

BİRLİKTE MÜLKİYETTE ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİ

PINAR AĞCA TOPLANDI

MAYIS, 2016

P. AĞCA TOPLANDI

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 2016

BİRLİKTE MÜLKİYETTE ORTAK
MENFAATİ KORUMA YETKİSİ

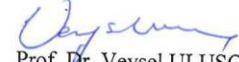
PINAR AĞCA TOPLANDI

PH.D. TEZİ
ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ


YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

MAYIS, 2016

Sosyal Bilimler Enstitüsü

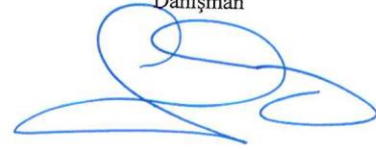

Prof. Dr. Veysel ULUSOY

Bu tezin Doktora derecesi için gereken tüm şartları sağladığını tasdik ederim.

Anabilim Dalı Başkanı
Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU


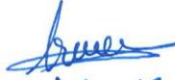
Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Doktora derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN
Danışman



Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Fikret EREN



Prof. Dr. Nami BARLAS



Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN



Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE



Yrd. Doç. Dr. Cem DİNAR



Doktora tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűőecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gűősterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışımda alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitű tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tűm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

20 / 05 /2016

Pınar AğCA TOPLANDI

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisine ilişkin uygulama ve öğreti için faydalı olacak ayrıntılı bir araştırma yapmak ve kaynak oluşturmaktır. Bu tezde birlikte mülkiyette bölünemeyen objektif ortak menfaati elde etmek amacıyla, üçüncü kişilere karşı girilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanması konusu incelenmeye çalışıldı. Konu esasen Türk Medeni Kanunu çerçevesinde hem paylı mülkiyet, hem de elbirliği mülkiyeti bakımından ele alındı. Öncelikle, bir tek paydaşın dahi ortak menfaati korumaya yetkili olduğu, menfaatin objektif olması gerektiği, menfaatin bölünmeye elverişli olmaması gerektiği, korumanın üçüncü kişilere karşı olması gerektiği ve paydaşların sadece olumlu sonuçtan etkileneceği şeklindeki unsurların her biri tek tek incelendi. Daha sonra, ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler değerlendirildi ve bu yetkinin kanundan doğan sui generis bir yetki olduğu yönündeki kanaatimiz açıklandı. Ardından ortak menfaatin korunduğu özel haller olabildiğince çok örnek verilerek ayrıntılı olarak anlatılmaya çalışıldı. Son olarak da dava açmak başta olmak üzere ortak menfaatin korunması için başvurulabilecek çeşitli imkânlar usul hukuku çerçevesinde incelenerek çalışmamız tamamlandı. Bu çalışmanın uygulamaya ve öğretiye katkıda bulunması arzu edilmektedir.

Anahtar kelimeler: Paylı mülkiyet, elbirliği mülkiyeti, ortak menfaat.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to conduct research into the right to protect common interest in co-ownership, thereby creating a needed and valuable resource for practice and doctrine. The subject-matter of this thesis is to scrutinise co-owners' benefiting together from the positive results of all legal activities proceeded against third parties in attempt to acquire an undivided objective common interest in co-ownership. This subject-matter is dealt with essentially under Turkish Civil Code in relation to both shared ownership and joint ownership. First, the following topics are examined individually; (i) even only one co-owner has the right to protect common interest, (ii) the interest is required to be objective, (iii) the interest shall not be capable of being divided, (iv) the protection is required to be against third parties and (v) co-owners are to be affected only by positive results. Then, the views regarding the legal nature of right to protect common interest are evaluated and our notion that this right is a sui generis right arising from the Code is explained. Subsequently, exceptional circumstances where common interest is protected are elucidated in detail by giving as many instances as possible. Finally, this thesis is completed by the analysis of various opportunities applicable under procedural law, especially filing a court case, for the protection of common interest. It is hoped that this thesis will make a useful contribution to practice and doctrine.

Key words: co-ownership, shared ownership, joint ownership. common interest.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	XIII
GİRİŞ	15
§1 GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU VE AMACI	15
§2 ARAŞTIRMA PLANI	16
§3 ARAŞTIRMADA KULLANILACAK TERİMLERİN BELİRLENMESİ	17
§4 KONUYA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME	19
§5 TARİHÇE	21
BİRİNCİ BÖLÜM	25
GENEL HÜKÜMLER AÇISINDAN BİRLİKTE MÜLKİYET VE HAK SAHİPLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ	25
§6 GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKININ SUJENİN NİCELİĞİNE BAĞLI AYRIMI..	25
I- TEK KİŞİ MÜLKİYETİ- BİRLİKTE MÜLKİYET AYRIMI	25
II- BİRLİKTE MÜLKİYET TÜRLERİ	26
A- Paylı Mülkiyet	26
B- Elbirliği Mülkiyeti	32
III- BİRLİKTE MÜLKİYETİN ÖZELLİKLERİ	36
A- Birlikte Mülkiyet Tüzel Kişiliğe Vücut Vermez	36
B- Birlikte Mülkiyette Mülkiyet Hakkının Taşındığı Özellikler	37
a- Birlikte Mülkiyette Eşyanın Bölündüğü Görüşü	37
b- Birlikte Mülkiyette Mülkiyet Hakkının Bölündüğü Görüşü	39
c- Birlikte Mülkiyette Yetki ve Ödevlerin Bölündüğü Görüşü	40
C- Birlikte Mülkiyette Eşya Üzerindeki Mülkiyet Hakkı ile Pay Sahiplerinin Hakkının Farklılığına Dayalı Özellikler	41
a- Paylı Mülkiyette Payın Hukuki Niteliği	41
b- Elbirliği Mülkiyetinde Ortakların Haklarının Niteliği	42
§7 BİRLİKTE MÜLKİYETTE HAK SAHİPLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE YÖNELİK HUKUKİ HÜKÜM VE SONUÇLAR	43
I- PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLAR ARASI İLİŞKİLER	43
A- Yararlanma Yetkisi	43
B- Yönetim Yetkisi	52
a- Olağan Yönetim İşleri	52

b- Önemli Yönetim İşleri.....	56
c- Olağanüstü Yönetim İşleri	62
C- Tasarruf Yetkisi.....	64
a- Paydaşın Payında Tasarrufu.....	64
b- Paylı Malın Tamamında Tasarruf	68
II- ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE ORTAKLAR ARASI İLİŞKİLER	69
A- Yararlanma Yetkisi	69
B- Yönetim Yetkisi	72
C- Tasarruf Yetkisi.....	72
İKİNCİ BÖLÜM.....	77
ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN MEDENİ HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESİ	77
§8 ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	77
I- GENEL OLARAK.....	77
II- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN AMACI... ..	80
III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI KAVRAMI	81
A- Tanımı	81
B- Unsurları.....	85
a- Bir Tek Paydaş Dahi Ortak Menfaati Korumaya Yetkilidir.....	85
b- Menfaat Objektif Olmalıdır.....	86
c- Menfaat Bölünmeye Elverişli Olmamalıdır	88
d- Koruma Üçüncü Kişilere Karşı Olmalıdır	91
e- Paydaşlar Sadece Olumlu Sonuçtan Etkilenirler.....	94
IV- ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	96
A- Ortak Menfaati Koruma Yetkisini Temsil Yetkisi Olarak Nitelendiren Görüş	97
a- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Dava Hakkına İnhisar Eden Dar Kapsamlı Temsil Yetkisi Olduğu Görüşü	98
b- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Yasal Temsil Yetkisi Olduğu Görüşü	99
B- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Vekâletsiz İş Görme Niteliğinde Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	101
C- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Olağan Yönetim İş Niteliğinde Olduğunu Kabul Eden Görüş.....	102
D- Görüşlerin Eleştirisi ve Kanaatimiz	102

a- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Teknik Anlamda Bir Temsil Yetkisi Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme.....	102
b- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Vekâletsiz İş Görme Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme.....	105
i- Ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme.....	106
ii- Ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme.....	109
c- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Olağan Yönetim İş Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme.....	110
d- Kanaatimiz	115
§9 ORTAK MENFAATİN KORUNDUĞU ÖZEL HALLER.....	117
I- İRADE AÇIKLAMALARI İLE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI	117
A- Maddi Fiiller İle Ortak Menfaatin Korunması	118
B- Hukuki İşlemler ile Ortak Menfaatin Korunması.....	118
C- Hukuki İşlem Benzeri Fiiller ile Ortak Menfaatin Korunması.....	122
II- ZİLYETLİK ÇERÇEVESİNDE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI.....	128
A- Genel Olarak Zilyetliğin Korunması.....	131
B- Zilyetliğin Korunması İçin Kuvvet Kullanma Yoluyla Ortak Menfaatin Korunması	133
C- Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasına Dayalı Olarak Ortak Menfaatin Korunması .	140
D- Zilyetlik Davalarına Dayalı Olarak Ortak Menfaatin Korunması.....	144
a- Genel Olarak	144
b- Zilyetliğin Gaspında Dava Hakkı (Yedin İadesi Davası- TMK m.982) ile Ortak Menfaatin Korunması.....	146
c- Zilyetliğe Saldırının Önlenmesi Davası (TMK m.983) İle Ortak Menfaatin Korunması.....	148
III- MÜLKİYET HAKKINA DAYALI OLARAK ORTAK MENFAATİN KORUNMASI	149
A- İstihkak Davası İle Ortak Menfaatin Korunması	150
a- Genel Olarak İstihkak Davası	150
b- İstihkak Davası ile Ortak Menfaatin Korunması.....	152
c- Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası (TMK m.1025) ile Ortak Menfaatin Korunması	153
B- Elatmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men'i) Davası (TMK m. 683/II) ile Ortak Menfaatin Korunması.....	157
a- Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Davası.....	157

