satışa ilişkin bir istem bulunmadığı ve taşınmaz malın taksiminin mümkün olmadığı tespit edildiğine göre davanın reddi gerekir".6 HD 12.11.1970,4424/4261 (Malatyahoğlu-Ertaş s.252).

konusu taşınmazın aynen taksiminin mümkün olduğu tespit edilirse, mahkeme aynen taksim yolu ile ortaklığın giderilmesine karar vermelidir.

Davacı, ortaklığın satış yolu ile giderilmesini istemiş, davalıları da ortaklığın aynen taksimini istememişlerse ve mahkemece yapılan inceleme ve keşif sonucunda dava konusu taşınmazın aynen taksimin mümkün olduğunu tespit edilirse mahkeme taleble bağıllık ilkesi gereğince satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verebilir mi?

Doktrin ve uygulamada, bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁰¹

Kanaatımca, taleble bağıllık ilkesi gereğince satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir. Zira, bu durumu öğrenen davacı ya da davalıların muvafakat ya da ıslah yolu ile aynen taksimi talep etmeleri mümkün iken bunu talep etmemişlerse artık davanın reddine karar verilmemelidir.

§. 5- HÜKÜM

A) Genel Bilgi

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda kurulacak hüküm ile taraflar arasındaki topluluuk mülkiyeti ferdi mülkiyete dönüşecektir. Medeni Kanunun 628 nci maddesinde müşterek mülkiyetin nasıl sona ereceği açıkça belirtilmiş olmasına karşın iştirak halinde mülkiyet için böyle açık bir hüküm Medeni Kanunda bulunmamaktadır. Ancak Medeni Kanunun 631 nci maddesine göre aksine bir hüküm bulunmadığı sürece müşterek mülkiyete ilişkin taksim kuralları uygulanacaktır. Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan topluluk mülkiyeti, aynen taksim veya satış yoluyla son bulur. Hakimin bu iki taksim şekllinden birini seçme hakkı olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

²⁰¹ Kuru, c.IV, s.4157; Erdoğan, s.250.

Doktrinde hakim olan görüş, Medeni Kanunun 628 nci maddesine göre, hakim aynen taksim veya satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verme konusunda bir takdir hakkı olmayıp, aynen aksimi mümkün olması halinde satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar veremeyecektir; aynen taksime karar vermek zorundadır²⁰².

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan malın değerinde önemli bir eksiklik olmayan her halde aynen taksimin paydaşların lehine olacağını düşünölemeyeceğı, bu nedenle hakimi aynen taksime karar vermeye mecbur tutmanın doğru olmayacağı, hakim karar vermeden önce malın değerinde önemli bir azalma olup olmayacağını araştırması, malın özel durumuna paydaşların ihtiyaçlarına bakıp objektif bir değerlendirme ile aynen taksim veya satış yoluyla taksimde hangisinin paydaşların yararına olduğunu saptayarak hakkaniyete uygun bir karar vermesi gereklidir²⁰³.

Yargıtay ise, doktrinde hakim olan görüş doğrultusunda, hakim aynen veya satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verme konusunda bir takdir hakkına-sahip olmadığını, dava konusu malın değerinde önemli bir değer eksikliği olmadığı takdirde aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerektiğı görüşündedir²⁰⁴. Medeni Kanunun 628 nci maddesinde belirtilen aynen veya satış yoluyla taksim şekline karar verilmesinde hakim bir takdir hakkına sahip olup olmadığı hukuk mahkemelerinde geçerli olan "taleple bağıllık ilkesi" ile ortaklığın giderilmesi davasının özellikleri nazara alınarak tespit edilmelidir.

²⁰² Velidede oğlu/Esmer, s.202; Aybay s.126, Esener/Güven, s.111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.617-618; Erdoğan, s.330; Karahacıoğlu, s.76.

²⁰³ Özgür, Yılmaz; Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (İzalei Şüyu) İstanbul 1995, s.86; Sungurbey,İsmet; Medeni Kanun Ön Tasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, s.19-20.

²⁰⁴ "Davacı satış yoluyla taksim, davalı aynen taksim istemiş olup, aynen taksim mümkün ise aynen taksime karar verilmek gerekir". HGK 30.1.1991,6-520/11 (YKD 1991/11, s.1623).

Ortaklığın giderilmesi davasında hem davalı hem davacı taraf aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesini talep etmiş ve aynen taksim mümkün ise bu durumda taleple bağılılık ilkesi gereğince hakim aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verecektir. Aynı şekilde taraflar satış yoluyla ortaklığın giderilmesini talep etmiş ve yapılan keşif sonucunda aynen taksimi mümkün olduğu saptanmış olsa bile hakim taleple bağılılık ilkesi gereğince satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar vermek zorundadır. Buna karşılık, davacı aynen taksim, davalılar ise satış yoluyla ortaklığın giderilmesini talep etmişler ise ve yapılan keşif sonucunda aynen taksimin mümkün olduğu tespit edilirse, aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesine karar vermeden önce hangi taksim şeklini tarafların ihtiyaçlarına, amaçlarına cevap vereceğini objektif olarak değerlendirerek bir karar vermelidir. Eğer aynen taksim mümkün değilse, bu durumda ortaklığın giderilmesi davasının reddine karar verilmemeli, davalı tarafın satış yoluyla ortaklığın giderilmesi talebi dikkate alınmalıdır. Çünkü ortaklığın giderilmesi davası çift taraflı bir dava niteliğinde olduğundan davacı tarafın talebi kadar davalı tarafın da talebi dikkate alınmalı ve tarafların ihtiyaçlarına, taşınmazın durumuna göre hakkaniyete uygun bir karar verilmelidir.

I) Aynen Taksim

Aynen taksim, müşterek şeyin paydaşlar arasında payları oranında ve paydaşlar sayısınca aynı nitelikte bağımsız parçalara ayrılmasıdır. Ortaklığın giderilmesi davasının sonucunda hakimin aynen taksim yolu ile ortaklığın giderilmesine karar verebilmesi için doktrin ve yargıtay uygulamasında üç şartın varlığı aranmaktadır.

1) Fiziki Şart

Müşterek nesne ile varsa üzerindeki mütemmim cüzlerin paydaş sayısınca bağımsız parçalara ayrılması mümkün olmalıdır²⁰⁵. Burada önemli olan

paydaşların tamamına dava konusu maldan bir parça verilmesidir.

2) Ekonomik Şart

Müşterek malın, paydaşların sayısınca paylara ayrılması ile değerinde önemli bir eksiklik olmamalıdır ²⁰⁶. Ekonomik şartın gerçekleşmesi için değer eksikliğinin olup olmadığı şöyle tespit edilecektir. Malın parçalara ayrılmasından sonra parçaların değerlerinin toplamının, malın parçalanmadan önceki kıymetine eşit olması gerekir ²⁰⁷. Eğer malın parçalara ayrılması nedeniyle önceki değerine göre değerinde önemli bir değer kaybı oluyorsa hakim aynen taksime karar veremez. Aynen taksim sonucu paydaşlara verilen payların birbirine eşit olacak büyüklükte ve değerinde olması gerekir. Ancak paydaşlara verilen parçalar ile pay oranları arasındaki eşitsizlik aynen taksime engel değildir. Çünkü çoğu zaman payların nitelik açısından eşit olmasının sağlanması güçtür. Bu durumda ivaz ilavesi yoluna başvurularak ivaz ilavesi yolu ile aynen taksim sonucu payına oranla daha değerli parça olan paydaşlar, daha az değerli parça olan paydaşlara aradaki farkı öderler ²⁰⁸.

İvaz, para olabileceği gibi, taşınmazın, suya, yola olan uzaklığına verimliliğine göre de yüzölçümü olarak az veya çok vererek sağlanabilir. İvaz suretiyle payların denkleştirilmesinde de her paydaşa dava konusu maldan mutlaka bir pay verilmektedir. İvaz sadece payların denkleştirilmesi içindir. İvaz suretiyle denkleştirme yapılmasının hakim kendiliğinden karar verir, tarafların rızası aranmaz.

3) Hukuki Şart

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda aynen taksime karar verilebilmesi için, ekonomik ve fiziki şartın yanında hukuki şartın da gerçekleşmesi lazımdır. Aynen

²⁰⁵ Ortaklığın giderilmesi davasında aynen taksime karar verilebilmesi için dava konusu taşınmaz malın bütün hissedarlara birer parça verilmek suretiyle tasiminin mümkün olup olmadığı araştırılmak lazım gelir...". HGK 1.12.1969 1244/861 (Erdoğan, s.367, no:690).

²⁰⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, s.139.

²⁰⁷ Erdoğan, 330-331; Aybay, s.128; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.620.

²⁰⁸ Özgür, s.137.

taksim için karar verilmesi bazen hukuki olarak mümkün olmayabilir. Örneğin taşınmazın belediye sınırları içinde olması halinde imar açısından aynen taksimin mümkün olup olmadığı saptanmalıdır. Bunu için ortaklığın giderilmesi davasının konusunu teşkil eden mallar ister belediye ve mücavir alan sınırları içinde olsun, isterse dışında bulunsun taşınmazın ifrazının Medeni Kanun ile İmar Mevzuatındaki taksime ilişkin düzenlemelere uygun düşmeyen bir ifraza karar verilemeyecektir²⁰⁹.

Aynen taksimin mümkün olup olmadığının tespiti için yapılacak keşifte, mahkemece re'sen getirtilen tapu kaydı, varsa çap, bilir kişi marifeti ile dava konusu taşınmaza uygulanarak taşınmazın sınırları ve yüzölçümü tespit edilir. Taşınmazın değeri ve varsa muhtesatın değeri bilir kişi marifeti ile ayrı ayrı tespit edilir²¹⁰. Aynen taksimin mümkün olup olmadığı, ivaz ilavesinin gerekip gerekmediği, payların denkleştirilmesi hususları bilirkişiden sorulur. Tüm bu işlemler yapıldıktan sonra aynen taksim mümkün ise, bilirkişiye taksimi gösteren bir harita çizdirilir ve handi paydaşa hangi parçanın verildiği haritaya atıf yapılarak hükümde açıkça belirtilir.

Yapılan aynen taksim sonucunda paydaşların paylarının eşit olması halinde hakim kur'a yoluna başvurmadan re'sen paylaşırma yapabilecek midir?

Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hakim olan görüş; aynen taksime karar verilmesi halinde payların dağıtımı için hakim kur'a yoluna başvurmak zorunda olmayıp işin mahiyetine, taksim edilecek şeyin ekonomik ve fiili durumuna, paydaşların maddi ve sosyal durumlarına bakarak hakkaniyete uygun bir karar ile paylaşırma yapabilecektir. Yani Hakim payların dağıtımının kura çekilmek suretiyle yapılmasına karar verebileceği gibi resen de tayin ve tahsis edebilecektir²¹¹.

²⁰⁹ Tunaboylu, s.501

²¹⁰ "... Taşınmaz belediye ve mücavir alan hudutları içersinde ise taksim projesi eklenerek belediyeden imar yasası ve yönetmeliği uyarınca bu taksime imkan olup olmadığı sorulur, taşınmaz belediye ve mücavir alan dışında ise aynı husus il idare kurulundan sorularak sonucuna göre hüküm konulur". 6 HD 2.10.1995 8664/9046 (Tunaboylu, s.534-535).

²¹¹ Aybay, s.131; Tekinay, s.621; Oğuzman/Selici, s.319; Özgür, s.94.

Doktrindeki diğer bir görüşe ise, Medeni Kanunun 590 ncı maddesinde düzenlenen kur'a usulü yalnız miras hukukuna has ve istisnai bir durum olup bunun bütün taksimlere teşmil edilmesi tehlikelidir ²¹².

Yargıtay ise, hakimın bu hususta bir takdir hakkına sahip olmadığını, kur'a çekilmek suretiyle pay dağıtımının yapılacağı görüşündedir ²¹³.

Kanımca, aynen taksim sonucunda hangi payın hangi paydaşa verileceği hususunda paydaşlar anlaşılamazlarsa, mirasın paylaşılmasına ilişkin Medeni Kanunun 596. maddesindeki hükmün kıyas yoluyla uygulanarak kur'a çekilmek suretiyle payların dağıtımına karar verilmesi gerekir. Bu çözüm şeklinin kabulü paydaşlar arasında eşitliği sağlama bakımından daha uygun olur.

B) Dava Konusunun Birden Fazla Olması

Ortaklığın giderilmesi davasının konusu olan taşınmazların birden fazla olması halinde bunların birleştirilerek aynen taksimine karar verilebilecek mi?

Kural olarak ortaklığın giderilmesi davasında tarafların aynen taksim talep etmeleri halinde dava konusu her taşınmazın ayrı ayrı ele alınarak pay ve paydaş durumuna göre taksimin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Ortaklığın giderilmesi davasının konusunu teşkil eden taşınmazların (taşınır) birden fazla olması halinde bunların her birinin bir paydaşa verilerek aynen taksime karar verilebilmesi için paydaşların muvafakatı aranır. Ancak doktrinde, ortaklığın giderilmesi davasına konu teşkil eden nesnenin birden çok olması halinde, her malın ayrı ayrı bölüştürülmesini zorunlu kılan bir kuralın Türk Medeni Kanununda bulunmadığı, böyle bir kuralın olduğunu savunmanın yanlış olacağı gibi işin

²¹² Saymen /Elbir, s.254.