b- Elatmanın Önlenmesi Davası ile Ortak Menfaatin Korunması	159
c- Elatmanın Özel Bir Türü Olan Kamulaştırmasız Elatma Durumunda Ortak Menfaatin Korunması.....	160
C- Tespit Davası ile Ortak Menfaatin Korunması	163
IV- ORTAK MENFAATİN İDARİ YOLLARDAN KORUNMASI	164
A- İdari Davalar ile Ortak Menfaatin Korunması	164
a- İptal Davaları.....	164
i- Kamulaştırma Davalarında Ortak Menfaatin Korunması	166
ii- 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Ortak Menfaatin Korunması.....	170
b- Tam Yargı Davaları.....	175
B- İdari Başvurular Kapsamında Ortak Menfaatin Korunması.....	176
V- KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI.....	178
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	181
ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN USUL HUKUKU	181
AÇISINDAN İNCELENMESİ	181
§10 DAVA ARKADAŞLIĞI.....	181
I- ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI.....	182
A- Genel Bilgi	182
B- Zorunlu Dava Arkadaşlığı Halleri.....	183
a- Maddi Bakımdan Zorunlu Dava Arkadaşlığı	183
b- Şekli Bakımdan Zorunlu Dava Arkadaşlığı	186
II- İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI	187
A- Genel Olarak	187
B- İhtiyari Dava Arkadaşlığında Uygulanan Özel Usul Hükümleri	188
III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI HALİNDE DAVA ARKADAŞLIĞI	190
§11 DAVAYA MÜDAHALE.....	196
I- FER'İ MÜDAHALE.....	197
A- Genel Bilgi	197
B- Fer'i Müdahalenin Şartları	197
C- Fer'i Müdahilin Hukuki Durumu	198
II- ASLİ MÜDAHALE	199
A- Genel Bilgi	199

B- Asli Müdahalenin Şartları	199
C- Asli Müdahale Usulü.....	200
III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI BAKIMINDAN DAVAYA MÜDAHALE	200
§12 ORTAK MENFAATİN KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALARDA DERDESTLİK ve KESİN HÜKÜM İTİRAZI	203
§13 İLAMIN İCRASI	204
§14 ORTAK MENFAATİN KORUNMASI AMACIYLA YAPILAN MASRAFLAR	206
SONUÇ	213
KAYNAKLAR	217



KISALTMALAR

Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AY	: Anayasa
B.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gezetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EBK	: Eski Borçlar Kanunu
EMK	: Eski Medeni Kanun
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
KK	: Kamulaştırma Kanunu

m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YMK	: Yeni Medeni Kanun
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

§1 GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU VE AMACI

Araştırmamızın konusu birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisidir. Öğretide bu konunun üzerinde fazla durulmamakla birlikte, uygulamada karşımıza birçok problem çıkmaktadır. Birlikte mülkiyette maliklerden birinin bölünemeyen ortak menfaatleri koruma yetkisi, üzerinde durulması gereken bir konu olup, bu konuda yapılacak ayrıntılı bir araştırmanın gerek uygulama gerekse öğreti bakımından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bu çalışmada anılan konu hem paylı mülkiyet, hem de elbirliği mülkiyeti bakımından incelenmeye çalışılacaktır. Birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 693/III ve 702/IV hükümleri ile düzenlenmiştir. Ne bu hükümlerde, ne öğretide, ne de uygulamada, ortak menfaati koruma yetkisine ilişkin bir tanım yapılmıştır. Bu konuda tanım yapılmamakla birlikte, ortak menfaati korumaya ilişkin çeşitli açıklamalar mevcuttur. Bu açıklamalarda genellikle ortak menfaatin korunması, eşyaya yöneltilmiş saldırıların engellenmesi olarak değerlendirilmiştir. Ancak ortak menfaatin korunması, sadece eşyaya yöneltilmiş saldırıların engellenmesinden ibaret değildir. Örneğin paydaşlardan biri tarafından yapılan bir hukuki işlem ile de ortak menfaatin korunması söz konusu olabilir. Bu çalışma ile konuyu bu bakımdan da ayrıntılandırarak ortak menfaatin korunması biçimleri sınıflandırılmaya çalışılacaktır.

Ortak menfaati koruma yetkisi çok önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Öyle ki bazı hallerde birlikte maliklerden birine tek başına hareket etme imkânı tanımamak, diğer maliklerin de aleyhine olan bir sonuç yaratabilir. Örneğin birlikte mülkiyet konusu bir eşyaya yöneltilmiş olan haksız bir saldırının önlenmesinde durum böyledir. Böyle durumlarda maliklerin hep birlikte hareket etmeleri şartını aramak adaletsiz sonuçlara neden olabilir. Birlikte mülkiyette maliklere, ortak menfaati koruma yetkisinin tanınması ile bu tür sorunların önlenmesi amaçlanmaktadır.

Ortak menfaati koruma yetkisi ile ilgili derli toplu bir kaynak mevcut değildir. Eşya Hukuku kitaplarında da bu konuya ilişkin olarak yapılan açıklamalar birkaç paragraftan öteye gitmemektedir. Biz bu tez ile ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğini, bu kavramdan ne anlamak gerektiğini, ortak menfaatin korunduğu özel bağlı halleri ve bağlantılı gördüğümüz hususları açıklayarak, ortak menfaati koruma yetkisine ilişkin bütün konuları ele alan bir çalışma yapmayı amaçlamaktayız.

§2 ARAŞTIRMA PLANI

Çalışmamız, giriş bölümü hariç, üç ana bölüm ve bir sonuç bölümünden oluşmaktadır. Giriş bölümünde konuya ilişkin terminoloji belirlenecek ve kanuni düzenleme değerlendirilecektir.

Birinci bölümde genel hükümler açısından birlikte mülkiyet ve hak sahiplerinin hukuki statüsü anlatılacaktır. Zira birlikte mülkiyete ilişkin yapılacak açıklamanın, ikinci ve üçüncü bölümlerde anlatılacak olan ve çalışmamızın asıl konusunu oluşturan “*birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisi*”nin sunumu için faydalı olacağı fikrindeyiz. Bu bölümde birlikte mülkiyet türleri ve birlikte mülkiyette malikler arası ilişkiler, konumuzla bağlantılı olduğu kadarıyla anlatılacaktır.

İkinci bölüm, birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisinin özel hukuk hükümlerine tabi sonuçlarına ayrılmıştır. Bu bölümde bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması özel hukuk hükümleri bakımından incelenecektir. Bunun yanı sıra, ortak menfaatin korunduğu özel hallere ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılmaya çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise birlikte mülkiyette, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması usul hukuku bakımından incelenecektir. Bu bölümde birlikte maliklerin, ortak eşyaya ilişkin dava açmaları halinde uygulanacak usul kurallarının yanı sıra, ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında dava açılması halinde diğer paydaşların davaya müdahalesi, davaya katılmayan diğer paydaşların dava sonunda alınan ilamın icrası yoluna başvurup başvuramayacakları gibi hususlar anlatılacaktır.

Konuyu genel olarak değerlendireceğimiz sonuç bölümü ile çalışmamız tamamlanacaktır.

§3 ARAŞTIRMADA KULLANILACAK TERİMLERİN BELİRLENMESİ

“Birlikte mülkiyet” konusunda öğretide terim birliği sağlanamamıştır. “Birlikte mülkiyet”¹ teriminin yanı sıra “topluluk mülkiyeti”², “toplu mülkiyet”³, “kolektif mülkiyet”⁴ gibi terimler de kullanılagelmiştir. Eski Medeni Kanunumuz (EMK) bu kurumu “*birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti*” olarak nitelendirmekte idi. Bu ifade bir terimden daha çok bir tanıma benzemekte idi⁵. Bu ifadenin uzun olması sebebiyle öğretide, “topluluk mülkiyeti”, “toplu mülkiyet” ya da “birlikte mülkiyet” gibi daha kısa terimler tercih edilmişti. 4721 sayılı TMK ise “birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti” terimi yerine “birlikte mülkiyet” kavramını kullanmıştır. Biz de, çalışmamızda kullanılacak olan terimlerin mümkün olduğunca kanuni terimler ile paralel olabilmesi amacıyla “birlikte mülkiyet” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Medeni Kanunumuzda iki çeşit birlikte mülkiyet düzenlenmiştir: Paylı mülkiyet (TMK m.688 vd.) ve elbirliği mülkiyeti (TMK m.701 vd). EMK’da paylı

¹ **M. KEMAL OĞUZMAN/ ÖZER SELİÇİ/ SAİBE OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, B.18., İstanbul 2015, s.300, (*Eşya*); **ABDÜLKADİR ARPACI**, Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s.1, (*Müşterek Mülkiyet*); **FİKRET EREN**, Mülkiyet Hukuku, B.3, Ankara 2014, s.84, (*Mülkiyet*); **JALE G. AKİPEK/ TURGUT AKINTÜRK**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.387; **AYBAY/ HATEMİ**, Eşya Hukuku, B.3, İstanbul 2014, s.123 vd.; **A. LALE SİRMEN**, Eşya Hukuku, B.3, Ankara 2015, s.260 (*Eşya*); **REŞAT KAYNAR**, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1980, s.193; **MUSTAFA REŞİT KARAHASAN**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.1, İstanbul 2007, s.101, (*Eşya*); **İLKER ÖZTAŞ**, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011, s.3.

² **KEMAL T. GÜRİSOY/ FİKRET EREN/ EROL CANSEL**, Türk Eşya Hukuku, B.2, AÜHFY No:476, Ankara 1984, s.397; **CELAL ERDOĞAN**, Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi Dava ve İlkeleri, B.2, Ankara 1975, s.1 vd.

³ **MUİN M. KÜLEY**, Toplu Mülkiyet, İstanbul 1959, s.5 vd., (*Toplu Mülkiyet*); **EROL CANSEL/ ALİ NAİM İNAN**, Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu, AÜHFD, Y.1964, C.21, S.1-4, s.357; **AHMET ZİYA KAYAOĞLU**, Medeni Hukukta Müşterek Mülkiyet İştirak Halinde Mülkiyet Nazariyatı-Tatbikatı ve Yargıtay İçtihatları, Ankara 1946, s.15.

⁴ **İMRAN ÖKTEM**, Kolektif Mülkiyetten: İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946, s.5 vd.; **ÖZCAN KARADENİZ ÇELEBİCAN**, Roma Eşya Hukuku, B.5, Ankara 2015, s.140.

⁵ **ETEM SABÂ ÖZMEN**, Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992, s.7, (*Paydaşıktan Çıkarma*).

mülkiyet karşılığı olarak “müşterek mülkiyet”, elbirliği mülkiyeti karşılığı olarak da “iştirak halinde mülkiyet” terimleri kullanılmakta idi. Medeni Kanunumuzun değiştiği 2002 yılından önce yayınlanmış olan eserlerin büyük bir çoğunluğunda, mevcut kanuni terimler olan müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet terimlerine rastlanmaktadır⁶. Müşterek mülkiyet kavramı yerine “hisseli mülkiyet”⁷, iştirak halinde mülkiyet kavramı yerine “ortaklaşa mülkiyet”⁸ terimleri de kullanılmakta idi. “Elbirliği mülkiyeti” terimini ilk defa Ayiter kullanmıştır⁹. Bugün hâlâ eski alışkanlıkların sonucu olarak müşterek mülkiyet¹⁰ ve iştirak halinde mülkiyet¹¹ terimlerinin kullanılmaya devam edildiğini görmekteyiz. Bununla birlikte biz kanuni terimleri kullanmanın daha uygun olduğunu ve ayrıca terimlerin konuyu ifade edebildiğini düşündüğümüzden, çalışmamızda “paylı mülkiyet” ve “elbirliği mülkiyeti” terimlerini kullanacağız.

EMK’da paylı mülkiyette “hisse” ve “hissedar” olarak tabir edilen kavramlar yerine 4721 sayılı TMK’da “pay” ve “paydaş” ifadeleri kullanılmıştır. EMK zamanında dahi “hisse” ve “hissedar”¹² kavramları ile birlikte “pay” ve “paydaş” kavramları da kullanılmakta idi¹³. Biz de, konuyu yeteri açıklıkla ifade ettiğini düşündüğümüz ve kanuni terimler olan “pay” ve “paydaş” terimlerini kullanmayı uygun bulmaktayız.

⁶ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.1 vd.; **ÖZMEN**, Paydaşıktan Çıkarma, s.7 vd.

⁷ **NUŞİN AYİTER**, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961, s.10, (*Elbirliği*); **CANSEL/ İNAN**, s.357; **SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY/ SERMET AKMAN/ HALUK BURCUOĞLU/ ATILLA ALTOP**, Tekinay Eşya Hukuku- Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, B.5, İstanbul 1989, s.565 vd.

⁸ **KAYNAR**, s.196.

⁹ İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan “Gesamteigentum” teriminin karşılığı olarak kullanılan bu başarılı terim için bkz. **AYİTER**, Elbirliği, s.3 vd.

¹⁰ **ABDÜLKADİR ARPACI**, Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s.93 vd., (*YMK ile Yapılan Değişiklikler*); Yargıtay 14. HD’nin 25/01/2010 Tarih, E.2009/14637 ve K.2010/479 sayılı kararı ve Yargıtay 1. HD’nin 02/02/2009 Tarih, E.2008/11910 ve K.2009/1202 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 15/12/2014.

¹¹ **ARPACI**, YMK ile Yapılan Değişiklikler, s.99; Yargıtay HGK’nın 03/02/2010 Tarih, E.2010/3 ve K.2010/49 sayılı kararı ve Yargıtay 14. HD’nin 18/03/2010 Tarih, E.2010/2103 ve K.2010/2979 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 15/12/2014.

¹² **KÜLEY**, Toplu Mülkiyet, s.23 vd.

¹³ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.3; **ÖZMEN**, Paydaşıktan Çıkarma s.8.

Elbirliği mülkiyetinde pay söz konusu olmadığı için, “paydaş” kavramı da söz konusu değildir. Paylı mülkiyetteki “paydaş” kavramı yerine, elbirliği mülkiyetinde “ortak” sözcüğü kullanılmaktadır¹⁴. Biz de, bir eşyaya elbirliği ile malik olan kişiler için “ortak” terimini tercih ediyoruz. Ayrıca elbirliği mülkiyetini oluşturan topluluk için de “ortaklık” terimini kullanacağız.

Çalışmamızın konusu, birlikte mülkiyette maliklerin bölünemeyen ortak çıkarlarının korunmasıdır. Biz bu hususta da kanuni düzenlemeye paralel olması nedeniyle, TMK m.693/III’te de ifade edildiği şekliyle “ortak menfaat” terimini kullanacağız.

§4 KONUYA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

Birlikte mülkiyet, TMK’nın “Eşya Hukuku” başlıklı dördüncü kitabının, birinci kısmında düzenlenmiştir. “Mülkiyet”¹⁵ başlığını taşıyan bu birinci kısımda, genel hükümler arasında düzenlenen birlikte mülkiyete ilişkin hükümler TMK m.688-703 arasında yer almaktadır. EMK zamanında “birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti” başlığını taşıyan bu konu, TMK’da “birlikte mülkiyet” olarak ifade edilmektedir.

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması hususu ise iki ayrı hükümle düzenlenmiştir. Paylı mülkiyette ortak menfaatin korunması TMK m.693/III hükmünde yer alırken; elbirliği mülkiyeti bakımından konuyu düzenleyen TMK m.702/IV hükmünde ortak menfaat tabiri yerine topluluğa giren hakların korunması tabiri kullanılmıştır.

TMK m.702’yi karşılayan EMK m.630 üç fıkradan oluşmakta, hükümde elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatin korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme

¹⁴ **AYİTER**, Elbirliği, s.6 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.131; **AYBAY/ HATEMİ**, s.142; **SİRMEN**, Eşya, s.289 vd. “İştirakçi” terimi için bkz. **ERDOĞAN**, s.26.

¹⁵ Mülkiyet kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Mülkiyet; **FİKRET EREN**, Mülkiyet Kavramı, Dr. Recai Seçkin’e Armağan, Ankara 1974, s.765 vd., (*Mülkiyet Kavramı*); **JALE G. AKİPEK**, Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER Y.1969, C.5, S.1, s.1 vd., (*Mülkiyet Kavramı*); **AYDIN ZEVLİLİLER**, Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara 1977, s.563 vd., (*Mülkiyet*).

bulunmamakta idi. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar, paylı mülkiyete ilişkin hükmün kıyas yoluyla elbirliği mülkiyeti için de uygulanabileceğini savunmakta idiler¹⁶. 4721 sayılı TMK ile söz konusu hükme dördüncü bir fıkra eklenerek elbirliği mülkiyetinde de ortak menfaati koruma yetkisi yasa kapsamına dâhil edildi. Söz konusu düzenlenmenin yerinde olduğu düşünülmektedir.

Birikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisini düzenleyen her iki hükmün ifadesi de başarılı değildir. Şöyle ki: TMK m.693/III'e göre: "*Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.*" Aşağıda ortak menfaati koruma kavramını incelerken ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu hükümde geçen "temsil" sözcüğünün teknik anlamda temsil olmadığı, hükmün yanlış tercümesi neticesinde böyle bir ifade kullanıldığı hususunda neredeyse görüş birliğinin sağlandığını söyleyebiliriz¹⁷. Bu hükmün karşılığı olan İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 648/I inci maddesi: "*Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist.*" şeklindedir. Madde metni "*Her paydaş, diğerlerinin hakları ile uyumlu ise, şeyi korumaya, kullanmaya ve ondan yararlanmaya yetkilidir*" şeklinde çevrilebilir. Hükümde geçen "*vertreten*" kelimesi "*temsil etmek, savunmak, korumak*" gibi anlamlara gelmektedir. Hükümde bu kelime "*eşya, şey*" anlamına gelen "*die Sache*" kelimesi ile kullanıldığına göre, buradaki anlamı şeyi korumaktır. Alman Medeni Kanununda (BGB) bu hükme karşılık gelen 744/II inci maddenin metni ise "*Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen...*" şeklindedir. Bu madde ise "*Her paydaş, diğer paydaşların onayı/rızası olmadan, şeyin korunması için*

¹⁶ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.439; A. LALE SİRMEN, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.286, (*Eşya Ders*); TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.644-645; SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY, Eşya Hukuku, B.3, İstanbul 1978, s.440; SUAD BERTAN, Ayni Haklar Medeni Kanunun 618-674 üncü Maddelerinin Şerhi, C.1, Ankara 1976, s.435.

¹⁷ İSMAİL AKGÜN, Kazai ve İlmi İçtihatlar Göre: Türk Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1969, s.517; EREN, Mülkiyet, s.112; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.311,322; SİRMEN, Eşya, s.269, 277; FEYZİ N. FEYZİOĞLU/ ÜMİT DOĞANAY/ AYDIN AYBAY, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968, s.93; RONA SEROZAN, Eşya Hukuku I, B.3, İstanbul 2014, s.238; AYBAY/ HATEMİ, s.128; JALE G. AKİPEK, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, AÜHFY No: 329, Ankara 1973, s.34, (*Mülkiyet*); GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.418; BERTAN, s.394; BİLGE ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, B.40, Ankara 2015, s.778; KARAHASAN, Eşya, s.170-171, 175; ÖMER UĞUR GENÇCAN, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu -Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat-, C.3, B.2, Ankara 2007, s.3946. MK m.693/III'ün Eski Medeni Kanundaki karşılığı olan EMK m.625/I'in yanlış tercüme edildiği 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edilmektedir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011.

gereken önlemleri almaya yetkilidir.” şeklinde Türkçeye çevrilebilir. Görüldüğü gibi ne İsviçre Medeni Kanununda, ne de Alman Medeni Kanununda paydaşların diğerini temsil edeceğine ilişkin bir düzenleme vardır. Söz konusu hükümlerde her paydaşın, diğer paydaşların rızasına ihtiyaç duymaksızın, tek başına ortak eşyayı korumaya yetkili olduğu anlatılmaktadır.