²¹³ "Medeni Kanunun 628 nci maddesine göre payların verilmesi, paydaşların kendi aralarında uyuşmasıyla olur. Bu mümkün olmazsa hakimın takdirine gidecektir. Bu takdirinde, olabildiği kadar afakiliği kaldırmak üzere Medeni Kanunun miras paylaşılmasına ilişkin 509ncu maddesindeki hükmün kıyas yoluyla uygulanması ve ad çekmeye başvurusu

mahiyyetine ve paydaşların ihtiyaçlarına cevap vermeyeceği ,bu nedenle böyle bir durumda dava konusu nesnelerin aynı çeşit olması aranmaksızın değer eşitliği sağlanarak konuların paydaşlara dağıtılması gerektiği ve nesneler arasında değer farkı varsa farkın ivaz ilavesiyle giderilmesi gerektiği savunulmaktadır ²¹⁴.

Ortaklığın giderilmesi davasında sulh yolu ile davayı sona erdirmeye hakkına sahip olan tarafların dava konusu nesnelerin birden fazla olması halinde kendi aralarında sulh anlaşması yaparak veya muvafakatlerini bildirerek nesnelerin paylaşımını yapabilirler. Bunun dışında muvafakatleri veya sulh anlaşması olmaksızın hakim re'sen bu yola başvurmaz. Dava konusu taşınmazın tümü için geçerlidir. Ancak taraflar anlaşarak dava konusu taşınmazın bir bölümünü ortak olarak bırakabilirler.

Aşağıdaki karar ortaklığın giderilmesi davasının konusunun birden fazla nesne olması halinde ortaya çıkabilecek yukarıdaki soruların çözümüne yargıtayın uygulamasını gösterir niteliktedir.

"Dava iki parça taşınmazın ortaklığının giderilmesine ilişkindir. Mahkemece taşınmazlardan birinin taksimi, diğerinin satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiştir.

Ortaklığın giderilmesi davalarında taksim istenmesi halinde dava konusu her taşınmazın ayrı ayrı ele alınarak pay veya paydaş durumuna göre taksimin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Paydaşlar muvafakat etmediği takdirde taşınmazın bir kesimi paydaşlar arasında paylı "müsa" bırakılmaz. Davada sulh vaki olmadığı sürece bir kısım taşınmazların bazı paydaşlara, diğerlerinin diğer paydaşlara verilmesi şeklinde re'sen taksime gitmek mümkün değildir. Taksimde her bir taşınmazın pay ve paydaş durumuna, arazinin verim niteliğine göre taksimin mümkün olup olmadığının bilirkişi aracılığıyla saptanması gerekir ²¹⁵.

gerekir". HGK 21.11.1962, 6/29-64 (AD 1963/3-4, s.454-455). Aynı şekilde 6 HD 5.10.1982, 8238/8418 (Karahasan,Mülkiyet,s.245).

²¹⁴) Özgür, s.97-98; Sungurbey, s.21.

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunun terditli olabileceğini daha önce inceledik. Talep sonucu terditli olarak belirtilebilmesine karşın hüküm terditli olarak verilmez. Başka bir deyişle mahkeme, dava konusu taşınmazın bir kısmının aynen taksimine diğer kısmının satışına ve bu suretle ortaklığının giderilmesine karar verilmez. Mahkemece ya dava konusu taşınmazın tamamen taksimine veya satışına karar verilmesi gereklidir ²¹⁶.

Daha öncede açıkladığımız gibi dava konusu mal üzerinde üçüncü kişi lehine konulmuş ipotek, haciz kayıtları veya intifa hakkı ortaklığın giderilmesi davasının görülmesine engel değildir ²¹⁷.

Ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesine karar verilmesi halinde dava konusu taşınmaz üzerinde bir kişi lehine konulan ipotek yada haciz kaydı varsa aynen taksim sonucu oluşan bağımsız mülkiyet konusu paydaşların payları üzerinde devam edecektir ²¹⁸.

Aynı şekilde aynen taksim sonucu dava konusu üzerindeki intifa hakkı her bağımsız payda üzerinde ayrı ayrı göz önünde tutulması gereklidir ²¹⁹.

II- Satış Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi

1) Genel Bilgi

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda hakim, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine aşağıdaki hallerde karar verir.

²¹⁵ 6 HD 13.4.1993 4307/4526 (Özgür, s.98).

²¹⁶ 6 HD 11.4.1963 2083/1829 (Özgür, s.144).

²¹⁷ Bkz. Yuk, s.28..

²¹⁸ 27.1.1954, 1/22-3 (Malatyalıoğlu-Ertaş, s.136).

²¹⁹ "Taşınmaz malın belli bir payı üzerinde intifa hakkına sahip olan kimsenin bu hakkı, taşınmaz malın her cüzüne saridir. Bu itibarla mahkemenin aynen taksimine karar verdiği taşınmaz malın bazı parçalarını paydaşlar üzerinde intifa hakkı yokmuş gibi bırakması ve taksim sonucunda meydana gelen parçalardan yalnız birisinin intifa hakkı ile yükümlü bırakması usul ve kanuna aykırıdır". 6 HD 5.7.1960 4334/4963 Ertaş, s.134

a) Ortaklığın giderilmesi davasında tarafların oybirliği ile satış istemiş olmaları halinde, taleble bağlılık ilkesi gereğince hakim, aynen taksim mümkün olsa bile satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verir (HUMK m.74)..

b) Ortaklığın giderilmesi davası sonunda, dava konusu taşınmazın aynen taksimının mümkün olmadığına tespit edilmesi halinde , satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilir.

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilirken, taşınmaz üzerinde muhtesat olup olmadığına, taşınmaz malın imar mevzuatı açısından durumu da nazara alınmalıdır.

2) Satış Şekli

Mahkeme, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin kararında satış şeklini de belirtmelidir. Medeni Kanunun 628 nci maddesinde satışın ya paydaşlar arasında ya da umum arasında yapılabileceği belirtilmiştir.

a) Satışın Paydaşlar Yapılması

Mahkemece satışın paydaşlar arasında yapılmasına karar verilebilmesi için, bütün paydaşların bu satış şeklini kabul etmiş olmaları gereklidir. Paydaşlar, satışın kendi aralarında yapılmasını oybirliği ile yapılmasını talep etmişlerse, taleble bağlılık ilkesi gereğince hakim bu taleble bağlıdır. Paydaşların taleplerine aykırı karar veremez

220

b) Satışın Umum Arasında Yapılması

Hakim, satışın umum arasında yapılmasına da karar verebilir. Satışın umum arasında yapılması, satışa katılacakların sayısının fazla olması ve ihale bedelinin

²²⁰ Tunaboylu, s.759, no:976; eşya huk bak.

fazla olması sonucunu doğuracağından paydaşların yararına olan bir satım şeklidir. Buna karşılık, maddi durumu iyi olmayan paydaşlar bakımından sakıncalı sonuç doğurabilecek bir satım şeklidir.

Ortaklığın giderilmesi dava vasfının taraflarından bir kısmı satışın paydaşlar arasında, bir kısmı da umum arasında yapılmasını talep etmişse, bu durumda mahkeme tarafların maddi ve sosyal durumlarını nazara alarak paydaşların yararlarına olacak satım şekline karar vermelidir. Bu durumda Hakim, satışın paydaşlar veya umum arasında yapılması konusunda bir takdir hakkına sahiptir. Yargıtay ise, satışın paydaşlar arasında yapılması hususunda paydaşların oybirliği yok ise, satışın umum arasında yapılması gerektiği görüşündedir ²²¹.

Dava konusu malın satış yoluyla ortaklığının giderilmesine karar verilmesi halinde taşınmaz üzerinde muhtesatın olup olmadığı, muhtesat varsa kime ait olduğu keşif sırasında ayrıntılı olarak tespit edililerek kararda açıkça yazılmalıdır.

Eğer paydaşlar arasında yabancı uyruklu paydaş varsa, satışın umum arasında yapılması gerekir. Çünkü, yabancı uyruklu kimseler, kural olarak Türkiye'de taşınmaz sahibi olamazlar ²²².

Satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilen taşınmazın üzerinde muhtesat olması halinde ne yapılacaktır?

Medeni Kanunun 619 ncu maddesine göre, taşınmaz mal üzerinde bulunan binalar, ağaçlar ve sair tesisler taşınmazın mütemmim cüzidir. Bu nedenle satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar vermesi halinde, dava konusu taşınmaz malın üzerindeki muhtesatla birlikte satışına karar verilmelidir ²²³.

²²¹ "taraflar ittifak edemediğine göre taşınmazın umum arasında satışına karar verilmesi gerekirken paydaşlar arasında satışına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." 6 HD 25.12.1995, 12275/12541 (Tunaboğlu, s.740, no:946).

²²² Tekinalp, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1992; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1990, s.275.

²²³ "Bina arzın mütemmim cüz'ü bulunmasına ve bunun da arz ile birlikte işleme tabi tutulması zaruri olmasına göre, müşterek gayrimenkulun üzerindeki bina ile birlikte satılmasına karar verilmesi gerekir." 6 HD 5.10. 1961, 4293/5333 (Erdoğan, s.486-487, no:916).

Buna göre, intifa hakkı, menkul ve gayrimenkulların satışına konu edilmeden önce tesis edilebilen ve aksine bir hüküm olmadıkça sahibine, üzerine tesis olduğu şeyin tamamından yararlanma hakkı sağlar.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan menkul ve gayrimenkullerin satışı HUMK'nun 571. maddesi gereğince İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılacağından, kural olarak gayrimenkul üzerindeki irtifak hakları, gayrimenkul mükellefiyeti ve ipotekler ile birlikte satılacaktır. Ancak şahsi irtifak hakkı olan intifa hakkı sahibinin iradesine de bakılmalıdır. Eğer intifa hakkı sahibi, hakkının bedele dönüşmesini talep ederse, dava konusu malın intifa hakkı ile yükümlü olmaksızın satışına karar verilir. Bu durumda intifa hakkı satış bedeli üzerinde devam edecektir. Malın intifa hakkı ile yükümlü olmaksızın satışına karar verilebilmesi için diğer paydaşların muvafakatı aranmaz. İntifa hakkı sahibinin yalnız başına vazgeçmesiyle intifa hakkının sona ereceği Medeni Kanunun 720/2. maddesi yanında 14.3.1960 gün ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile de kabul edilmiştir²²⁴. Ancak intifa hakkı sahibi, hakkının bedele dönüşmesini talep etmez ise, dava konusu mal intifa hakkı ile

²²⁴ " İntifa hakkıyla takyitli olan taşınmaz malın bu hakla yükümlü olarak satılması gerekir. Ancak intifa hakkı sahibi muvafakat ettiği takdirde takyitsiz dahi satılabilir. Bu halde ise intifa hakkı, satış bedelinden takyitli paya isabet eden para üzerine geçer." İ.B.K. 14.3.1960, 1/3(YDK, 1960/4, s.78).

birlikte satılır ²²⁵. İntifa hakkı sahibinin rızası olmadıkça taşınır malın da intifa ile yükümlü satılması gerekir ²²⁶.

b) Diğer Takyitler

Ortaklığının giderilmesi istenen taşınmaz mal üzerinde, üçüncü şahıs lehine haciz şerhi, ipotek kaydı, iştirak şerhi gibi kayıtların bulunması halinde, taşınmaz mal satışının bu taktitlerle birlikte yapılması gereklidir ²²⁷.

III-Kat Mülkiyeti Kurulması Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi

A) Genel Bilgi

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Kanunun 10 ve 12 nci maddelerinde, genel olarak kat mülkiyetinin kurulabilmesi için gerekli şartlar, kat mülkiyetinin kurulma şekilleri ile ortaklığın giderilmesinin kat mülkiyeti kurulması suretiyle yapılabileceği düzenlenmiştir. Biz bu bölümde mahkeme kararı ile kat mülkiyetinin kurulma koşulları üzerinde duracağız.

B) Mahkeme Kararı İle Kat Mülkiyeti Kurulması

Mahkemece ortaklığın kat mülkiyeti kurulmak suretiyle giderilmesine karar verilebileceği 634 sayılı kanunun 10/5 fıkrasında belirtilmiştir. Ancak mahkemece dava konusu bina üzerindeki uyuşmazlığın kat mülkiyeti kurulmak suretiyle giderilmesine karar verilebilmesi için bazı şartların bulunması gereklidir.

²²⁵ "Satış sureti ile ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde intifa hakkı varsa, taşınmazın intifa hakkı ile yükümlü olarak satılması gerekir..." 6 HD 24.4.1996, 3931/4078(Tuna boylu, s.766, no: 987)

²²⁶ 6 HD 22.10.1973, 4710/4017(Tunaboylu, s.781, no:1009).

²²⁷) "Dava konusu taşınmazlar üzerinde üçüncü şahıs lehine haciz şerhi vardır. Bu itibarla taşınmazların bu şerhlerle yükümlü olarak satılması suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken bu hacizlerin bedele dönüştürülmesi şeklinde satışa karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 6 HD 12.2.1982, 12333/1408 (Erdoğan, s.514, no:979).

1) Ortaklığın giderilmesi davasının taraflarından birinin talebi gerekli ve yeterlidir ²²⁸. Ortaklığın giderilmesi davasında taraflardan birisinin ortaklığın taksim yolu ile giderilmesine ilişkin talebinin kat mülkiyeti kurulması istemini de içereceği yargıtay uygulamalarından ²²⁹ ve bu konuda doktrinde hakim olan görüşten anlaşılmaktadır ²³⁰.

2) Kanunda sayılan belgeler getirtilmelidir. Bu belgelerden bir kısmı mahkemece resen, bir kısmı da taraflarca getirtilmelidir ²³¹).Örneğin bütün paydaşlarca imzalanması gerekli olan yönetim planının bazı paydaşlarca imzalanmaması halinde,634 Sayılı Kanunu'un 33 ncü madde gereğince hakim işlem yapabilecektir ²³².