TMK m.702/IV ise *“Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.”* şeklindedir. Hükümde temsil sözcüğüne yer verilmemiş olması yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, “ortak menfaati koruma” tabirine yer verilmeyerek, “topluluğa giren hakların korunması” ifadesinin kullanılmış olmasını doğru bulmuyoruz. Topluluğa giren haklar tabiri ile tek bir mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin kastedildiği sonucuna ulaşılabilirse de bu tabir, hükümle ulaşılacak istenen amacı tam olarak karşılayamamaktadır. Ortada tek bir eşya, tek bir mülkiyet hakkı ve bu hak nedeniyle korunması gereken bir menfaat olduğu açıktır.

Sonuç olarak düzenleme konusu birebir aynı olan olguların iki ayrı hükümde iki farklı terimle ifade ediliyor olması doğru değildir. TMK m.693/III hükmünde geçen “ortak menfaatin korunması” tabiri yerinde bir ifade olmakla birlikte “temsil” sözcüğünün kullanılması; TMK m.702/IV’te ise “ortak menfaatin korunması” tabirine yer verilmemiş olması ve bu iki hükmün birbirinden farklı şekilde düzenlenmiş olması eleştiriyi hak etmektedir.

§5 TARİHÇE

Paylı mülkiyetin temeli Roma Hukukuna dayanmaktadır¹⁸. Birlikte mülkiyetin ilk şekli paylı mülkiyettir¹⁹. Roma Hukukunda paylı mülkiyet ilişkisi, mirasçılık ya da malların karışması gibi sebeplerle ortaya çıkmıştır²⁰. Roma hukukuna göre, paylı

¹⁸ ÇELEBİCAN, s.148; BELGİN ERDOĞMUŞ, Roma Eşya Hukuku, B.5, İstanbul 2012, s.48; SERVET SEZGİN, Müşterek Mülkiyette Genel Kaideler İdari Tasarruflarla Temsilden Doğan İhtilaflar, Adalet Dergisi, Y.1947, S.12, s.1070; TEKİNAY, s.430; ÖKTEM, s.7; ZEKERİYA KURŞAT, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008, s.55; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.3.

¹⁹ SEZGİN, s.1070.

²⁰ ŞAHİN AKINCI, Roma Hukuku Dersleri, B.8, Konya 2015, s.286.

mülkiyet ya tarafların iradesiyle, ya da onların iradesi olmadan doğardı²¹. Örneğin iki Romalının birlikte bir at satın almaları halinde paylı mülkiyet tarafların iradesi ile doğmakta iken; bir Romalı vatandaşın bir malını vasiyetname ile birden çok kişiye bırakması ya da iki kişiye ait buğdayların karışması gibi hallerde tarafların iradesi dışında doğan paylı mülkiyet (communio incidens; tesadüfi paylı mülkiyet) söz konusu olurdu²². Romalılar da payın mala değil, malın üzerindeki hakka ilişkin olduğunu kabul etmişlerdir²³.

Elbirliği mülkiyetinin temeli ise Cermen Hukukuna dayanmaktadır²⁴. Cermen Aile Hukukunun yapısı, paylı mülkiyetten başka bir birlikte mülkiyet türünü zorunlu kılıyordu. Cermen Hukukuna göre aile bir bütündür. Aile reisinin ölmesi halinde aile içinden yeni bir reis seçiliyordu. Ailenin bütünlüğünün korunması için aile mallarının parçalanmaması gerekiyordu. Bunun için de aile malları üzerinde hakkı bulunan herkesin bağımsız tasarruf yetkisinin bulunmaması gerekiyordu. Başka bir ifadeyle hiç kimse aileye ait malları satmak, kiraya vermek, rehin etmek gibi yetkilere tek başına sahip olmamalıydı. Böylece Cermen Aile Hukuku elbirliği mülkiyetini doğurdu²⁵.

İsviçre’de ise ZGB’den önce, elbirliği mülkiyetine ilişkin kurallar bir bütünlük arz etmiyordu. Bununla birlikte İsviçre’de de karı koca mal rejimi, kolektif ortaklık gibi kurumlarda elbirliği mülkiyeti yer etmişti. İsviçre Medeni Kanunu, tereke malları için de elbirliği mülkiyetinin söz konusu olacağına ilişkin düzenlemeler getirerek, elbirliği mülkiyetinin medeni hukuktaki önemini artırmıştır²⁶.

²¹ **ERDOĞMUŞ**, s.46, dn.5; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.3.

²² Örnekler için bkz. **ERDOĞMUŞ**, s.46, dn.53.

²³ **ERDOĞMUŞ**, s.46.

²⁴ **AYİTER**, Elbirliği, s.33 vd.; **ERDOĞAN**, s.4; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.4; **SEZGİN**, s.1070; **ÇELEBİCAN**, s.148; **ÖMER LÜTFİ BOZCALI**, Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halinde Mülkiyet Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1945, S.10, s.553; **EREN**, Mülkiyet, s.130; **TEKİNAY**, s.430; **ÖKTEM**, s.7; **KAYAOĞLU**, s.15; **AYBAY/ HATEMİ**, s.142; **AKINCI**, s.286.

²⁵ **SEZGİN**, s.1070; **KAYAOĞLU**, s.15.

²⁶ **SEZGİN**, s.1070.

Öğretide, paylı mülkiyetin asıl, elbirliği mülkiyetinin ise istisnai bir birlikte mülkiyet türü olduğu söylenmektedir²⁷. Bu görüş, elbirliği mülkiyetinin ancak kanunda belirtilen sınırlı hallerde meydana gelmesinden (TMK m.701/I) kaynaklanıyor olabilir. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Paylı mülkiyet ilişkisinin doğması için herhangi bir ön şart bulunmadığından, paylı mülkiyetin varlığı karinedir²⁸. Şüphe halinde, elbirliği mülkiyetinin değil paylı mülkiyetin var olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu iki birlikte mülkiyet türü için ayrı şartlar aranması ya da şüphe halinde birinin var olduğunun kabul ediliyor olması, birinin asıl diğerinin istisna olduğu anlamına gelmez. Karineler muhtemel karışıklıklar için ispat kolaylığı sağlamak amacıyla gündeme gelirler. Burada da bir birlikte mülkiyet türünün elbirliği mülkiyeti mi paylı mülkiyet mi olduğu hususunda şüphe duyulması halinde paylı mülkiyet lehine bir karine söz konusudur. Ancak bunun aksini ispat etmek her zaman mümkün olduğu gibi, paylı mülkiyetin varlığına ilişkin bir karinenin mevcudiyeti de elbirliği mülkiyetinin istisnai bir birlikte mülkiyet türü olduğuna işaret etmez. Bu iki birlikte mülkiyet türü bambaşka kurumlara vücut vermekte; doğumları, hüküm ve sonuçları, sona ermeleri bakımından kendilerine has düzenlemelere tabidirler. Bu nedenle, asıl/feri/istisnai gibi ayrımlara tabi olmaları söz konusu değildir.

Mecelle’de paylı mülkiyete ilişkin her husus büyük bir özenle incelenmiş ve paylı mülkiyet yaklaşık 150 maddede düzenlenmiştir²⁹. Paylı mülkiyetin idaresine ilişkin düzenlemeler dışındaki hususlar bakımından Medeni Kanunumuz ile Mecelle paralellik göstermektedir³⁰.

²⁷ **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.431-432; **EREN**, Mülkiyet, s.129; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.48; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.410; **MEHMET AYAN**, Eşya Hukuku II Mülkiyet, B.7, Konya 2014, s.34, (Mülkiyet); **SEZGİN**, s.1071.

²⁸ **HEINZ REY**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Zweite Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2000, N.620 vd.; **ARTHUR MEIER-HAYOZ**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981, Art.646-654, Vorbemerkung, N.16; **PETER TUOR/ BERNHARD SCHNYDER/ JÖRG SCHMID/ ALEXANDRA RUMO-JUNGO**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, s.914; **JÖRG SCHMID/ BETTINA HÜRLIMANN-KAUP**, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009, N.720; **EREN**, Mülkiyet, s.85, 129; **KEVORK ACEMOĞLU**, Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970, s.82; **ÖZTAŞ**, s.9.

²⁹ **SEZGİN**, s.1071.

³⁰ **SEZGİN**, s.1071.

Paylı mülkiyet Roma Hukukundan, İslam Hukukuna, oradan da eski hukukumuzda geçmiştir. Elbirliği mülkiyeti ise Cermen Hukukundan İsviçre Hukukuna, oradan da Medeni Kanunumuz ile Türk Hukukuna girmiştir³¹. Böylece farklı hukuki niteliklerine rağmen her iki mülkiyet türü de düzenleme konusu olmuştur.



³¹ ERDOĞAN, s.4; ÖKTEM, s.7.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL HÜKÜMLER AÇISINDAN BİRLİKTE MÜLKİYET VE HAK SAHİPLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

§6 GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKININ SUJENİN NİCELİĞİNE BAĞLI AYRIMI

I- TEK KİŞİ MÜLKİYETİ- BİRLİKTE MÜLKİYET AYRIMI

Mülkiyet kavramını düzenleyen TMK m.683 vd. maddelerde hakka konu olan eşya üzerindeki hak sahiplerinin sayısı bakımından bir ayrım yapılmamakla birlikte, öğretide bu bakımdan “tek kişi mülkiyeti” ve “birlikte mülkiyet” tarzında ikili bir ayrıma gidilmiştir³². Tek kişi mülkiyetinde bir eşya üzerinde bir gerçek ya da tüzel kişi tek başına malik hak ve yetkilerine sahiptir. Birlikte mülkiyette ise bir eşya üzerinde birden fazla kişi mülkiyet hakkına sahiptir³³. Bu durumda tek kişi mülkiyetinde kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) konusunda tek kişinin iradesi söz konusudur. Mülkiyet hakkının birden çok kişiye ait olması halinde, birden fazla iradenin anılan konularda çatışması söz konusu olabilir.

Bir mala birden çok kişinin malik olması ile birden çok kişiden oluşan bir tüzel kişinin malik olması farklı şeylerdir. Tüzel kişi birden çok kişiden meydana gelmekte³⁴ ise ve bu tüzel kişiye ait mallar tüzel kişinin üyelerini ekonomik olarak ilgilendirmekte ise de, söz konusu üyelerin o mal üzerinde mülkiyet hakları

³² **MAX BAUMANN**, Sachenrecht, Zürich 2008, s.37; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.300; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.564; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.19; **SİRMEN**, Eşya, s.260; **ÖZMEN**, Paydaşıktan Çıkarma, s.16; **ETEM SABÂ ÖZMEN/ GÜLŞAH VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Kat İrtifakı, B.2, İstanbul 2015, s.39; **EREN**, Mülkiyet, s.84; **ÖZTAN**, s.772-773; **CANSEL/ İNAN**, Ayni Hak, s.357; **AYAN**, Mülkiyet, s.33; **TURHAN ESENER/ KUDRET GÜVEN**, Eşya Hukuku, B.6, Ankara 2015, s.183; **KAYAOĞLU**, s.15; **KAYNAR**, s.193; **ŞAKİR BALCI**, Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları Birlikte (Ortak) Mülkiyetten Doğan Diğer Davalar (En son yeniliklerle), B.2, Ankara 2012, s.33; **ŞEREF ERTAŞ**, Eşya Hukuku, B.12, İzmir 2015, s.230, (Eşya); **ÖZTAŞ**, s.3.

³³ **BASLER KOMMENTAR (HEINRICH HONSELL/ N. PETER WOGT/ THOMAS GIESER)**: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel, Art.646-654a, N.1; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.19-20; **EREN**, Mülkiyet, s.84-85; **KAYAOĞLU**, s.15; **CANSEL/ İNAN**, Ayni Hak, s.357; **ÖZTAN**, s.772-773; **AYAN**, Mülkiyet, s.34; **ÖZMEN**, Paydaşıktan Çıkarma, s.16; **ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s.39.

³⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 338 inci maddesi ile anonim şirketlerin, 574 üncü maddesi ile de limited şirketlerin tek kişiden oluşmasına imkân vermektedir.

bulunmamaktadır. Tüzel kişi üyelerinden bağımsız olarak o eşyanın malikidir ve bu durumda söz konusu olan mülkiyet türü “tek kişi mülkiyeti” dir³⁵.

II- BİRLİKTE MÜLKİYET TÜRLERİ

Birlikte mülkiyet ilke olarak ikiye ayrılır: Bunlar paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetidir. Eşya hukukunda sınırlı sayı (kapalı adet; numerus clausus) ilkesi hâkimdir. Kanunda öngörülen ayni haklar (mülkiyet, irtifak, rehin ve taşınmaz yükü) dışında yeni bir ayni hak yaratmak ya da kanunda düzenlenen bir ayni hakkın içeriğini ve sınırlarını değiştirmek mümkün değildir³⁶. Bu nedenle, paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti dışında yeni bir birlikte mülkiyet türü yaratılamayacağı gibi³⁷; eşya hukukuna hâkim prensip olarak ayni hakların içeriğini belirleme (muhtevasını tayin) özgürlüğü de olmadığından³⁸, kural olarak her iki mülkiyet türüne ilişkin farklı hükümlerin birbirinin içeriğine dâhil edilmesi de mümkün değildir.

A- Paylı Mülkiyet

Paylı mülkiyet TMK m.688 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TMK m. 688’e göre “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.” Bu hükümden yola çıkılarak paylı mülkiyet şu

³⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.301; SİRMEN, Eşya, s.261; TEKİNAY, s.381; ERDOĞAN, s.4; KURŞAT, s.33; ERTAŞ, Eşya, s.231.

³⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.28; SİRMEN, Eşya, s.34; KURŞAT, s.7-8; ERDOĞMUŞ, s.3; AKINCI, s.251.

³⁷ BASLER KOMMENTAR, Art.646-654a, N.3; REY, N.607-608; EREN, Mülkiyet, s.85; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.89; KURŞAT, s.7-8.

³⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.28; SİRMEN, Eşya, s.34. Eşya hukukunda, ayni hakların sadece sayısı bakımından değil, içeriğini belirleme bakımından da sıkı bir sınırlama mevcuttur. Bu konuyu Oğuzman “Bu bağlamda, kanunun yapılacak değişikliğe, kamuya açıklığı sağlama olanağını tanıdığı hallerde ve tanıdığı oranda fertler bir ayni hakkın içeriğini arzularına göre tayin edebilirler. Bu olanak irtifak hakları için geniş ölçüde tanınmış (MK m.787) ise de, taşınmaz yükünde içeriği tayin serbestisi daha sıkı sınırlamaya tabi tutulmuştur (MK m.839/f.3). Mülkiyet ve rehinde ise içeriği tayin serbestisi sadece bazı noktalara münhasırdır (Örnek Olarak, MK m.731, 871). O halde bireylerin, kanundaki tipler dışında bir ayni hak yaratmaya veya kanunda düzenlenen bir ayni hakkın içeriğini kanunun çizdiği sınırı aşarak değiştirmeye yönelik işlemleri, bu sonuçları sağlama gücünden yoksundur, hükümsüzdür.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.28.

şekilde tanımlanmaktadır: “Paylı mülkiyet, belirli bir nesne üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevlerin, paylı olarak birden çok kişiye ait olmasıdır”³⁹.

Paylı mülkiyet, bir hukuki işlem ile, resmi bir makamın tasarrufu ile, mahkeme kararı ile veya doğrudan bir kanun hükmü ile doğabilir⁴⁰. Örneğin bir kimsenin bir eşyasını birden çok kişiye birlikte vasiyet etmesi, birden çok kişiye satması ya da bağışlaması halinde, bu borçlandırıcı işlemlerin tasarrufi işlemle tamamlanması halinde, paylı mülkiyet bir hukuki işlem ile doğmaktadır⁴¹. Cebri icra yoluyla yapılan bir arttırmaya birlikte pey sürenler lehine icra dairesince verilecek ihale kararı ile, paylı mülkiyet resmi bir makamın tasarrufu ile kurulmuş olur⁴². TMK m.644 uyarınca mirasçılardan birinin veya birkaçının talebi ile sulh hâkimi, terekeye dâhil olan malların bir kısmı ya da tamamı üzerinde paylı mülkiyet kurulmasına karar verebilir. Bu da paylı mülkiyetin, mahkeme kararı ile kurulmasına örnektir⁴³. İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yaran çit, parmaklık, duvar gibi sınırlıkların, aksi ispat edilmedikçe her iki komşunun paylı malı olacağı hususunu düzenleyen TMK m.721 de paylı mülkiyetin doğrudan kanun hükmü ile kurulmasına örnektir⁴⁴.

³⁹ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.3. Aynı içerikteki diğer tanımlar için bkz. **KURŞAT**, s.29-30; **ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s.41. Oğuzman paylı mülkiyeti “bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı olarak birden çok kimseye ait olması hali” olarak tanımlamakla birlikte, yazar Kurşat’a atıfta bulunarak paylı mülkiyette bölünmüş olan şeyin mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevler olduğu konusunda aynı sonuca ulaşmaktadır. Yazar bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “Yazar, aynı tanımlı vermekte ancak, bölünmüş olanın hak ve hak konusu değil, yetkilerin kullanılması olduğunu belirtmektedir. Kitabımızda da mülkiyet hakkının tek olduğu, ancak birden çok kişi tarafından kullanıldığını kabul edildiği nazara alındığında yazarın aynı sonucu kabul ettiği anlaşılmaktadır.” **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.303, dn.113.

⁴⁰ **ROBERT HAAB**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1977, Art.646, N.4 vd.; **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.15 vd.; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.727; **BAUMANN**, s.38; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.300; **EREN**, Mülkiyet, s.90 vd.; **SİRMEN**, Eşya, s.262; **AYAN**, Mülkiyet, s.37; **AKINCI**, s.284.

⁴¹ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.567; **EREN**, Mülkiyet, s.91; **SİRMEN**, Eşya, s.262-263.

⁴² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.569; **EREN**, Mülkiyet, s.92; **SİRMEN**, Eşya, s.263; **AYAN**, Mülkiyet, s.39.

⁴³ Örnek için bkz. **EREN**, Mülkiyet, s.92. Burada ilama konu taşınmazlar açısından TMK m.705/II hükmünce mahkeme kararının kesinleşmesi ile tescilsiz edinme (sicil dışı iktisap) yolu ile paylı mülkiyet tescilden önce doğmaktadır.

⁴⁴ Örnek için bkz. **EREN**, Mülkiyet, s.92; **SİRMEN**, Eşya, s.263; **ERTAŞ**, Eşya, s.232; **AYAN**, Mülkiyet, s.38.

Paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkı söz konusudur. Mülkiyet hakkı paylı malın tamamını kapsar⁴⁵. Paylı mülkiyete tabi eşya, bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusu olup, her bir paydaş da söz konusu eşyanın her zerresinde hak sahibidir⁴⁶.