3) Her bir paydaşa bağımsız bir bölüm düşmelidir. Hakim, kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verirken her paydaşa düşen bağımsız bölümü ile bu bağımsız bölümle doğru orantılı olarak arsa payını da kararda açıkça belirtmelidir ²³³. Kat mülkiyetine çevrilen ve her bir paydaşa düşen bağımsız bölüm arasında değer farkı olup olmadığını bilirkişi marifeti ile tespit edilmeli ve değer farkı

²²⁸ " 634 sayılı Kanun hükümlerine göre paydaşlardan yalnız biri dahi tasarruf şeklini kat mülkiyetine çevrilmesini isteyebilir. Yani bu husus için paydaşların anlaşmaları şart değildir". 6 HD 17.1.1967 5569/1294 (Erdoğan, s.412, no:774)

²²⁹ ". Dava dilekçesinde açıkça, taşınmaz malın taksimi ve mümkün olmadığı takdirde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenmiştir. Taksim istemi paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlere tahsisi istemini de kapsadığından hakim bu hususu nazara almak ve Kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi halinde kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar vermek zorundadır". 6 HD 14.12.1995, 11881/12114 (Tunaboğlu, s.634-635, no:829).

²³⁰ Kuru, c.IV ; Ali Haydar Karahacıoğlu- Mehmet Altın, Kat Mülkiyeti Kanunu ;Erdoğan, s.245-246.

²³¹ "... Taşınmaz malın kat mülkiyetine çevrilmesi için ...bütün paydaşların tamamının muvafakatlerinin bulunması şart değildir. Bu vitibarla 634 S.K.'nun 10 ve 12. md'leri göz önünde bulundurularak tarafların mutabakatı bulunmadığı halde kanunda gösterilmiş belgeler mahkemece tamamlanarak yerinde yeniden keşif yapılması ve gerekirse ivaz da tayin edilerek tahsiline karar vermek gerekir". 6 HD 8.2.1973, 584-481 (Erdoğan, s.429, no:812).

²³² 6 HD 6.2.1973, 635/431 (Tunaboğlu, s.705-706, no:902).

²³³ 6 HD 7.4.1970, 992/1525 (Erdoğan, s.420, no:832).

olması halinde ise ivaz ilavesi yoluyla denkleştirme yoluna gidilmesine tarafların talebi ile bağlı olmaksızın resen karar verebilecektir ²³⁴.

Kat mülkiyetine konu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet şeklinin müşterek mülkiyet olması kural olmakla birlikte, taşınmaz üzerinde bazı paydaşların iştirak halinde malik olmaları, taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi suretiyle ortaklığın giderilmesine engel değildir. Dava konusu taşınmaz malda bir kısım paydaşların iştirak halinde malik olmaları nedeniyle müşterek mülkiyetin kat mülkiyetine çevrilmesine imkan bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmez ²³⁵. Kanun'un aradığı şartların gerçekleşmesi halinde ortaklığın kat mülkiyeti kurulmak suretiyle giderilmesine karar verilmelidir. Bu durumda bu paydaşlara ayrılacak bağımsız bölüm üzerinde iştirak halinde mülkiyet hali devam eder ²³⁶. Bağımsız bölüm üzerinde iştirak halinde mülkiyet sahibi olan paydaşlar her zaman bu bağımsız bölümüm ortaklığının giderilmesini talep edebilirler ²³⁷.

Bu koşulların gerçekleşmesi halinde hakim, kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar vermek zorundadır. Doktrinde, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10/son fıkrasındaki "hakim şartların varlığı halinde bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir" ifadesinin hakime bir takdir hakkı tanındığı anlamına gelmeyeceği, şartların gerçekleşmesi halinde hakimin kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar vermek zorunda olduğu kabul edilmektedir ²³⁸.

²³⁴ "... Davacı da taşınmaz malın kat mülkiyetine çevrilmesi suretiyle ortaklığın giderilmesini istediğinden 634 S.K.'nın 10 ve 12. md'leri dairesinde ve ivaz ilaveside göz önünde tutularak taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesinin mümkün olup olmayacağının araştırılması gerekir". 27.2.1978, 773/1585 (Karahacıoğlu, s.149).

²³⁵ 5 HD 3.3.1967, 1043/4688 (Karahacıoğlu-Altın, s.163).

²³⁶ "...bir kısım dairelerin paydaşlar arasında müstakil bölüm halinde müşa bırakılması mümkün olduğu da gözönünde bulundurularak kat mülkiyetine çevrilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir."

²³⁷ 6 HD 15.12.1965, 16333/7162(Karahacıoğlu-Altın, s.147-148).

²³⁸ Selahittin Sulhi Tekinay, s. ; Ali Arcak-Celal Erdoğan, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Uygulaması, Ankara 1976, s.132 ; Oğuzman/Seliçi, s.

Aynı şekilde, kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz mal üzerinde haciz ²³⁹ veya ipotek bulunması ya da intifa hakkı ile yükümlü bulunması ²⁴⁰ kat mülkiyeti kurulmasına engel değildir.

§.6-SULH HUKUK MAHKEMESİNİN KARARINA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLLARI

A) Temyiz Kanun Yolu

Ortaklığın giderilmesi davasının birinci safhası sonucunda mahkemece verilen karar karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Temyiz süresi sekiz gün olup bu süre hükmün tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. Temyiz kanun yolu bakımından ortaklığın giderilmesi davası farklı bir özellik arzeder. Buna göre, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmazda paydaş olduğu halde davada taraf sıfatının alamamış paydaş da hükmü temyiz edebilir ²⁴¹. bu özellik sadece ortaklığın giderilmesi davasının taraf teşkili özelliğinin bir sonucudur.

B) Karar Düzeltme Kanun Yolu

Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilen hükmün temyiz incelemesi sonucu onanmasına veya bozulmasına ilişkin yargıtayın ilgili dairesi tarafından verilen kararlara karşı karar düzeltme kanun yoluna başvurulamaz. Bu husus

²³⁹ ". Miras şirketi hak sahiplerinden ikisinin borçları dolayısıyla taşınmaz mala konmuş olan hacizler tasarruf şekli kat mülkiyetine inkılap ettiği takdirde, kendilerine tahsis edilecek kısma intikal edeceği cihetle haczin mevcudiyetinin Kat Mülkiyeti Kanunun uygulanmasına engel olmaz...". 6 HD 13.4.1967, 6057/1666 (Karahacıoğlu, KMK, s.163-164).

²⁴⁰ " Taşınmaz malda intifa hakkı sahibinin paydaş bulunması taşınmaz malın kat mülkiyetine çevrilmesine engel teşkil etmez.". 6 HD 7.6.1971, 2580/2723 (Karahacıoğlu, KMK, s.143).

²⁴¹ "...Ortaklığın giderilmesi davalarının en önemli özelliği bütün paydaşların sağ iseler kendilerinin, ölmüşlerse veraset ilamlarına göre saptanacak mirasçılarının taraf olmalarının zorunlu olmasıdır. Böyle bir davada yer almayan kişi yönünden, temyiz istemi kimden ne sebeple gelirse gelsin, öncelikle taraf teşekkülünün sağlanması açısından bozma yapılması yargıtayın yaygın ve istikrar kazanmış uygulamasıdır. Bu özellik sebebi ile ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmazda paydaş olduğu halde kendisine davada yer verilmemiş olan kişinin de temyiz isteminde bulunmaya hakkı olduğunun kabulü kaçınılmazdır...". 6 HD 4.5.1995, 4523/4742 (Tunaboğlu, s.108-109, no:133).

hukuk usulü muhakemeleri kanununun 440/III f, 2 b. de düzenlenmiştir. Buna göre yargıtayın sekizinci maddede gösterilen davalara ait hükümlerin onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararları hakkında karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Usulün sekizinci addesinin ikinci fıkrasının iki numaralı bendinde taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ait davalar düzenlenmiştir ²⁴².

C) Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesi, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlara karşı başvurulmuş bir kanun yoludur. Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilen hükme ilişkin Hukuk Usulü Muhakameleri Kanununun 445 nci maddesinde sayılan nedenlere dayanarak yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir ²⁴³.

Ortaklığın giderilmesi davasının feragat nedeniyle reddine ilişkin mahkeme kararı ile tarafların sulh olmaları üzerine verilen mahkeme kararına karşı temyiz ve yargılamanın iadesi kanun yollarına genel hükümlere göre başvurulabilir.

²⁴² "H.U.M.K. nun 440. maddesinin III. fıkrasının 2 nolu bendi uyarınca ortaklığın giderilmesi davalarına ait hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtayca verilen kararlar için karar düzeltme istenemez.". 6 HD 2.12.1996, 11199/11154 (Tunaboylu, s.112, no:139)

²⁴³ "H.U.M.K.nun 445 ve sonraki maddeleri uyarınca yargılamanın iadesini ancak davada taraf olanlar isteyebilir". 6 HD 21.1.1981, 8925/679 (Erdoğan, s.116, no:262).6 HD 27.5.1996, 5000/5252 (Tunaboylu, s.113-114, no:141).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN SATIŞ SURETİYLE GİDERİLMESİ KARARININ İCRASI

§. 7-HÜKMÜN İCRASI

Bu bölümde ortaklığın giderilmesi davası sonucunda dava konusu malın satışına karar verilmesi halinde bu hükmün icrasının nasıl yapılacağı hususu İcra ve İflas Kanunu açısından incelenecektir. Nitekim HUMK'nun 571 nci maddesine göre, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınır ve taşınmaz malların satışı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilen satış kararının icrası bazı özellikler arzeder. Bu özellikler ilgili oldukları her başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda ortaklığın ya aynen taksim ya da satış yoluyla giderilmesine karar verileceği, bunun için hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği yukarıdaki bölümlerde açıklanmıştı. Bundan sonraki açıklamalarımız satış yoluyla ortaklığın giderilmesine ilişkin hükmün icrasına ilişkin olacaktır.

Sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen satış yoluyla ortaklığın giderilmesi kararının icra edilebilmesi için kesinleşmiş olması gereklidir.Çünkü HUMK'nun 443/son fıkrası gereğince taşınmaz mala ilişkin hükümler kesinleşmedikçe icra edilemez. Satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar veren mahkeme, İcra ve İflas Kanunu'nun 28 nci maddesi gereğince durumu taşınmazın bulunduğu tapu idaresine bildirir ve kararın kesinleşmesinden sonra da karar gönderilir.

Satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar veren mahkeme kararda ayrıca satış işlemini gerçekleştirmek üzere bir satış memuru da tayin edecektir(HUMK m.570). Hakim satış memuru olarak, icra gayrimenkul müdürünü, mahkeme yazı işleri müdürünü veya zabıt katibini tayin etmekte takdir hakkına sahiptir.Satış memuru olarak

icra gayrimenkul müdürü tayin edilmişse, kendisine Harçlar Kanununa göre ücret, yazı işleri müdürü veya zabıt katibi ne ise yol tazminatı ödenir.

A) Satış Memurunun Görevleri

Satış memuru, bir yandan arttırma şartnamesini hazırlarken bir yandan da arttırmanın ilanını yapacaktır.

I- Arttırma İlanı

Satış memurunun yapacağı arttırma ilanının, satıştan enaz bir ay önce ilan edilmesi gerekli olup ilanının aşağıdaki hususları ihtiva etmesi gereklidir.

Satışın yapılacağıyer, gün ve saatin açıkça yazılmış olması gereklidir.İlanda sadece satışın yapılacağı başlangıç saati belirtilmiş olup, bitiş saati belirtilmemişse,satışın o günün çalışma saati sonuna kadar devam ettiği kabul edilir ²⁴⁴.

Arttırma ilanında, arttırma şartnamesinin hangi tarihlerde asılacağı, yapılacak birinci arttırmasonunda teklif edilen en yüksek bedelin gayrimenkulün tahmin edile değerinin yüzde yetmiş beşini bulmadığı takdirde en çok arttırmanın taahhüdü ile bağlı kalacağı ve on gün sonra aynı yer ve saatte yapılacak ikinci arttırma sonunda yapılan teklifin malın tahmin edilen değerinin yüzde kırkıdan az olmaması koşulu ile gayrimenkulün en çok arttırana ihale edileceği yazılır. Ayrıca arttırma- ilanına, ikinci ihalenin yapılacağıyer, gün ve saatin yazılması gerekli olup, ikinci arttırmanın birinci arttırma tarihinden itibaren on günsonra yapılması gereklidir.

Arttırma ilanının ne şekilde ilan edileceği, ilgililerin menfaatleri dikkate alınarak icra müdürü tarafından tespit edilecektir(İİK m.126/son,114/11).

²⁴⁴ "Satış ilanında ihalenin başlangıç saatinin gösterilmesi ile yetinilip devam müddeti ve bitiş saati tespit edilmemiştir. Bu gibi hallerde satışın resmi çalışma saatinin sonuna kadar devam ettirilmesi gerekir." İc.İf.D. 9.11.1967, 9399/9834 (Erdoğan, s.597, no:1098).

Arttırma ilanının birer örneğinin 127 nci maddeye göre, borçluya, alacaklıya ve gayrimenkulün tapu siciline kayıtlı bulunan alakadarlarına tebliğ edilecektir. Alakadarların tapuda adreslerinin bulunmaması halinde ayrıca bir adres araştırması yapılmasına gerek yoktur; satış ilanı tebligat yerine geçer. Ortaklığın giderilmesi davasında da arttırma ilanının taraflara tebliğ edilmesi gereklidir.

II- Arttırma Şartnamesi

Açık arttırma ilanı ile gayrimenkulü satın alacak olan kimsenin yükleneceği mükellefiyetlerin tesbiti bakımından arttırma şartnamesinin ve onun bir bölümü olan mükellefiyetler listesinin hazırlanması gereklidir.

Arttırma şartnamesinin neleri ihtiva edeceği 125 nci maddede düzenlenmiştir. Buna göre arttırma şartnamesinde, arttırmaya atılacak olanların gayrimenkulün tahmin edilen değerinin %20 si oranında pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu vermeleri gerektiği yazılır (m.124/III). Ancak açık arttırmaya konu olan gayrimenkul üzerinde alacağı olanların bu alacağı, malın tahmin edilen değerinin %20 sini karşılıyorsa, artık pey akçesi veya teminat mektubu vermesi şartı aranmayacaktır (m.124/V). Bu nedenle ortaklığın giderilmesi davasında, gayrimenkulün hissedarlarının (paydaşlarının) hisselerinin değeri, gayrimenkulün tahmin edilendeğerinin %20 sini karşılıyorsa, bu hissedarların arttırmaya katılabilmesi için pey akçesi yatırmış veya teminat mektubu göstermiş olması şartı aranmayacaktır. Arttırma şartnamesine, gayrimenkul üzerindeki mükellefiyetlerin de tespit edilerek yazılması gereklidir ²⁴⁵. Çünkü, arttırma şartnamesinin bir bölümünü oluşturan mükellefiyetler listesi, yapılacak olan ihale bakımından tapu sicili hükmündedir. Bu nedenle, alıcı iyi niyetli olmak koşulu ile yalnız mükellefiyetler listesinde yazılı olan mükellefiyetlerden sorumlu olup, listede yazılı olmayan mükellefiyetler, tapu sicilinde yazılı olsa bile, bu mükellefiyetler, alıcıya karşı ileri sürülemez ²⁴⁶. Bu mükellefiyetler, tapu sicilinden anlaşılanlar ile arttırma ilanı üzerine gayrimenkul üzerinde hak sahibi olduklarını bildiren kimselerin iddia ettikleri mükellefiyetlerdir. Gayrimenkulün

²⁴⁵)Uygulamada ayrıca bir mükellefiyetler listesi hazırlanmamaktadır

belediye sınırları içinde bulunması halinde imar durumunun belediyeden sorularak tespit edilmesi ve ondan sonra da gayrimenkulün değerinin takdir edilmesi gereklidir ²⁴⁷.

Arttırma şartnamesinde, gayrimenkulün fiziki ve hukuki durumunun eksiksiz yazılmış olması gereklidir. Çünkü, ihale sonucunda alıcı, gayrimenkulün mülkiyetini arttırma şartnamesine göre kazanacaktır ²⁴⁸.

Usulüne uygun olarak hazırlanan arttırma şartnamesi birinci satış tarihinden en az on gün önce isteyenler tarafından görülmesi için satış memurluğunda hazır bulundurulur.

III- Artırmanın Yapılması Ve İhale

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan gayrimenkulün açık arttırma ile satılması İcra ve İflas Kanununun 129 ncu maddesine göre yapılacaktır. Buna göre; ortaklığın giderilmesi davasına konu olan gayrimenkul, tellal tarafından üç defa bağırıldıktan sonra en yüksek pey sürene ihale edilerek ihale tutanağı satış memuru tellal, kendisine mal ihale edilen şahıs ile bu şahıstan sonra en yüksek pey süren kişi tarafından imzalanır ²⁴⁹. Ancak, ihalenin yapılabilmesi için teklif edilen bedelin gayrimenkulün tahmin edilen değerinin en az % 75 ni bulması gereklidir(m.129).

²⁴⁶ Uygulamada ayrıca bir mükellefiyetler listesi hazırlanmamaktadır

²⁴⁷ ". Satışa arz olunan gayrimenkullerin ihaleden evvel son durumunun imar ve belediye dairelerinden sorularak alınacak cevabın satış ilanına ve arttırma şartnamesine derci lüzumludur...". İBK 8.6.1958, 11/13 (Edip Şimşek, İcra ve İflas Kanunu, Ankara 1989, s.441-442). Aynı şekilde, 12 HD 2.12.1988, 12663/14082(Erdoğan, s.614, no:1139).

²⁴⁸ Sıtkı Akyazan, Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, İstanbul 1959, s.53; Senayi Olgaç, Gayrimenkullerin Cebri Satışlarında Arttırma Şartları ve Şartnamelerin Hukuki Önemi, Ankara 1964,s.311-314;Ramazan Arslan; İcra ve İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984,s.47.

Arttırma bedelinin, dava konusu gayrimenkul ile temin edilmiş olup da satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanlı alacakların toplamından fazla olması ve ayrıca satış ve paylaşırma giderlerini de karşılaması şartı, ortaklığın giderilmesi satışlarında uygulanmayacaktır ²⁵⁰. Kanunun bu hükmü, bir alacak nedeniyle yapılan takipler sonucu verilen gayrimenkul satışlarında uygulanacaktır.

Birinci arttırma sonucunda teklif edilen bedel gayrimenkulün tahmin edilen değerinin % 75 ni bulmuyorsa, birinci arttırmada en çok arttıran taahhüdü ile bağlı kalmak şartı ile 10 gün sonra ikinci arttırma yapılır.İkinci arttırma sonucunda malın ihale edilebilmesi için, teklif edilen bedelin malın tahmin edilen değerinin %40 nı bulması gereklidir.Ancak ikinci aarttırma sonucunda teklif edilen bedel, birinci arttırmada en çok arttıranın teklif ettiği bedelden daha az ise, malın ihalesi birinci arttırma sonucunda en çok arttırmış olana yapılır.

B) Satış Bedelinin Ödenmesi

Satış bedelinin nasıl ödeneceği, ödenmemesi halinde hangi işlemlerin yapılacağı İcra ve İflas Kanununun 130 vd maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; kural olarak gayrimenkul satış bedeli peşin olarak ödenir. Ancak satış memuru alıcıya en az 20 günlük bir ödeme süresi verebilir (m.130). Alıcı ihale bedelini peşin olarak veya kendisine verilen süre içinde ödemez ise, satış memuru bir talep aramaksızın kendiliğinden ihale kararının kaldırılmasına karar verecektir(m.133). İhale kararının kaldırılmasından sonra satış memuru, alıcıdan önce en yüksek pey sürmüş olan kimsenin teklif etmiş olduğu bedelin malın tahmin edilen değerinin yüzde yetmiş beşini bulması ve bu kimsenin adresinin de tesbit etmesi halinde bu kimseye bir muhtıra tebliğ ederek gayrimenkulü teklif etmiş olduğu bedelle satın alıp almayacağını üç gün içinde bildirmesini talep eder. Alıcıdan önce en yüksek pey ileri sürmüş olan kişinin adresi bilinmez ise veya teklif ettiği bedel İcra İflas Kanunun 129/I deki şartlara uygun değilse

²⁴⁹ "Tallal tarafından son olarak üç defa bağrıldığı ve fazlaya isteklinin çıkmadığı hususunun tutanağa yazılması ve altının tellal tarafından da imzalanması ihalenin sıhhat ve geçerliliği için zorunludur...". 12 HD 3.3.1984, 201/274 (Erdoğan, s.607, no:1121).

²⁵⁰ Nihat Okurer/Sabri Ünür,Tahliye, Taksim ve Şuyun İzalesi Davaları, Ankara 1958; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s.283; Erdoğan, s.571

veyahut gayrimenkulü satın almak istemediğini bildirirse satış memuru hemen(makul bir süre içinde) gayrimenkulü arttırmaya çıkarır.

Bu arttırma satış tarihinden yedi gün içinde ilan edilir. İlanın ilgililere tebliği şart değildir(m.127). Bu arttırma sonucunda malın ihale edilebilmesi için teklif edilen bedelin,malın tahmin edilen bedelinin yüzde kırkını bulması gereklidir.

Satış bedelini süresinde ödemeyip ihale kararının kaldırılmasına neden olan tüm alıcılar ve kefilleri, teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen sorumludurlar.İhale bedel farkı daha önce ihaleye katılmak için yatırılan teminatlardan tahsil edilir. Eğer teminat yetmez ise, bir hükme gerek kalmaksızın icra dairesi tarafından tahsil olunur (m.133/II).

Gayrimenkul kendisine ihale edilen alıcı, gayrimenkulun mülkiyetini ihale ile kazanır(m.134/I). Bu durum Medeni Kanunun 633ncü maddesinde sayılan tescilden önce gayrimenkul mülkiyetininin kazanıldığı istisna hallerden biridir. Ancak alıcı adına tescil, ihalenini kesinleşmesinden sonra olur. Gayrimenkulün teslimi sırasında gayrimenkul üçüncü bir kişi tarafından veya hissedarlardan biri tarafından işgal edilmiş ise gayrimenkulun İcra İflas Kanunun 135/II fıkrasına göre tahliyesi gereklidir. Gayrimenkulu işgal eden üçüncü kişi veya hissedarın bu işgalleri ortaklığın giderilmesine ilişkin sulh hukuk mahkemesi kararından önceki bir tarihte yapılmış bir resmi kira sözleşmesine dayanıyorsa bu takdirde haklarında İcra İflas Kanunun 135/II hükmü uygulanmaz²⁵¹.

§.8- İHALENİN FESHİ

²⁵¹ "İzalei şuyu ilamına müsteniden alıcı üzerine ihalesi icra kılınan gayrimenkulü hissedarlardan bir veya bir kaçının tevsik edilmiş bir icra akdine dayanarak işgal ettikleri anlaşıldığı takdirde ibraz olunacak vesikanın tarihine bakılmaksızın İİK.'nun 135 nci maddesinde zikri geçen üçüncü şahıslar hakkındaki hükmün tatbik edilmesi söz konusu olmayıp Borçlar ve Milli Koruma Kanunları hükümleri rairesinde mahkemeye müracat edilmesi lazım gelir". İBK 13.4.1955, 5/8 RG 29.6.1955 s.9041.

Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi nedeniyle dava konusu taşınmazın yapılan ihalesinin gerek yapılmasından önceki hazırlık işlemleri gerekse ihalenin yapılması sırasında icra iflas kanunun hükümlerine aykırı davranılmış olması mümkündür. Bu durumda, yapılan bu aykırılıklara dayanarak yapılan ihalenin feshinin talep edilmesi mümkündür. İhalenin hangi sebeplere dayanılarak kimler tarafından, ne zaman, hangi merciye yapılacağı husuları icra iflas kanunun 134 ncü maddesinde düzenlenmiştir.

A) İhalenin Feshi Nedenleri

İhalenin feshinin gerektirecek nedenler 134ncü maddede tek tek sayılmamış, "Borçlar Kanunun 226.maddesinde yazılı sebepler, satış ilanının tebliğ edilmemiş olması, satılan malın esalı vasıflarında hataya düşülmesi veya ihaleye fesat karıştırılması nedenlerine dayanılarak ihalenin feshinin talep edilebileceği belirtilmiştir.

252 Doktrinde ihalenini feshi sebepleri dört ana grup altında toplanmaktadır

I-Artırmaya Hazırlık Döneminde Yapılan İşlemler İle İlgili Fesih Sebepleri

Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilen satış yoluyla ortaklığın giderilmesi kararının infazı için yapılması gereken hazırlık işlemlerinin yasaya uygun yapılmaması halinde bundan zarar garen ilgililer bu nedenle ihalenin feshini talep edebilirler. Örneğin satış ilanının gazete ile yapılmaması²⁵³ satış ilanının ilgililere tebliğ edilmemiş olması²⁵⁴ veya satış ilanında, satışın yapılacağı yerin açık ve kesin olarak belirtilmemesi hallerinde ilgililer ihalenin feshini talep edebilirler.

²⁵² Kuru, İcra ve İflas Hukuku, c.II, s.1420 vd; Arslan, İhale ve İhalenin Feshi, s.76 vd; Talih Uyar, İhale ve İhalenin Bozulması, s.554 vd; Postacıoğlu, İcra Hukuku, s.521 vd; Edip Şimşek, İcra ve İflas Kanunu, s.477.

²⁵³ 12 HD 10.11.1977, 8991/9392 (Uyar, s.634).

²⁵⁴ "Ortaklığın giderilmesi kararının tüm ortaklara tebliğ edilmeden satış yapılması bozmayı gerektirmiştir...". 12 HD 5.6.1978, 5198/5227 (Uyar, s.633).

II- Arttırma Safhasında Yapılan İşlemler İle İlgil Fesih Nedenleri

İcra İflas Kanunun 126/III ve 129.maddelerinde düzenlenen arttırmanın yapılmasına ilişkin hükümlere aykırı olarak yapılan işlemler ihalenin feshi nedenidir. Örneğin ortaklığın giderilmesine ilişkin satışın, tüm ortaklar tarafından müştereken durdurulmuş olmasına karşın ihalenin yapılması²⁵⁵, ortaklığın giderilmesinde yapılan satışın ortaklığın giderilmesine karar veren mahkeme tarafından görevlendirilmiş memur tarafından yapılmaması, ihalenin 129.maddedeki şartlara uygun olarak yapılmaması²⁵⁶ hallerinde ihalenin feshi talep edilecektir.

III- İhaleye Fesat Karıştırılmış Olması Nedeniyle İhalenin Fesih Sebebi

Borçlar Kanunun 226.maddesi ile İcra İflas Kanunun 134.maddesine göre kanuna ve ahlaka aykırı olarak ihaleye fesat karıştırılmış olması ihalenin fesih sebebidir. Arttırmaya fesat karıştırılması, arttırma öncesi veya arttırma sırasında, arttırmayı yapan satış memuru, arttırmaya katılanlar veya hissedarlar tarafından yapılmış olabilir²⁵⁷

IV- Açık Arttırma Konusu Malın Esaslı Niteliklerindeki Hata Nedeniyle İhalenin Bozulması

Bu sebebe dayanarak ihalenin feshinintalep edilebilmesi genellikle alıcının dava konusu malın ortaklar dışında üçüncü bir şahıs tarafından satın alınması halinde söz konusu olur. Ortaklığın giderilmesi davasında müşterek veya iştirak halinde mülkiyet ortaklarının malın esaslı niteliklerinde hataya dayanarak ihalenin feshini talep etmeleri iyi niyet-kötü niyet durumunu gündeme getirecektir.