Belirlilik ilkesi uyarınca paylı mülkiyet ancak bir tek şey üzerinde kurulabilir. Paydaşların malvarlığındaki birden çok eşya üzerinde paylı mülkiyete sahip olabilmeleri, ancak her bir eşya üzerinde ayrı ayrı paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile mümkün olabilir. Malvarlığının tamamı üzerinde paylı mülkiyet kurulamaz⁴⁷. Ortak bir amaç için bir araya getirilmiş olan ve ekonomik bir bütünlük arz eden birden çok eşyadan oluşan eşya birliğini⁴⁸ de tek bir eşya olarak kabul edemeyiz. Zira eşya birliğini oluşturan her bir varlık bağımsız eşya olma vasfını korumaktadır⁴⁹. Bu nedenle eşya birliği bir bütün olarak aynı haklara konu olamaz. Eşya birliğini oluşturan her bir eşya ayrı ayrı hak konusu yapılabilir⁵⁰. Örneğin bir koltuk takımı, birden çok koltuğun bir araya gelmesi ile oluşan bir eşya birliğidir ve paylı mülkiyet ilişkisi koltuk takımı üzerinde değil, her bir koltuk üzerinde ayrı ayrı kurulur.

⁴⁵ **PETER LIVER**, Schweizerisches Privatrecht, V/I, Sachenrecht, Das Eigentum, Basel-Stuttgart 1977, s.53; **EREN**, Mülkiyet, s.85; **SİRMEN**, Eşya, s.261; **ERTAŞ**, Eşya, s.231; **ERDOĞMUŞ**, s.46; **AYAN**, Mülkiyet, s.36. Bu konuya ilişkin tartışmalara aşağıda “Birlikte mülkiyette mülkiyet hakkının bölündüğü görüşü” başlığı altında yer verilecektir.

⁴⁶ **BASLER KOMMENTAR**, Art.646-654a, N.5, Art.646, N.1; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.565; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.302; **SİRMEN**, Eşya, s.261; **ÇELEBİCAN**, s.144. Yargıtay 1. HD’nin 31/03/2005 Tarih, E.2005/2669 ve K.2005/3880 sayılı kararında paydaşların eşyanın her zerresinde hak sahibi olduğu hususu şu şekilde dile getirilmiştir: “Türk Medeni Kanununun 688 ve devamı maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet hükümlerine göre, paylı mülkiyet üzere olan taşınmazda, paydaşların taşınmazın tamamı bakımından her yerinde hak sahibi olmaları asıldır. Aralarında tüm paydaşları kapsar şekilde bir anlaşma olmadıkça, bir ya da birden fazla paydaşın taşınmazın belli ve muayyen yeri üzerinde hak sahibi olmalarına yasal olanak yoktur...” Karar için bkz. **NAZİF KAÇAK**, Emsal İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Hukukunun Eşya Hukukuna İlişkin Hükümleri, Ankara 2006, s.64, (Eşya).

⁴⁷ **HAAB**, Art.646-654, Vorbemerkung, N.3; **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.11; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.566; **EREN**, Mülkiyet, s.88; **KURŞAT**, s.11, dn.19; **TURHAN ESENER**, Eşya Hukuku, Ankara 1985, s.88 (Eşya); **MUSTAFA REŞİT BELGESAY**, Türk Kanunu Medenisi Şerhi IV Ayni Haklar, İstanbul 1956, s.22; **BERTAN**, s.369; **AKINCI**, s.288.

⁴⁸ Eşya birliği; “bağımsızlıklarını kaybetmeksizin ortak bir amaç için bir araya getirilmiş olan ve ekonomik bir bütünlük arz eden birden çok eşyanın meydana getirdiği eşya topluluğu” olarak tanımlanabilir. Tanım için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.12. Benzer tanım için bkz. **SANEM AKSOY DURSUN**, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s.52; **SİRMEN**, Eşya, s.22; **ÖZTAN**, s.661.

⁴⁹ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.12; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.46; **SİRMEN**, Eşya, s.22; **ÖZTAN**, s.661; **AKSOY DURSUN**, s.53.

⁵⁰ **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.46; **ESENER/ GÜVEN**, s.46; **SİRMEN**, Eşya, s.22; **ÖZTAN**, s.661; **AKSOY DURSUN**, s.53.

Paylı hak sahipliği, mülkiyet için söz konusu olabileceği gibi sınırlı ayni haklar için de söz konusu olabilir. Hatta maddi olmayan mallar için dahi paylı hak sahipliği mümkündür⁵¹. Örneğin FSEK m. 9 ve 10, bir fikir ya da sanat eseri üzerinde birden çok kişinin birlikte hak sahipliğini düzenlemektedir. Paylı mülkiyete ilişkin hükümler, bünyelerine uygun düştüğü ölçüde bu tür paylı hak sahipliklerine de kıyas yoluyla uygulanabilir⁵².

Paylı mülkiyette söz konusu tek mülkiyet hakkı birden çok kişiye aittir. Bu kişiler arasında paylı mülkiyetten kaynaklanan bir ilişki mevcut olup, bu ilişki bir tüzel kişilik oluşturmaz⁵³. Paydaşlar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Başka bir ifadeyle bir eşya üzerinde tek başına malik olabilecek olan herkes paylı mülkiyette de paydaş olabilir⁵⁴.

Paylı mülkiyette her bir paydaşın ne kadar paya sahip olduğu bir hukuki işlem⁵⁵, idari bir karar⁵⁶ ya da bir kanun hükmü⁵⁷ ile gösterilmiş olabilir. Aksi kararlaştırılmamış ise ya da bu yönde bir idari karar ya da kanun hükmü mevcut

⁵¹ **HAAB**, Art.646-654, Vorbemerkung, N.13; **MEIER-HAYOZ**, Art. 646-654, Vorbemerkung, N.24 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.90; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.402; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.303; **SİRMEN**, Eşya, s.261-262.

⁵² **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.14; **HAAB**, Art.646-654, Vorbemerkung, N.13; **EREN**, Mülkiyet, s.90; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.402; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.303; **SİRMEN**, Eşya, s.261-262.

⁵³ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.302; **ETEM SABÂ ÖZMEN/ GÜLŞAH SİNEM AYDIN**, Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015, S.1, s.15 (*Birlikte Mülkiyet*); **AYAN**, Mülkiyet, s.36; **ESENER**, Eşya, s.89; **ESENER/ GÜVEN**, s.183; **KARAHASAN**, Eşya, s.109; **AKINCI**, s. 284; **YILDIRIM KESER**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim Sözleşmesi, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.515.

⁵⁴ **LIVER**, s.56; **HAAB**, Art.646, N.2; **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.8; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.400; **EREN**, Mülkiyet, s. 88; **ÖZTAŞ**, s.13.

⁵⁵ Örneğin üç arkadaş yatırım amaçlı bir arazi satın almışlardır. Bu üç arkadaş, araziye hangi oranda malik olacaklarına ilişkin bir anlaşma yapmışlar ise, pay oranı hukuki işlem ile belirlenmiş olur.

⁵⁶ Örneğin İmar Kanunu uyarınca Belediyelerce, fertlere paylı olarak dağıtılan taşınmazlar üzerinde idari bir karar uyarınca paylı mülkiyet kurulmuş olur. Bu idari kararda her bir paydaşın ne oranda malik olacağı belirtilmiş ise pay oranı idari bir karar ile belirlenmiş olur. Örnek için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.40.

⁵⁷ Örnek olarak TMK m. 776'ya göre: "*Birden çok kişinin taşınır malları önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmış o kişiler, yeni şey üzerinde kendi taşınırlarının birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı mülkiyete sahip olurlar.*" Örnek için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.40.

değilse, paylar eşit sayılır (TMK m.688/II)⁵⁸. Örneğin üç arkadaş bir araziyi satın aldıklarında, çoğunlukla eşit oranda hak sahibi olmayı hedeflerler. Bu durumda aralarında oluşan paylı mülkiyet ilişkisinde her birinin pay oranı 1/3 olur. Gerçek yaşamda çok karşımıza çıkmayacaksa da, bu kişilerin malın satın alınması sırasında aralarında bir pay oranı konuşmadıkları varsayımında kanun maddesi gereği de aynı sonuca ulaşılabilecektir. Ancak arkadaşlardan birinin daha zengin olması veya araziye o bulunduğu için onun daha çok paya sahip olması gerektiği kabul edilmiş olabilir. Bu durumda hukuki işlem ile paylı mülkiyet ilişkisine giren kişiler bir kişinin 1/2, diğer ikisinin ise 1/4'er paya sahip olması konusunda anlaşmış olurlar. Bu halde, taraflar arasındaki anlaşmanın varlığına dayalı olarak kanundaki karinenin devreye girmesi söz konusu olmaz.

Pay oranı, paylı mülkiyet konusu eşyanın yönetiminde söz sahibi olma ve paydaşların yükleneceği gider, vergi ve sair yükümlülüklerin tayini bakımından önemlidir. Fakat paydaşların, söz konusu hususlar bakımından pay oranına bağlı olmayacakları yönünde bir anlaşma yapmalarına herhangi bir engel yoktur⁵⁹. Hatta bu hususun TMK m.695 uyarınca şerhi dahi mümkündür. Bu durumda, paydaşların kendi aralarında yapmış oldukları bu anlaşma, sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı bir hak kazanan kimseleri de bağlar (TMK m.695).

TMK m.688/III uyarınca paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir. Payın tamamı devredilebileceği gibi, bir kısmı da devredilebilir (TMK m.732)⁶⁰.

TMK m.692 ve TMK m.700 uyarınca paylı mülkiyette paydaşların kendi payları üzerinde maddi kullanmayı gerektirmeyen taşınmaz yükü ve intifa hakkı⁶¹ gibi irtifak

⁵⁸ Yargıtay 2. HD'nin 13/03/2007 Tarih, E.2006/9283 ve K.2007/3941 sayılı kararı. Karar için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 15/12/2014; Yargıtay 3. HD'nin 18/10/1954 Tarih, E.3570 ve K.5934 sayılı kararı için bkz. ERDOĞAN, s.7.