²⁵⁵ 6 HD 12.5.1986, 11481/5521 (Uyar, s.655).

²⁵⁶ ". İhalenin İİK'nun 129 ncü maddedeki şartlara uygun olmaksızın yapılmış olması ". (Arslan, s.131).

²⁵⁷ ".Alıcılar ile bir kısım hissedarların satış bedeli üzerinden önceden anlaştıkları ihaleye fesat karıştırıldığı gözetilerek ihalenin feshine karar verilmesi..". 12 HD 12.4.1979, 2539/3397 (Arslan, s.142, dipnot 16).

Esaslı Hatanın İş hayatında bu tür hukuki işlemlerde geçerli dürüstlük kurallarına göre, malın alıcı tarafından arttırmöaya katılıp pey sürerken göz önünde tutabileceği belli özelliklere ilişkin olduğu doktrinde kabul edilmektedir ²⁵⁸. Örneğin satılan gayrimenkulun yüzölçümünün ²⁵⁹, imar durumunun ²⁶⁰ arttırma şartnamesinde yanlış gösterilmiş olması dava konusu malın esaslı niteliklerinden hata niteliğindedir.

B) İhalenin Feshini Talep Edebilecek Olanlar

İcra İflas Kanunun 134.maddesinde kimlerin ihalenin feshini talep edebileceği belirtilmiştir.

İhalenin feshinde hukuki yarı bulunan kişiler ihalenin feshini talep edebilirler. Bu kişilerin kimler olduğu İcra İflas Kanunun 134.maddesinde belirtilmiştir. Bunlar, alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak etmiş olanlardır. İhalenin feshini talep edebilecek olanlar arasında paydaşların (hissedarlar) da bulunduğu doktrinde ²⁶¹ ve Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir ²⁶².

C) Görevli Mercii

Kural olarak, ihalenin feshinde görevli mercii icra tetkik mercii olup genel mahkemeler görevli değildir. Ancak ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin satışlarda ihalenin feshinde görevli mercii, sulh hukuk mahkemesidir ²⁶³.

²⁵⁸ Arslan, s.148; Kuru, s.1448; Uyar, s.672.

²⁵⁹ İİD 5.2.1959, 749/696 (Uyar, s.673).

²⁶⁰ " İlan edilen imar durumu ile son imar durumu arasında müştekiyi yanıltıcı aykırılık mevcuttur. Bunu kıymete ve taşınmazın esaslı vasıflarına ehemmiyetli derecede müessir olduğu açıkçı bellidir. Bu durumda ... İİK'nun 134 ncü maddesi 4 ncü fıkrasında belirtilen satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya bilhare ve satıştan sonra vakıf olunmakla ihalenin feshine ..". 12 HD 6.11.1985, 12296/9154 (Uyar, s.676, no:3).

²⁶¹ Kuru, s.1472-1473; Uyar, s.682; Arslan, s.167

²⁶² 12 HD 28.3.1985, 12817/2878(Uyar, s.701-702)

²⁶³ "İhale,mahkemece tayin edilen satış memuru tarafından yapıldığına göre,satış memurunun satış bedelinin tevziine kadar her muamelesine şikayet mercii, karar veren Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu gibi, şiyayet yolu ile de ihalenin feshi de yine karar veren

Uygulamada ortaklığı giderilmesine ilişkin satışların icra müdürü tarafından ve dolayısıyla icra dairesi tarafından yapılmış olması nedeniyle ihalenin feshi talebi icra tetkik merciiine yapılmaktadır. Ancak ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin sulh hukuk mahkemesi kararından satış memuru olarak yazı işler müdürü veya katip dışında icra memurunun gösterilmesi nedeniyle satışın icra dairesince yapılmış olması, ihalenin feshi talebinin icra tetkik merciiine yapılması sonucunu doğurmaz. Çünkü bu durumda icra memuru satış memuru sıfatıyla hareket etmiş olup ihalenin feshi davası da ortaklığın giderilmesi kararını vermiş olan sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmelidir ²⁶⁴.

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin olarak yapılan ve ihalenin feshini doğuracak nitelikte olan tapu iptal ve tescil gibi davalar Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmaz. Böyle davaların açılması halinde Asliye Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vermesi gereklidir. Çünkü ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin satışlarda ihalenin feshi için görevli mercii ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar veren sulh hukuk mahkemesidir ²⁶⁵.

İhalenin feshi talebi süresinde ancak yanlış merciiye yani sulh hukuk mahkemesi yerine icrar tetkik merciiine yapılırsa, icra tetkik merciiinin görevsizlik kararı vererek ihalenin feshi talebine ilişkin dosyanın görevli sulh hukuk mahkemesine

sulhHukuk Hakimliğinden istenebilir.Görevli mahkeme, izaleyi şuyu kararı veren Sulh Hukuk Mahkemesidir..." 12 HD 31.3.1987, 1638/4487 (Uyar, 777-778, no:1).

²⁶⁴ "Ortaklığın giderilmesi ilamına dayalı olarak yapılan ihalenin feshine ilişkin davaların Sulh HUKUK Mahkemesinde görülmesi gerektiği, icra memurunun satış memuru olarak tayin edilmesinin neticeye etkili bulunmadığı düşünülmenden görevsizlik kararı verilmesi isabetsizdir". 12 HD 29.1.1987, 5731/897 (ABD 1987/1, s.94).

²⁶⁵ "Davacı vekili, dava konusu taşınmazların bağlayıcı niteliği olmayan usulsüz izaleyi şuyu satışına dayanılarak davalıya devir ve temlik edildiğinden bahisle tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuştur. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin ilamların infazı için yapılan satışlarda da HUMK'nun 571.maddesi yoluyla İcra İflas Kanunu'nun buna mahsus hükümleri uygulanır. Bu konuda icra tetkik mercine ait görev ortaklığın giderilmesi kararını veren ve satış denetlemeye yetkili sulh hakimine aittir... satış ile mülkiyeti alıcıya geçen taşınmazların onun adına tapuya tescil edilmiş olması fesih isteğinin incelenmesine engel değildir... Mahkemece görev yerinde davanın reddine karar verilmesi gerekir". 1 HD 18.6.1984, 8571/7318 (YKD 1985/6, s.791-792).

gönderilmesine karar verir ²⁶⁶. Bu durumda Usulün 193.maddesinin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, İcra ve İflas Kanununda bu konuyla ilgili Usul Kanununa bir atıf yapılmadığından ve icra ve iflas hukukuna ilişkin kurallar kendi kendine yettiğinden usulün 193.maddesi kıyasen uygulanamaz. İhale edilen taşınmazların alıcıya teslimi için ihalenini kesinleşmiş olması gerektiğinden kötü niyetli kişiler ihalenini kesinleşmesini ve satılan taşınmazın alıcıya teslimini geciktirmek amacıyla görevsiz merciye başvurarak ihalenin feshini talep edebilir ve bu merci tarafından verilecek görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonrada görevli merciye başvurarak ihalenini feshini talep edebilir ²⁶⁷.

Bir başka görüşe göre ise, böyle bir durumda Usulün 193.maddesi kıyasen uygulanmalı ve icra tetkik merciinin görevsizlik kararı üzerine Usulün 193 maddesinde düzenlenen şekil ve süreye uyulmak koşulu ile görevli merciye başvurabilmelidir ²⁶⁸.

Kanımca,her ne kadar ikinci görüşün kabul edilmesi halinde,İcra İflas Kanununda kısa tutulan ve hak düşürücü süre niteliğinde bulunan ihalenin fesih süresi uzatılmış borçlu yada taşınmaz üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunmuş olması ihtimali varsa da birinci görüşün kabul edilmesi halinde, ihaleenin feshini yanlış merciden talep etmiş olan ilgilinin bu hakkı kaybolmakta ve yolsuz bir ihaleye dayanarak hak sahibi olması ihtimali söz konusudur. Bu nedenle ikinci görüşün Yargıtay uygulamalarından da anlaşılacağı gibi kabul edilmesi daha adil olacaktır ²⁶⁹.

²⁶⁶ 12 HD 11.2.1988 206.1102 (Uyar, İcra Hukukunda Tahliye, İstanbul 1957, s.731).

²⁶⁷ Postacıoğlu, İcra, s.112 ; Uyar, İhale, s.771

²⁶⁸ Arslan, s.161.

²⁶⁹ Müşteki . sulh mahkemesinin HUMK'nun 193 ncü maddesinde yazılı sürede başvurmuştur. Müştekinin icra tetkik merciine başvurması 134 ncü maddede yazılı yedi günlük sürede vuku bulmasına ve HUMK'nun 193 ncü maddesi gereğince sulh mahkemesine 10 günlük süre içersinde başvurduğu anlaşılmasına göre şikayet süresini 193 ncü madde gereğince

D) Yetkili Tetkik Mercii

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin karar gereğince yapılan

satışa ilişkin ihalenin feshi için yetkili sulh hukuk mahkemesi, satışı yapan satış memurunun tabi bulunduğu sulh hukuk mahkemesidir. Bu yetki kesin bir yetkidir²⁷⁰. Ancak Taşınmaz Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar vermiş olan sulh hukuk mahkemesinin yargı çevresi dışında bulunması nedeniyle satış istinabe yoluyla yapılmış ise, bu takdirde ihalenin feshi için yetkili sulh hukuk mahkemesi istinabe olunan sulh hukuk mahkemesidir²⁷¹.

Nitekim yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁷².

E) İhalenin Feshi Talebi Ve Süresi

İhalenin feshini isteme süresi kural ve istisnaları ile birlikte İcra İflas Kanununun 134.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak ihalenin feshini isteme süresi yedi gündür. Borçlar Kanununun 226.maddesinde yazılı nedenlere dayanılarak ihalenin feshini talep etme süresi on gün olmayıp yedi gün olarak düzenlenmiştir. İcra İflas Kanununun bu hükümleri HUMK'nun 571.maddesi gereğince ortaklığın şuyuun satış yoluyla giderilmesi davalarında da uygulanacaktır²⁷³.

icra tetkik merciine başvurma tarihi olarak kabulü gerekeceği düşünülmeksizin .". 12 HD 10.4.1980, 838/3346 (Uyar, s.827-828, no:67).

²⁷⁰ Kuru, İcra, c.I, s.97; Akyazan, s.69; Uyar, İcra Hukukunda İhalenin Neticesi ve Feshi (ABD 1975/6, s.803).

²⁷¹ Uyar, s.766; Akyazan, s.70 vd; Kuru, s.1462

²⁷² "İcra İflas Kanununun 360. maddesinde; mallar başka bir yerde ise, satışın istinabe yoluyla yapılması, arttırmaya ve ihaleye ilişkin uyuşmazlıklarda, istinabe olunan icra dairesinin bulunduğu yer tetkik merciince (ortaklığın giderilmesi ile ilgili satışlarda Sulh hukuk mahkemesinde) çözümlenmesi öngörülmüştür"

²⁷³ "İcra İflas Yasasının 134. maddesinin 2. fıkrasına göre, ihalenin feshi ihale tarihinden itibaren 7 gün içinde istenmelidir. Burada Borçlar Kanunu'nun 226. maddesini süre yönünden uygulama olanağı yoktur" 4 HD 26.8.1987, 6598/5838 (Uyar, s.742, no:1).

Yedi günlük ihalenin feshi süresi ihale tarihinden itibaren işlemeye başlar (134 III c.I). Arttırmaya (ihalenin) yapıldığı ana kadar yapılan işlerdeki yolsuzluklara dayanarak (yedi gün içinde) ihalenini feshini isteme süresinin başlangıcı farklı olabilir.

İhaleye kadar yapılmış olan işlemleri ihaleden önce öğrenememiş olan ilgililer bu yolsuzlukları en geç ihale günü öğrenmiş oldukları kabul edilir ve yedi günlük fesih süresi ihale tarihinden itibaren işlemeye başlar. İhalenin yapıldığı ana kadar yapılan işlemleri öğrenmiş olup da işlemlere karşı adresinde şikayet yoluna başvurmamış olan ilgililer ihaleden sonra bu işlemlerdeki yolsuzluklara dayanarak ihalenin feshini isteyemezler²⁷⁴. İhaleye kadar yapılan işlemlerdeki usulsüzlüğe karşı süresinde şikayet yoluna başvurmuş fakat şikayeti reddedilmiş olan ilgili ihaleden sonra aynı yolsuzluğa dayanarak ihalenin feshini talep edebilir mi?

Doktrinde hakim görüş, bu usulsüzlüğü süresinde şikayet konusu yapmış ancak şikayeti reddedilmiş olan ilgilinin, aynı usulsüzlüğü ihale gününde öğrenmiş olan bir ilgiliye göre hukuken daha az korumamak gereklidir. Bu nedenle ilgili, bu usulsüzlüğe dayanarak ihalenin feshini talep edebilmelidir²⁷⁵.

Uygulamada Yargıtayın bazı kararlarında doktrinde hakim olan görüşe uygun kararlar verildiğini²⁷⁶, bazı kararlarında buna aykırı nitelikte olduğunu görmekteyiz²⁷⁷.

İcra İflas Kanununun 134/IVncü fıkrasında yedi günlük fesih süresinin ihale tarihinden itibaren işleyeceği ana kuralına üç istisna getirilmiştir. Bu üç halde yedi günlük fesih süresi fesih nedenini öğrenme tarihinden itibaren ve her halukarda

²⁷⁴ Arslan, s.107; Akyazan, s.92-93; Üstündağ, s.287 vd.

²⁷⁵ Arslan, s.110; Kuru, s.1433; Uyar, s.599-600.

²⁷⁶ 12 HD 15.10.1985, 2434/8158(Uyar, s.614, no:47).

²⁷⁷ "Yetkili kişilerce kıymet takdirine karşı vaki şikayet üzerine verilen kararlar 363. madde kapsamına girmediğinden kesin niteliktedir, yani temyizi mümkün olmayan kararlardandır. Bağımsız olarak temyiz kabiliyeti olmayan böyle bir kararın esasla birlikte temyizi düşünülemez" HGK 4.11.1981, 12/201-714 (YKD 1982/5, s.623-624).

ihale tarihinden itibaren bir yıl geçtikten sonra ihalenin feshi istenemez. Bu üç istisnai hal şunlardır:

1) Kendisine satış ilanı tebliğ edilmesi gereken ilgili kimseye satış ilanı tebliğ edilmemiş ise, ihalenin fesih süresi ilgilinin ihalenini yapıldığını öğrendiği tarihten itibaren başlar ²⁷⁸. Ancak kendisine satış ilanı tebliği gerekli olup da, satış ilanı tebliği usulsüz olarak yapılmış ise Tebligat Kanununun 32. ve Tebligat Nizamnamesinin 51.maddesine göre kendisine tebligat yapılan kimsenin beyan ettiği tarih tebliğ tarihi sayılacağından kendisine usulsüz tebligat yapılan kimsenin tebliği konusunu öğrendiğini beyan ettiği tarihten itibaren yedi gün içinde şikayet yoluna başvurması gerekir ²⁷⁹.

2) Satılan malın esaslı niteliklerindeki hatayı sonradan öğrenen ilgili ihalenin feshini hatayı öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde istemelidir ²⁸⁰.

3) İhaleye fesat karıştırıldığının sonradan öğrenilmesi halinde de ihalenin feshi süresi, ihaleye fesat karıştırıldığının öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar ²⁸¹.

İhalenin feshi süresini öğrenme tarihinden başladığı yukarıdaki üç halde ihale tarihinden itibaren bir yıl geçtikten sonra ihalenin feshi istenemeyecektir. İhalenin feshine ilişkin icra iflas kanununun 134.maddesinin 2 ve 4ncü fıkralarındaki yedi günlük ve bir yıllık süreler hak düşürücü nitelikte olduğundan taraflar ileri sürmeseler bile hakim tarafından resen nazara alınır ²⁸².

²⁷⁸ "...satış ilanının tebliği gerektiği halde, kendisine satış ilanı tebliğ edilmeyen ilgilinin, ittıla tarihinden itibaren 7 gün içinde davayı açabileceğine, ihale tarihi ile dava tarihi arasında 1 yıllık sürenin de dava tarihinde geçmemiş olduğundan temyiz sebebinin reddine" 12 HD 19.1.1989, 4101/544 (Şimşek, s.960).

²⁷⁹ HGK 12.2.1969, 172/107 (ABD 1969/3, s.508-509).

²⁸⁰ "... Satılan malın esaslı vasıflarındaki hataya bilahare vakıf olunmuş ise, şikayet süresi ittıla tarihinden itibaren başlayacağından, borçlunun beyan ettiği tarihin ittıla tarihi olarak kabulü gerekir..." 12 HD 27.11.1979, 9883/9111 (Uyar, s.759-760, no:15)

²⁸¹ 12 HD 23.1.1980, 9943/401 (Arslan, s.76 dipnot:89).

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin olarak yapılan ihalenin feshine, ortaklığın yönelik şikayet ortaklığın giderilmesine karar veren sulh hukuk mahkemesine bir dilekçe veya sözlü olarak tutanağa yazdırılmak suretiyle de yapılabilir²⁸³. İhalenin feshine ilişkin bir şikayet talebi olmadan sulh hukuk mahkemesi ihalenin feshine karar veremez²⁸⁴.

F) Talebin İncelenmesi Ve Karar

Sulh hukuk mahkemesi, ihalenin feshi talebini şikayet prosedürüne göre inceleyerek fesih talebi hakkında karar verir. Şikayet bir dava niteliğinde olmadığından davalı davacı tarafta söz konusu değildir. Burada ihalenin feshinin falep eden taraf ile karşı taraf söz konusudur²⁸⁵. Bu nedenle ihalenin fesih talebinde

alıcı ve tüm hissedarların karşı taraf olarak göstermesi gereklidir. Doktrinde haklı olarak ihalenin feshi talebinde tüm hissedarların karşı taraf olarak gösterilmemiş başka bir deyişle husumetin yanlış yönetilmiş olması halinde, sulh hukuk mahkemesi ihalenin feshi talebini reddetmeyip diğer ilgilileri de duruşmaya davet ederek ihalenin feshi hakkında karar vermelidir²⁸⁶. Uygulama da bu yöndedir²⁸⁷.

Sulh hukuk mahkemesi, ihalenin feshi talebini basit yargılama usulü hükümlerine göre inceler (HUMK 570-511).

²⁸² "... satılan malın esaslı vasfındaki hataya veya ihalede fesada bilahare vakıf olunmuş ise, şikayet müddeti ıttıla tarihinden başlar. Şu kadar ki bu müddet ihaleden itibaren bir seneyi geçemez..." 12 HD 10.6.1987, 7096/7372 (Uyar, s.745 no:1-a).

²⁸³ Kuru, s.1490; Arslan, s.183

²⁸⁴ "Yapılan ihalenin feshi isteme yetkisi bulunan ortaklarca şikayet yolu ile istenmemiş olduğu halde resen mercice ihalenin feshine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır".HGK 18.1.1967, 164/16 (ABD 1967/2, s.1086).

²⁸⁵ Kuru, s.1491; Arslan s.184.

²⁸⁶ Kuru, s.1491; Uyar, s.768; Arslan, s.184-485.

²⁸⁷ "Şuyun giderilmesi ilamına istinaden yapılan ihalenin feshi davası aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunması nedeniyle tüm hissedarlar ve alıcı aleyhine açılmalıdır. Alıcının hasım olarak gösterilmemiş olması davanın husumetten reddini gerektirmez...ihalenin feshini isteyen davacılar davayı alıcıya tevcih etmesi için mehilş verilip, alıcı davaya dahil edildikten sonra işin esasının tetkiki gerekir..." 4 HD 3.12.1987, 8658/8882 (YKD 1988/5, s.626-627).

Sulh hukuk hakimi bu incelemesini icra tetkik hakimi sıfatıyla yapar. Ancak kural olarak tanık dinleyemeyen ve resen yemin teklifi deliline başvuramayan ve bir tarafın diğer tarafa yemin teklifinde bulunmasına izin veremeyen icra tetkik mercii ortaklığın giderilmesi davalarına ilişkin ihalenin feshi davalarında, fesih nedenine göre tanık dinleyebilir ve keşif deliline başvurabilir ²⁸⁸. Buna karşılık, sulh hukuk hakimi fesat iddiasının ıspatı için ihaleye fesat karıştırmak suç teşkil ettiğinden taraflara yemin teklif edemez ²⁸⁹.

Sulh hukuk hakimi ihalenini feshi talebini basit yargılama usulüne göre incelerken duruşma yapmak zorunda mıdır?

İhalenin feshi talebi her ne kadar şikayet yolu ile istensede İcra İflas Kanununun 18/3 ncü fıkrasının 134/II hükmü karşısında uygulama yerinin olmadığını savunanlar vardır. Başka bir anlatımla; sulh hukuk hakimi, ihalenin feshi talebini mutlaka duruşmalı olarak incelemelidir ²⁹⁰.

Sulh hukuk hakimi, ihalenin feshi nedenine göre duruşma yapacak veya evrak üzerinde inceleme yaparak fesih istemini sonuçlandıracaktır. Örneğin arttırma ilanının usulüne uygun olarak gazete ile yapılmadığı iddiasına dayanan ihalenini feshi talebinin yerinde olup olmadığını sulh hukuk hakimi dosya üzerinde inceleme yaparak karar vereceği, buna karşın ihaleye fesat karıştırıldığı iddiasına dayanan ihalenin feshi talebini mutlaka duruşmalı olarak incelenmesi gerektiğini savunanlar vardır ²⁹¹.

İcra İflas Kanununun 134/II hükmü ile 18/III hükmü arasında bir çelişki olup olmadığının tespit edilmesi gereklidir.

²⁸⁸ İİD 30.11.1973, 11024/10740 (Uyar, s.767, no:77).

²⁸⁹ "Fesat iddiasının gerçek olup olmadığını taraflara yemin yöneltilerek araştırılamayacağı..." 12 HD 3.4.1986, 10088/3838 (Uyar, s.795, no:17).

²⁹⁰ Kuru, İcra, c.II, s.1501.

²⁹¹ Uyar, İcra, s.766-767; Arslan, s.189; Postacıoğlu, İcra, s.70.

Kanunun 18/III hükmüne göre; şikayet konusu hakkında duruşma yapıp yapılmaması hususunda icra tetkik mercii'nin takdir hakkı vardır. Ancak icra tetkik mercii'nin sahip olduğu bu takdir hakkının sınırları vardır. Kanunda duruşma yapılmasının zorunlu tutulduğu hallerde şikayet konusu ile ilgili duruşma yapılması zorunludur. İcra tetkik mercii takdir hakkını kullanırken tarafların menfaatine, şikayet konusunun özelliğine ve kanun koyucunun şikayet süresinin kısa tutmasındaki amacını göz önünde tutmalıdır.

Kanunun 134/II hükmüne göre ise "ihalenin feshi talebi üzerine tetkik mercii talep tarihinden itibaren yirmi gün içinde duruşma yapar..." görüldüğü gibi kanunun bu ifadesinde hakime ihalenini feshi talebinin incelenmesinin duruşmalı yapıp yapılmayacağı hususunda 18/III hükmünün aksine bir takdir hakkı tanımamıştır. Kanun koyucunun bu emredici mutlak ifadesi karşısında ihalenin feshi talebini sulh hukuk hakiminin mutlaka duruşmalı olarak incelemesi gerekir. Kanunun bu hükmü 18/III hükmündeki ana kurala bir istisna niteliğinde olduğu kanaatindeyim.

İhalenin feshi talebi incelerken, HUMK'nun 409 maddesi hükmünün uygulanacağı, İcra İflas Kanununun 18/III hükmü yanında İcra İflas Kanununun 134/II hükmünde "... taraflar gelmezlerse bile icap eden kararı verir" biçiminde belirtilmiştir. Bu nedenle sulh hukuk mahkemesi, ihalenin feshini incelerken ilgililerden hiçbiri de duruşmaya gelmemiş olsa bile, ihalenin feshi dosyasının işlemde kaldırılmasını karar veremeyecek, ihalenin feshi talebini inceleyerek bir karar vermek zorundadır.

İhalenin feshi talebini inceleyen sulh hukuk mahkemesi, ihalenin feshini isteyen kişinin ilgili olmadığını, fesih talebinin süresinde olmadığını veya ihale fesih sebebinin yerinde olmadığını kanısına varırsa, ihalenin feshi talebinin reddine karar verir ve aynı karar ihalenini feshi talebinde bulunan kişiyi, ihale bedelinini yüzde onu oranında para cezasına mahkum eder (134/II) ihalenin feshi talebinin reddi kararının kesinleşmesinin sonuçları icra tetkik mercii tarafından verilen ihalenin reddi kararının kesinleşmesi sonucu ile doğurduğu sonuçların aynısıdır²⁹².

²⁹² Ayrıntılar için bkz. Arslan, s.200-201.

Buna karşılık sulh hukuk mahkemesi ihalenin feshi talebinde bulunan kişinin talebini haklı görürse, ihalenin feshine karar verir. İhalenin feshi kararının sonuçları icra tetkik mercii tarafından verilen ihalenin fesih kararını sonuçları ile aynıdır²⁹³.

I- Sulh Hukuk Mahkemesi Kararına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları

II- Temyiz Kanun yolu

İcrar tetkik merciinin menkul ve gayrimenkul malların ihale kararlarının feshine veya fesih talebine karşı temyiz kanun yoluna gidebileceği İcra İflas Kanununun 363/9 ncu bendinde hüküm altına alınmıştır. Sulh hukuk mahkemesi ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan satış sonunda verilen ihale kararının feshi istemi icra tetkik mercii sıfatıyla icra hukuku kurallarına göre inceleyip karara bağlayacağına göre, bu hususa vereceği ihalenin feshi talebinin reddi veya kabulü kararlarına karşı da İcra İflas Kanunun 363/9 ncu bendine dayanarak temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak bunun için ihalesinin feshi istenen menkul veya gayrimenkul değerinin ihale bedelinin 500.000 TL'yi geçmesi gereklidir²⁹⁴.

Sulh hukuk mahkemesinin icra tetkik mercii sıfatıyla ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin olarak yapılan satışa ilişkin ihalenin feshi talebi hakkındaki kararına karşı temyiz süresinin on gün mü yoksa sekiz gün mü olacağı doktrinde ve uygulamada farklılık göstermektedir.

Doktrinde sulh hukuk mahkemesinin, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin olarak yapılan ihaleye ilişkin şikayetleri, icra tetkik mercii sıfatıyla incelediğinden, bu şikayetler hakkındaki kararlarının temyiz incelemesinin İcra İflas Kanununa tabi olacağı bu nedenle sulh hukuk mahkemesinin bu kararlarına karşı temyiz

²⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s.202-207.