⁵⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.599; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.325.

⁶⁰ Bu hususlar aşağıda “Paylı mülkiyette paydaşlar arası ilişkiler” anlatılırken “Tasarruf Yetkisi” başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁶¹ Pay üzerinde intifa hakkı kurulmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ETEM SABA ÖZMEN/ MELEK BİLGİN YÜCE, MK “Madde 700” Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı

haklarının kurulmasına bir engel yoktur⁶². Ancak paydaşlar bu haklarını kullanırken diğer paydaşlara zarar vermemelidir. Haklı ve geçerli bir neden bulunmadığı halde sırf diğer paydaşları zarara uğratma kastıyla intifa hakkı tesis edilirse, menfaati zedelenen diğer paydaşlar hâkimin müdahalesini isteyebilir⁶³. Paydaşlar kendi payları üzerinde maddi kullanmayı gerektiren hukuki işlemleri yapamazlar⁶⁴. Örneğin pay üzerinde geçit irtifakı kurulması söz konusu değildir. Zira geçit hakkı kurulacak olan yerin her zerresinde bütün paydaşlar hak sahibidir. Diğer paydaşların hakları ihlal edilmeden o yerden geçmek söz konusu olmaz⁶⁵. Aynı şekilde maddi kullanmayı gerektireceği için payın kiralanması da mümkün değildir⁶⁶. Ancak paydaşın paylı malın ürünlerinden (semerelerinden)⁶⁷ kendi payına düşen kısmı başkasına devretmesi payın kiralanması anlamına gelmez⁶⁸. Kanaatimizce, bu durumda alacağın devri (temlik) (TBK m. 183 vd.) söz konusu olur.

Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.3, Y.2007, s.949 vd.

⁶² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.306-307; ESENER/ GÜVEN, s.186; ÖZMEN/ YÜCE, s.955. Maddi kullanmayı gerektirmemesi sebebiyle pay üzerinde intifa hakkı kurmanın mümkün olduğunu savunan yazarların eleştirisi için bkz. ARPACI, Müsterek Mülkiyet, s.38 vd.; HÜSEYİN HATEMİ/ RONA SEROZAN/ ABDÜLKADİR ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.101. Arpacı'nın payın bir eşya değil bir hak olduğunu dikkate almaksızın pay üzerinde intifa hakkı kurulmasının maddi kullanmayı gerektireceği yönündeki görüşünün eleştirisi için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.306, dn.128.

⁶³ Yargıtay 14. HD'nin 13/10/2005 Tarih, E.2005/8705 ve K.2005/9022 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 25/02/2015.

⁶⁴ LİVER, s.61; HAAB, Art.646, N.12; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.307; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.407; ESENER/ GÜVEN, s.186.

⁶⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.307; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.407; ESENER, Eşya, s.90; ESENER/ GÜVEN, s.186; OĞUZMAN, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İstanbul 1958, s.64, dn.138, (Kat Mülkiyeti). Paydaşların TMK m.689 uyarınca fiili yararlanma anlaşması (kayden şayi mahallen müstakil) yapmaları halinde, hatta bu anlaşmayı tapuya şerh etmeleri halinde de sonuç değişmez. Zira fiili yararlanma anlaşması ile sadece paydaşların zilyetlik alanları belirlenmiş olur. Taşınmazın her zerresinde bütün paydaşların mülkiyet hakkı bulunduğundan, fiili yararlanma anlaşması, pay üzerinde sınırlı ayni hak tesisine imkân vermez. Bu konuda yetki TMK m.693 uyarınca bütün paydaşlara aittir.

⁶⁶ HAAB, Art.646, N.12. Fiili yararlanma anlaşması yapılmış ise payın kiralanması mümkündür. Bu konu, aşağıda “paylı mülkiyette paydaşlar arası ilişkiler” anlatılırken “Yararlanma Yetkisi” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁶⁷ Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir (TMK m.685/II). Doğal ürünlere, bir bağdaki üzümler; hukuki ürünlere de bir dairenin kiraya verilmesi halinde elde edilecek kira bedeli örnek olarak verilebilir. Doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır (TMK m.685/III).

⁶⁸ Yargıtay'ın 27/11/1946 Tarih ve E.28-K.15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. ERASLAN ÖZKAYA, İmar Çapı – Komşular - Paydaşlar Arasında Elatmanın Önlenmesi Yıkım ve Temlikten Tescil Davaları, B.4, Ankara 2014, s.336-337 ya da www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2013.

Aşağıda ayrıntılı olarak belirteceğimiz üzere, paylı mülkiyet, maddi olarak bölünmüş olmayan tek bir eşya üzerinde kurulan, tek bir mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevlerin, paydaşların payları oranında bölündüğü birlikte mülkiyet türüdür⁶⁹. Paylı mülkiyete konu eşya, bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusu olup, her bir paydaş da söz konusu eşyanın her zerresinde hak sahibidir.

B- Elbirliği Mülkiyeti

Diğer bir birlikte mülkiyet türü olan elbirliği mülkiyeti TMK m.701 vd. maddelerde düzenlenmiştir. TMK m. 701'e göre: *"Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır."*

Hükümden de anlaşılacağı üzere, aralarında bir ortaklık bağı (kanunun salt elbirliği mülkiyetine vücut vereceğini öngördüğü ortaklık ilişkisi) bulunan kimselerin, bu ortaklık sebebiyle bir eşyaya birlikte malik olmaları halinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olur⁷⁰. Paylı mülkiyette, paydaşlar arasındaki birlik, önceden varolan bir ortaklık ilişkisine dayanmazken⁷¹, elbirliği mülkiyetinde mülkiyetten önce ortaklık söz konusu olmakta ve elbirliği mülkiyeti bu ortaklık nedeniyle oluşmaktadır⁷². Örnek olarak karı-koca mal rejimlerinden biri olan genel mal ortaklığında, eşlerin ortaklığa dâhil olan malları üzerindeki mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir (TMK m.257). Bu

⁶⁹ AKİPEK, Mülkiyet, s.23; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.389-390; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.3; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.41; YILMAZ ÖZGÜR, Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995, s.10-11; KURŞAT, s.30; ESENER, Eşya, s.89; KARAHASAN, Eşya, s.109.

⁷⁰ MEIER-HAYOZ, Art.652, N.1; TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO, s.913; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, N.791; EREN, Mülkiyet, s.128; SİRMEN, Eşya, s.289.

⁷¹ LIVER, s.53-54; BASLER KOMMENTAR, Art.646-654a, N.7; REY, N.610-611; TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO, s.913; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, N.720; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.340; EREN, Mülkiyet, s.86, 129; TEKİNAY, s.430; ESENER/ GÜVEN, s.197.

⁷² LIVER, s.53-54; BASLER KOMMENTAR, Art.646-654a, N.7; REY, N.610-611; TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO, s.913; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.340; EREN, Mülkiyet, s.86, 129; TEKİNAY, s.430; ERDOĞAN, s.26; F. H. SAYMEN/ H. K. ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.237; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.89; SEROZAN, s.246-247; AKİPEK, Mülkiyet s.45; AYAN, Mülkiyet, s.103, 104; ESENER/ GÜVEN, s.197; BERTAN, s.423-424; ÖKTEM, s.10; KURŞAT, s.37; KAYAOĞLU, s.103; AKINCI, s.287; ÖZTAŞ, s.9-10.

elbirliği mülkiyetinin doğabilmesi için bir evlilik sözleşmesi ve bir mal rejimi sözleşmesine ihtiyaç vardır. Görüldüğü gibi burada elbirliği mülkiyeti, eşler arasındaki evlilik ve mal rejimi ilişkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁷³. Birlikte mirasçı olma halinde de, elbirliği mülkiyeti miras ortaklığı sebebiyle oluşmaktadır (TMK m.640).

Elbirliği mülkiyetinin kaynağı kanundur. Elbirliği mülkiyeti doğrudan kanundan doğabileceğı gibi, kanunun elbirliği mülkiyetine vücut vereceğini öngördüğü sözleşmelerin yapılması ile de doğabilir. Yani elbirliği mülkiyetinin söz konusu olabilmesi için kanunda bir düzenleme mevcut olmalı; bir hukuki olay veya bir hukuki işlem sonucu olarak elbirliği mülkiyeti öngörülmüş olmalıdır⁷⁴. Hukuki olay ile doğan elbirliği ortaklığına örnek olarak “miras ortaklığı (TMK m.640)”; hukuki işlem ile doğan elbirliği ortaklığına ise örnek olarak “mal ortaklığı rejimi (TMK m.256 vd.)”, “aile malları ortaklığı (TMK m.373 vd.)” ve “adi ortaklık (TBK m.620 vd.; EBK m.520 vd.)”⁷⁵ gösterilebilir. Bu sayılanlar sınırlı sayıda (numerus clausus) olup, bu türler dışında elbirliği mülkiyetinin kurulması söz konusu değildir⁷⁶. Elbirliği ortaklığının tüzel kişiliğı yoktur. Aksi halde birlikte mülkiyet değil, tüzel kişinin tek kişi mülkiyeti söz konusu olurdu⁷⁷.

Elbirliği mülkiyetine ilişkin kanuni düzenlemenin özelliğı uyarınca Medeni Kanunumuz elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklık ilişkilerini tek tek düzenlemeyip, bütün elbirliği ilişkisine vücut veren ortaklıklar için genel ilkeleri düzenlemiştir. TMK m.701 bu anlamda nitelik belirlemiş ve tanımlayıcı hüküm getirmiştir. Artık elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklık ilişkilerinin düzenlendiğı metinlerde bu hükümler biliniyor kabul edilmiştir. Örneğın adi ortaklığa ilişkin TBK m.620 vd. (EBK m.520 vd.) hükümlerde elbirliği mülkiyetinin niteliğine ya da

⁷³ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.631-632.