²⁹⁴ Sulh hukuk mahkemesi kararlarının temyizi halinde temyiz sınırının 10.000.000. TL olması gerektiği 25.10.1996 tarihinde yapılan değişiklikle kabul edildi.

süresinin sekiz gün değil, on gün olduğu ve bu sürenin Usulün 427nci maddesinin aksine tebliğ ile değil İcra İflas Kanunun 363 ncü maddesine göre tefhim veya tebliğ ile işlemeye başlayacağı savunulmaktadır ²⁹⁵.

Uygulamada yargıtayın bu konu ile ilgili çelişkili kararlarına rastlamaktayız. Bazı kararlarında, sulh hukuk mahkemesinin icra tetkik mercii sıfatıyla verdiği kararlara karşı İcra İflas Kanununun 363 ncü maddesindeki hüküm doğrultusunda tefhim yada tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulacağını belirtmişken ²⁹⁶, bazı kararlarında sulh hukuk mahkemesinin bu kararlarına karşı Usulün 437 nci maddesi doğrultusunda sekiz gün içinde temyiz kanun yoluna başvurulacağını ve temyiz süresini tebliğ ile başlayacağını belirtmiştir ²⁹⁷).

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar veren sulh hukuk mahkemesinin bu sıfatı, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesiyle son bulur ve icra tetkik mercii sıfatı başlar. Bu çerçevede, İcra İflas Kanununa göre yapılan satışa ilişkin işlemler nedeniyle yapılan şikayetleri, ihalenin feshi taleplerini sulh hukuk mahkemesi icra tetkik mercii sıfatıyla inceler. Sulh hukuk mahkemesinin, ihalenini feshi taleplerini icra tetkik mercii sıfatıyla ve İcra İflas Kanununda düzenlenen şikayet prosedürüne göre inceleyeceği kabul edip, inceleme sonucu vereceği kararın sulh hukuk mahkemesi kararı kabul etmek bir çelişki ifade eder. Ayrıca İcra İflas Kanununda gerekli görülen hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa açıkça atıfta bulunulmuştur. Örneğin, usulün yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanacağı İcra İflas Kanununun 50nci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu nedenlerle sulh hukuk mahkemesinin ihalenin feshi sonucunda verdiği kararlara karşı temyiz süresi tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren başlamalı ve süresi on gün olmalıdır. Kaldı ki, ihalenin feshi talebi sonunda verilen kararı sulh hukuk mahkemesi kararı olarak kabul edilmesi

²⁹⁵ Kuru, s.1508; Arslan, s.199, dipnot:5; Uyar, s.772.

²⁹⁶ "sulh mahkemesinin mercii hakimi sıfatı ile verdiği kararlarda temyiz süresi tefhim veya tebliğden başlar.Süresi on gündür. HUMK'nun temyiz süresini tebliğ tarihinden başlatan hükmü uygulanmaz" 12 HD 21.9.1982, 6240/6732 (Erdoğan, s.605).

²⁹⁷ "Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilen taşınmazın satışının İcra ve İflas Kanununda gösterilen usule göre sulh hukuk mahkemesinden verilmiş olması karşısında, temyiz süresi HUMK'nun 437. maddesi uyarınca tefhimle değil tebliğle işlemeye başlar.

halinde bu kararlara karşı karar düzeltme yolu kapalı olacaktır. Oysa uygulamada sulh hukuk mahkemesinin verdiği bu kararlara karşı karar düzeltme yolunun açık olacağı kabul edilmektedir.

III- Karar Düzeltme Yolu

İcra tetkik mercii kararlarının onanmasına veya bozulmasına ilişkin yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna 10 gün içinde başvurulabileceği İcra İflas Kanununun 566/III fıkrasında belirtilmiştir. Ancak hangi nedenlere dayanarak karar düzeltme yoluna başvurulacağı belirtilmemiştir. Usulün 440 ncı maddesinin kıyasen uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir ²⁹⁸. Sulh hukuk mahkemesinin ihalenin feshi talebini icra tetkik merci yoluyla incelediği kabul edilirse bu kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulabilecektir. Buna karşılık Yargıtayın sondönemlerindeki uygulamasının kabulü halinde sulh hukuk mahkemesinin kararlarına karşı karar düzeltme yolu kapalıdır.

İcra tetkik merciinin verdiği ihalenin fesih talebi kararlarının temyizi sonucu yargıtayın kararına karşı ilgisinin karar düzeltme yoluna başvurma hakkı olmasına karşın sulh hukuk mahkemesinin ihale feshi talebi kararının temyizi sonucunda yargıtayın onama yada bozma kararlarına karşı ilgisine karar düzeltme hakkının tanınmaması doğru değildir.

Sulh hukuk mahkemesinin ihalenin feshi veya fesih talebini reddi kararının kesinleşmesinden sonra sıra yargılama giderleri ve paraların paylaşılması husularının düzenlenmesi ile ortaklığın giderilmesi davası son bulur.

§. 9- PARALARIN PAYLAŞTIRILMASI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1983/12-203 E.,1985/569 K. sayılı kararında da bu hukuki esas içtihat edilmiştir..." 4 HD 28.4.1987, 3399/3250 (Uyar, s.787, no:9/A,II).

²⁹⁸ Kuru, s.1505; Arslan, s.199.

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verildikten ve hükmün infazı İcra ve İflas Kanunu kurallarına göre sağlandıktan sonra elde edilen paraların hükmü veren sulh hukuk mahkemesi tarafından paylaştırılması için dosyayı mahkemesine iade eder. Sulh hukuk mahkemesi dosyayı yeni bir esasa kaydeder. Ortaklar arasında paraların paylaştırılması için bilirkişi seçer. Bilirkişi, satış parasının ortaklar arasındaki dağılımını gösterir bir ödeme tablosu düzenler. Mahkeme de bu ödeme tablosuna göre paranın paylaştırılmasına karar verir. Paraların paydaşlara dağılımı, mülkiyet şekline göre, davanın alacaklı tarafından açılmış olmasına, paydaşlar arasında yabancı uyruklu paydaş olup olmamasına göre ve dava konusu taşınmaz üzerinde muhtesat olup olmamasına değişecektir.

A) Müşterek Mülkiyette

Dava konusu olan ve satışına karar verilen mal ve haklar üzerindeki mülkiyet şekli müşterek mülkiyet ise; satış parasının, paydaşlara payları oranında dağıtılmasına karar verilir ve yapılacak tevzii tablosunda herbir paydaşın sahip olduğu pay oranı belirtilerek dağıtım yapılır²⁹⁹.

B) İştirak Halinde Mülkiyette

Dava konusu olan ve satışına karar verilen mal iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi ise; satış parasının paydaşlara dosyada bulunan veraset belgesindeki oranlara göre dağıtılmasına karar verilir ve yapılacak tevzii tablosunda, mahkemesi ve tarihi belirtilmek suretiyle veraset belgesindeki oranlara göre dağıtım yapılır³⁰⁰.

C) Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halinin Bir Arada Bulunması Halinde

Dava konusu edilen ve satışına karar verilen mal hem müşterek hem de iştirak halinde mülkiyet hükümlerine tabi ise; satış parasının paydaşlara dosyada

²⁹⁹ Tunaboylu, s.788.

³⁰⁰ "...Satış bedelinin tapu ve veraset belgelerine göre paydaşlara bölüştürülmesi gerekir..." 6 HD 17.6.1971, 2720/2957 (Tunaboylu, s.898, no:1133).

bulunan tapu kaydı ve veraset belgesindeki paylar oranında paydaşlara dağıtılmasına karar verilir.

Ortaklığın giderilmesi davasının alacaklı tarafından açılmış olması dava sonucunda iştirak halinde mülkiyet konusu olan malın satışına karar verilmiş olması halinde satış bedelinin paydaşlara payları oranında dağıtılmasına karar verilir. Borçlu paydaşa düşecek payın davacı alacaklıya ödenmesine karar verilmez. Buna karşılık paydaşlar arasında Suriye uyruklu bir kimsenin bulunması halinde paraların paylaştırılması sonunda bu paydaşa düşen satış bedeli bir milli bankaya bloke edilir.

Dava konusu mal üzerinde muhtesat bulunması halinde, satış bedelinin nasıl dağıtılacağı hususu, muhtesatın tapu paydaşlarına veya üçüncü bir şahsa ait olup olmamasına göre farklılık gösterir.

Eğer dava konusu mal üzerinde muhtesatın mülkiyeti paydaş veya paydaşlara ait olduğu hususunda tapu kaydında şerh varsa veya paydaşlar arasında bu konuda ihtilaf yok ise ³⁰¹, arz ve muhtesatın dava tarihindeki değerleri ayrı ayrı tespit edilerek taşınmazın toplam değeri bulunmalı ve bulunan bu değer üzerinden arz ve muhtesatın oranlanarak yüzde itibarıyla her birine isabet edecek yüzde oranları saptanır ve satış bedeli bu yüzde oranlarına göre muhtesata isabet eden kısım muhtesat sahibine, arza isabet eden kısmın ise payları oranında paydaşlara dağıtılmasına karar verilir ³⁰²

§.10-YARGILAMA GİDERLERİ

A) Genel Bilgi

³⁰¹ "... Satış yoluyla ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmaz üzerinde bina ağaç vesaire gibi muhtesat varsa bunlar MK. 619.maddesi uyarınca arzın mütemmim cüz-ü sayıldığından arz ile birlikte satışına karar verilir. Bunların paydaşlara aidiyetine ilişkin tapuda şerh varsa veya bu hususta tüm paydaşlar ittifak ediyorsa o takdirde değerlere göre oran kurulması gerekir..." 6 HD 19.3.1992, 3610/4113 (Tunaboğlu, s.873-874, no:1105)

³⁰² "... Oran kurulurken muhtesatın ve arzın dava tarihi itibarıyla ayrı ayrı değeri takdir edilir, bu değerler toplanarak taşınmazın tümdeğeri saptanır, bulunan tüm değer muhtesat ve arzın kıymetini ayrı ayrı oranlanarak yüzde itibarıyla ne kadarının muhtesada ne kadarının arza isabet ettiği belirlenir..."6 HD 1.4.1993, 3830/4029)Tunaboğlu, s.871-872, no:1103).

Bir davanın mahkemede görülmesi karara bağlanması için yargılama

süresince yapılan tüm harcamalara yargılama harç ve giderleri denir. Ortaklığın giderilmesi davasında alınacak yargılama ve harç giderleri oran ve sorumluluk bakımından özellik arzeder.

B) Ortaklığın Giderilmesi Davasında Harç

Ortaklığın giderilmesi davasında alınacak harç, dava konusu malın menkul veya gayrimenkul olmasına göre değişiklik göstereceği gibi verilen hükmün aynen taksim veya satış olmasına göre de değişiklik gösterecektir.

I- Verilen Hükmün Niteliğine Göre Alınacak Harç Miktarı

1) Aynen Taksim Kararı Halinde Alınacak Harç Miktarı

Dava konusu taşınmazın hissedarlar arasında aynen taksimine karar verilmesi halinde alınacak harç, 492 sayılı harçlar kanununa bağlı tarifeye göre taksim edilen gayrimenkulun değeri üzerinden binde 2,4 oranındadır³⁰³. Dava konusu birden fazla taşınmaza ilişkin olup, tüm taşınmazların aynen taksimine karar verilmiş ise, bu durumda her taşınmazın belirtilen değeri üzerinden binde 2,4 oranında harç tahsiline karar verilmelidir. Buna karşılık dava konusu taşınmazların bir kısmının aynen taksimine, bir kısmının satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmişse aynen taksimine karar verilen taşınmazlar için binde 2,4, satışına karar verilenler içinde satış bedeli üzerinden binde 6 oranında harç alınmasına karar verilir.

³⁰³ "4.5.1994 günü kabul edilen 3986 SY'nın 12.maddesine göre 492 sayılı Harçlar Yasasının 138.maddesinin sonuna eklenen fıkra gereğince 11.5.1994 günü RG'de yayınlanan Harçlar yasasının 1.sayılı tarifesinin karar ve ilam harcı bölümündeki açıklığa ve arttırma oranının 7.5.1994 tarihinden itibaren taksim edilen taşınmazların değeri üzerinden binde 2,4 üzerinden nisbi harç alınması gerekir..." 6 HD 17.6.1996, 5877/6009 (Tunaboğlu, s.922-923, no:1159).

Kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi halinde alınacak harç binde 2,4 oranındadır. Çünkü kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesi taşınmaz malın hissedarlar arasında paylaştırılması niteliğindedir

304

2) Satışa Karar Verilmesi Halinde Alınacak Harç Miktarı

Dava konusu taşınmazın satış yoluyla ortaklığının giderilmesine karar verilmesi halinde alınacak harç miktarı, 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı bir sayılı tarifeye göre nispi olup binde 6 oranındadır. Bu oran taşınmazın satış bedeli üzerinden hesaplanır³⁰⁵.

3) Dava Konusu Malın Taşınır Olması Halinde Alınacak Harç Miktarı

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan mal taşınır ise ortaklığın aynen taksim veya satış yoluyla giderilmesine karar verilip verilmediğine bakılmaksızın maktu harç alınacaktır³⁰⁶. Aynı davada hem taşınır hem de taşınmazların dava edilmesi söz konusu ise taşınmaz mallar için nispi, taşınır mallar içinde maktu harç alınır. Ancak uygulamada dava konusu taşınır mallar hakkındaki ortaklığın giderilmesi davalarında da nispi harç alındığını görmekteyiz.

Ortaklığın giderilmesi davasında, tarafların sulh olmaları veya davacının feragat etmesi halinde alınacak harç miktarı genel kurallara göre belirlenecektir (Harçlar Kanunu, m.22).

³⁰⁴ "... Kat mülkiyetine çevrilme isteminin sonucu itibariyle taşınmaz malın bölüştürülmesi niteliğinde olduğundan, değeri üzerinden binde 2,4 oranında harç alınması gerektiğinin düşünülmemesi.." 6 HD 1.6.1973, 2713/2296 (Tunaboşlu, s.941-942, no:1187).

³⁰⁵ "... Harçlar Kanununa göre satış suretiyle ortaklığın giderilmesi halinde binde 06 oranında harç alınması gerektiği halde fazla harç tahsiline karar verilmesi yasaya aykırıdır" 6 HD 7.3.1996, 1707/2129 (Tunaboşlu, s.924, no:1161). Aynı şekilde 6 HD 26.6.1995, 6307/6504; 6 HD 27.11.1995, 11150/11516.

³⁰⁶ "... taşınır mallardaki ortaklığın giderilmesi davalarında ... Harçlar Kanunun 1.sayıllı tarifesinin maktu harç bölümünün a bendine göre 248.300 TL maktu harcın alınması gerekir..." 6 HD 3.2.1997, 660/747 (Tunaboşlu, s.922, no:1158).

II- Harçtan Sorumluluk

Niteliği gereği çift taraflı bir dava olan ortaklığın giderilmesi davasında paydaşların harçtan sorumlulukları ayrı bir özellik taşır. Mahkemece hüküm altına alınan harçtan paydaşlar, payları oranında sorumlu olurlar³⁰⁷.

Harçtan sorumluluk bakımından hazinenin durumunu iki ayırmak gerekir. Eğer hazine dava konusu taşınmazda paydaş ise, Harçlar Kanununun 13/J maddesi gereğince harçtan muaf olduğundan ortaklığın giderilmesi davası sonunda hazineden payı oranında harç alınmasına karar verilmeyecektir³⁰⁸. Buna karşılık hazine dava konusu taşınmazın paydaşı olmayıp yasa gereğince zorunlu hasım ise, bu takdirde harçtan muaf sayılmayacak ve zorunlu hasım olduğu paydaşın payı oranında harçtan sorumlu olacaktır³⁰⁹.

Hazine gibi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu³¹⁰ ile 3561 sayılı Mal Memurlarını Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanun gereğince kayyım sıfatıyla ortaklığın giderilmesi davasına taraf olmuşsa harçtan muaftır³¹¹.

C) Ortaklığın Giderilmesi Davasında Vekalet Ücreti

Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı bir dava olması dava sonunda taraf vekilleri için takdir edilecek vekalet ücretinde kendisini gösterir.

³⁰⁷ "... taşınmazın taksimine karar verildiğinde taksim edilen taşınmazın değeri üzerinden binde 2,4 nisbi karar harcının payları oranında paydaşlardan alınması gerekir..." 6 HD 29.2.1996, 1602/1790 (Tunaboğlu, s.926, no:1164).

³⁰⁸ "... taşınmazlarda paydaş olan maliye hazinesi harçtan muaf olduğu halde harçlar kanunun 13/J maddesi hükmü nazara alınmadan hazineden harç tahsiline karar verilmesi..." 6 HD 12.4.1994, 3913/4234 (Tunaboğlu, s.933-934, no:1175).

³⁰⁹ "... Hazine taşınmazlarda doğrudan doğruya paydaş olmadığı ve ancak Suriye uyruklu paydaşların adına zorunlu hasım durumunda olduğundan ve ödenecek harç Suriye uyruklulara düşecek satış bedelinden tahsil edileceğinden hasmın bu davada harçtan muaf olduğu kabul edilemez..." 6 HD 4.5.1993, 245/540 (Tunaboğlu, s.927-928, no:1181).

³¹⁰ 6 HD 7.4.1986, 895/4762 (Erdoğan, s.554, no:1047).

³¹¹ "... mal memurları 3561 sayılı yasa gereğince kayyım sıfatı ile taraf olduğu davalarda harçtan muaf tutulması icap eder." 6 HD 16.1.1996, 7/167 (Tunaboğlu, s.926-927 no:1165).

Ortaklığın giderilmesi davasında her iki taraf kendisini vekil ile temsil etmiş ise, her iki taraf yararına da vekalet ücretinin takdir edilmesi gereklidir ³¹².

Her iki taraf için takdir edilecek vekalet ücretinin miktarı da aynı olmalıdır ³¹³. Takdir edilecek vekalet ücret maktu olup, hakim en az tarifiedeki maktu vekalet ücretine en fazla da maktu ücretin iki mislini takdir edebilir ³¹⁴. Davalı ve davacı taraf vekilleri yararına hüküm altına alınan vekalet ücretinin, paydaşlardan payları oranında tahsiline karar verilir ³¹⁵.

Ortaklığın giderilmesi davasının feragat nedeniyle red edilmesi ³¹⁶ veya davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde, davalı tarafın kendisini vekil ile temsil etmiş olması halinde sadece davalı vekili yararına vekalet ücretine hükmedilir ³¹⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflardan birinin davayı kaybetmesi buna karşılık diğer tarafın davayı kazanması söz konusu olmadığından yargılama sırasında tarafların yapmış oldukları masrafların hangi tarafca yapıldığına bakılmaksızın bütün paydaşlar payları oranında sorumludurlar ³¹⁸. Bu durum ortaklığın giderilmesi

³¹² "Ortaklığın giderilmesi davasında tarfların avukatlarına geçen emekleri nazara alınarak ücret takdiri gerekir..." 6 HD 16.1.1956, 278/247 (Erdoğan, s.543, no:1013). Aynı şekilde 6 HD 17.6.1971, 2922/2949.

³¹³ "Ortaklığın giderilmesi davalarında tarifenin 17.maddesi uyarınca vekalet ücretinin avukatın gösterdiği gayret, işin ehemmiyet ve devamı müddetine göre takdir edilmesi icabetmesine, davacının davayı takip ve intacı bakımından çalışmasının davalılar avukatlarına nazaran daha fazla olduğu kabul edilmesi..." 6 HD 6.2.1956, 826/807 (Tunaboğlu, s.962-963, no:1124).

³¹⁴ "İki taraf vekillerine maktuan vekalet ücreti takdiri icabederken nisbi vekalet ücreti takdiri yolsuzdur" 6 HD 24.4.1956, 2933/2894 (Erdoğan, s.544, no:1016).

³¹⁵ "... Ortaklığın giderilmesi davalarının bütün taraflar yararına sonuçlar doğuran özelliği sebebiyle kendisini vekille temsil ettiren bütün paydaşlar yararına vekalet ücreti takdir olunması, vekalet ücretlerinin payları oranında tüm paydaşlara aidiyetine karar verilmesi gerekir..." 6 HD 28.10.1993, 10615/10968 (Tunaboğlu, s.959-960, no:1211).

³¹⁶ "...davacı davadan feragat etmiş ve davalıların bu feragata bir itirazı olmamıştır. Davanın konusunun kalmadığı ve dava redle sonuçlandığına göre davacı masraflarının kendi üzerinde bırakılması ve kendilerini vekille temsil ettiren davalılar yararına vekillik ücreti takdir edilmesi gerekir" 6 HD 28.12.1995, 12614/12755 (Tunaboğlu, s.955, no:1209).

³¹⁷ "Davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğine göre davalı yararına vekalet ücreti takdiri gerekir" 6 HD 9.3.1993, 2935/3165 (Tunaboğlu, s.960, no:1219).

³¹⁸ "Mahkeme masrafi ve ücreti vekaleti payları oranında paydaşlardan tahsiline karar verilmesi gerekir..." 6 HD 5.2.1992, 1212/1560 (Tunaboğlu, s.946, no:1195).

davası sonucunda verilen, ortaklığın aynen taksimi, satış veya kat mülkiyeti kurulması suretiyle giderilmesine ilişkin kararlar içindir.

Buna karşılık, davacı, davasından feragat eder ve davalı veya davalılardan biri davaya devam edilmesini talep etmezse, davadan feragat eden davacı, yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur(HUMK m.94). Buna karşılık, davacı davadan feragat eder ve davalılardan biri davaya devam edilmesini talep ederse, yargılama giderlerinin bütün paydaşlardan, payları oranında tahsiline karar verilir.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflar sulh olurlarsa ve sulh sözleşmesinde yargılama giderleri hakkında da bir anlaşmaya varmışlarsa, mahkeme sulh anlaşmasında belirtilen şekilde tarafların yargılama giderlerinden sorumlu olmalarına karar verir. Buna karşılık taraflar, sulh anlaşmasında yargılama giderleri hakkında anlaşamazlarsa, payları oranında yargılama giderlerinden sorumlu olurlar.

Davanın tarafları arasında kendisine kayyım tayin edilen paydaş varsa dava sonucunda kayyıma herhangi bir vekalet ücretinin takdim edilmesi söz konusu değildir. Çünkü Medeni Kanununun 401nci maddesi gereğince kayyıma verilecek ücret Ahkamı Şahsiye sulh hukuk mahkemesi hakimi tarafından tayin edilecektir ³¹⁹. Buna karşılık kayyım kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise kayyım vekiline vekalet ücreti takdir edilmesi gereklidir ³²⁰.

³¹⁹ "Kayyımla takip edilen ortaklığın giderilmesi davalarında kayyıma ücret takdirini bunu tayin eden Ahkam-ı Şahsiye Sulh Hukuk Mahkemesi tayin edecektir" 6 HD 30.6.1967, 1569/3170 (Erdoğan, s.547, no:1028).

³²⁰ " Kayyım kendisini vekille temsil ettirdiğine göre yasanın ikinci maddesinin 5 nci bendi gereğince ücreti vekalet tayin edilmesi gerekir" 6 HD 27.12.1993, 13533/13754 (Karahacıoğlu, s.210-211).

ÖZET

Ülkemizde taşınmaz değerinin hızla artması, ortaklığın giderilmesi davasının uygulamada daha sık rastlanan bir dava olması sonucunu doğurmaktadır.

Özellikle muristen kalan taşınmazlar üzerinde mirasçıların iştirak halinde malik olmaları ve kendi aralarında taşınmazın taksiminde anlaşamamaları nedeniyle mahkemeye başvurarak ortaklığın giderilmesini talep ettikleri görülmektedir.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu olan mülkiyet şekli, sadece iştirak halinde mülkiyet olmayıp, müşterek mülkiyet te vardır.

Dava sonucunda mahkemenin vereceği, aynen taksim, kat mülkiyeti kurulmak veya satış suretiyle ortaklığın giderilmesi kararı ile paydaşlar (ortaklar) arasındaki toplu mülkiyet ferdi mülkiyete dönüşmektedir.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraf teşkili ayrı bir özellik taşır. Davacılar bakımından ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmasına karşın, davalılar bakımından mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Taraf teşkili dava şartı olduğundan hakim bu hususu re'sen araştırmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda geçerli olan "ölü paydaş aleyhine dava açılmaz" kuralı ortaklığın giderilmesi davasında uygulanmaz.

Ortaklığın giderilmesi davasının özelliklerinden biride çift taraflı bir dava olmasıdır. Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı dava olması, davacının davasından feragat etmesi halinde, yargılama giderlerinin paylaştırılmasında ve tarafların taleplerinde kendisini gösterir.

Ortaklığın giderilmesi davası sonunda, satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi halinde satış işlemi, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı bir dava olma özelliğine yapılacak kanun değişikliği veya Yargıtay uygulamaları ile işlerlik kazandırılmalıdır.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin kararın icrası sırasında yapılan ihaleye ilişkin fesih talebi hakkındaki kararı, Sulh Hukuk Mahkemesinin İcra Tetkik Mercii sıfatıyla verip vermediği hususu açıkça belirtilmelidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında uygulanacak Kanun hükümlerinin dağınık olmaktan kurtarılarak tek bir kanunda toplanması gerekir.

CONCLUSION

The consequence of the rapid increase in the value of immovables in Turkey creates litigations most frequently encountered in the dissolution of partnerships.

This is especially true when the inheritors are not able to reach an agreement among themselves in the division of the immovables which they own as tenancy in common as a result of it being bequeathed by a testator and they apply to court for the dissolution of partnership.

The manner of ownership in the dissolution of partnership is not only tenancy in common but also joint tenancy.

With the decision of the court, rendered at the end of the litigation, either for specific partition, or dissolution by establishing ownership or through sale, combined ownership among the shareholders is converted into individual ownership.

Comprising of a party in the litigation for the dissolution of partnership has a separate aspect. Although the plaintiffs may be classified as voluntary litigators, the defendants are compulsory partners. Since the constitution of parties is a condition of the litigation, the judge should research this ex officio. The rule which says "litigation may not be opened against a dead shareholder" in the Law on Legal Courts Procedures does not apply in the dissolution of partnership.

One of the characteristics of the litigation to dissolve a partnership is that it is a two-sided litigation. Because it is a two-sided litigation, this situation shows itself in the dividing of the expenses and in the demands of the parties when one of the parties renounces the litigation.

If the dissolution of partnership, at the end of the litigation, is decided to be made through sale, the sale shall be conducted in accordance with the provisions of Execution and Bankruptcy Law.

The fact that the litigation on the dissolution of partnership is a two-sided litigation, should be rendered functional with amendments to the law(s) or through implementations of the Court of Appeals.

In the decision on the request to annul the bidding during the execution of the decision to dissolve the partnership through sale, it should be clearly stated if this decision was made in the capacity as the Execution Review Official of the civil court of peace.

The provisions of the law(s) applicable in the dissolution of partnership should be compiled under one law to avoid the scattered situation they are in at present.