⁷⁴ **AYİTER**, Elbirliği, s.69; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.341; **ESENER/ GÜVEN**, s.197.

⁷⁵ Adi ortaklıkla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **NAMİ BARLAS**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, B.3, İstanbul 2012.

⁷⁶ **TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO**, s.915; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.793; **EREN**, Mülkiyet, s.133; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.435.

⁷⁷ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.340; **EREN**, Mülkiyet, s.130; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.433 **AYAN**, Mülkiyet, s.106.

tanımına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte elbirliği mülkiyetine ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, ilk olarak elbirliği mülkiyetine vücut veren hukuki ilişkinin düzenlendiği metinlere bakılmalıdır. Yani orada konuyu düzenleyen özel bir hüküm varsa, elbirliği mülkiyetine ilişkin genel hükümleri uygulamayacağız. Örnek olarak elbirliği mülkiyetine ilişkin genel bir düzenleme olan TMK m.702/II uyarınca her türlü yönetim işi için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekmektedir. Oysa aile malları ortaklığına ilişkin yönetim işlerini düzenleyen TMK m.377/II'ye göre, ortaklardan her biri, olağan yönetim işlerini diğer ortakların katılmasına gerek olmaksızın yapabilir. Bu halde aile malları ortaklığı için, TMK m.702 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacak, özel hüküm niteliğinde olan TMK m.377/II uygulanacaktır.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların tasarruf edebilecekleri bir pay söz konusu değildir⁷⁸. Ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yayılmış durumdadır (TMK m.701/II). Mülkiyet hakkına, bütün ortaklar elbirliği ile sahiptirler. Ortaklar sadece ortaklık malvarlığının tasfiyesinde, ortaklık ilişkisine göre bir pay alma hakkına sahiptirler⁷⁹. Elbirliği mülkiyetinde de paylı mülkiyette olduğu gibi, ortaklara ait hakkın niceliğini belirten bir bayağı kesir söz konusudur. Altsoy ile mirasçı olan eşin mirasın dörtte biri oranında hak sahibi olması (TMK m.499); adi ortaklık sözleşmesine vücut veren ortakların bu sözleşme ile belirledikleri ortaklık payları oranında hak sahibi olmaları bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak paylı mülkiyetten farklı olarak bu nicelik elbirliği ortaklarına hiçbir şekilde üzerinde tasarruf edebilecekleri bir hak objesi bahşetmez. Örneğin iki

⁷⁸ Tapu Sicil Tüzüğü m.28 uyarınca taşınmazlarda mülkiyet hakkının tescili “ (1) Kütük sayfası malik sütunundaki devreden kişinin adı ve soyadı, baba adı ile edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarası kırmızı mürekkepli kalemle çizilir ve yine kırmızı mürekkepli kalemle tarih ve yevmiye numarası yazılır. Malik sütununun ilk beş satırına yeni malikin adı, soyadı ve baba adı, edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarası yazılır. (2) Tüzel kişilerin unvanı tam olarak yazılır. (3) Paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterilir. (4) Bir paydaş sonradan başka bir paya sahip olduğu takdirde, paylar üzerinde herhangi bir kısıtlama bulunmaması hâlinde payın tescili sırasında payların toplamı yazılır. Kısıtlamanın terkin edilmesi durumunda, paylar re'sen birleştirilerek edinme sebebi sütununa pay birleştirmesi ifadesi yazılır. (5) Elbirliği mülkiyette elbirliğini doğuran neden, malik adlarının ortak paranteze alınmasından sonra belirtilir....” şeklinde yapılmaktadır.

⁷⁹ LİVER, s.54; BASLER KOMMENTAR, Art.646-654a, N.8; MEIER-HAYOZ, Art.652, N.3; AYİTER, Elbirliği, s.111 vd. ; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.344; AKİPEK, Mülkiyet, s.48; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.434, 440; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.636; EREN, Mülkiyet, s.131, 139-140; SİRMEN, Eşya, s.289; ESENER/ GÜVEN, s.197; KURŞAT, s.38; KAYAOĞLU, s.92.

ortakla kurulmuş olan adi ortaklık sözleşmesi uyarınca ½ oranında paya sahip olan ortak, adi ortaklığın sermayesinde yer alan bir eşyanın ½'sini, bu payına dayanarak devredemez. Buna karşılık ortağın, adi ortaklık payını geçerli olarak (diğer ortakların rızasını alarak) devretmesi ile bu payı devralan yeni ortak kendiliğinden (ipso iure) elbirliği mülkiyetine dayalı ortaklığa dâhil olur. Başka bir deyişle böyle bir devir, adi ortaklıkta “ortak” sıfatının da devri anlamına gelir⁸⁰.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır (TMK m.701/II). Ancak ortakların kendi aralarında gizli olarak bir pay miktarı belirlemelerine yasal bir engel yoktur. Ancak ortakların kendi aralarında belirlemiş oldukları bu paylar üçüncü kişileri ilgilendirmez. Bu nedenle buna “uyuyan ya da gizli pay” da denilmektedir⁸¹. Şöyle ki, elbirliği mülkiyetinde bütün ortaklar borçlardan müteselsilen sorumludurlar. Elbirliği ortaklığından alacaklı olan bir üçüncü kişi, pay oranına bakmaksızın dilediği ortağa başvurabilir. Böyle bir pay oranı belirlemekteki amaç, sadece ortaklığın tasfiyesinde hangi ortağın ne kadar pay alacağını belirlemektir.

Ortakların bu tasfiye paylarının malvarlığının tümüne ilişkin mi olduğu, yoksa malvarlığının konusunu oluşturan mallar üzerinde ayrı ayrı paylar mı söz konusu olduğu hususunda tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre, elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyetten farklı olarak, ortakların hakları malvarlığının tamamına ilişkindir; ortaklar malvarlığındaki malların ya da hakların her birinde ayrı ayrı hak sahibi değildirler⁸². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, ortaklar malvarlığının tümünde değil, malvarlığını oluşturan malların her birinde ayrı ayrı hak sahibidirler⁸³.

⁸⁰ **BARLAS**, s.97-98.

⁸¹ **TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO**, s.915; **NUŞİN AYİTER**, Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), B.2, Ankara 1983, s.100, (Eşya); **AYİTER**, Elbirliği, s.112; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.434; **EREN**, Mülkiyet, s.131-132.

⁸² **TEKİNAY**, s.432, 435; **BELGESAY**, s.22; **ÖKTEM**, s.12; **AKINCI**, s.288; **ÖZTAN**, s.788.

⁸³ **MEIER-HAYOZ**, Art.652, N.20; **BERTAN**, s.425; **SİRMEN**, Eşya, s.290. Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. **İSMET SUNGURBEY**, Medeni Hukuk Sorunları, C.6, İstanbul 1994, s.283 vd., (Medeni Hukuk).

Birlikte mülkiyet türleri olan paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetine ilişkin genel bilgiler verdikten sonra şimdi de bu birlikte mülkiyet türlerinin ortak özelliklerine değinelim.

III- BİRLİKTE MÜLKİYETİN ÖZELLİKLERİ

A- Birlikte Mülkiyet Tüzel Kişiliğe Vücut Vermez

Kişiler, ortak bir amacı gerçekleştirmek için bir sözleşme çerçevesinde ortak çabalarını ya da malvarlıklarını birleştirebilirler. Ancak bu birleşmenin, birleşen kişilerden bağımsız bir varlığı yoktur. Tüzel kişiden bahsedebilmek için, ortak amacı gerçekleştirmek isteyen kişi ya da mal topluluğunun, birleşen kişilerden ya da mallardan bağımsız bir kişilik kazanmış olması gerekir⁸⁴. Bu da ancak kanunla böyle bir statünün öngörülmesi halinde mümkündür.

Gerek paylı mülkiyette, gerekse de elbirliği mülkiyetinde birden çok kişinin bir eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması söz konusudur. Bu kişiler arasında bir “paylı mülkiyet birliği”⁸⁵ ya da “elbirliği” meydana gelmekte olup, bu birlik tüzel kişilik oluşturmamaktadır⁸⁶. Birlikte malikler kendi iradeleri ile de tüzel kişilik yaratamazlar; zira, tüzel kişilik yaratılmasında kanunilik ve sınırlı sayı ilkesi egemendir⁸⁷. Ortaklık malvarlığının ortaklardan bağımsız bir kişiliğe ait olduğu ileri sürülemez⁸⁸. Ortaklığın, ortaklar dışında hak iktisap etmesi, ortaklardan bağımsız olarak hukuki işlem yapması söz konusu olamayacağı gibi, ortaklığın haksız fiil

⁸⁴ **M. KEMAL OĞUZMAN/ ÖZER SELİÇİ/ SAİBE OKTAY-ÖZDEMİR**, *Kişiler Hukuku* (Gerçek ve Tüzel Kişiler), B.15, İstanbul 2015, s.262, (*Kişiler*).

⁸⁵ Bu terim için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, *Eşya*, s.311 vd.; **EREN**, *Mülkiyet*, s.86; **SİRMEN**, *Eşya*, s.261; **ÖZTAŞ**, s.36 vd.; **AYAN**, *Mülkiyet*, s.36; **KARAHASAN**, *Eşya*, s.109; **ÖZMEN/ AYDIN**, *Birlikte Mülkiyet*, s.25. Bu terimin eleştirisi için bkz. **AYİTER**, *Eşya*, s.91.

⁸⁶ **LİVER**, s.108; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, *Eşya*, s.302, 340; **AKİPEK**, *Mülkiyet* s.47; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.635-636; **SİRMEN**, *Eşya*, s.289; **ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s.42; **ÖZMEN/ AYDIN**, *Birlikte Mülkiyet*, s.25; **AYAN**, *Mülkiyet*, s.36, 104; **BALCI**, s.33, 47; **ESENER**, *Eşya*, s.89, 95; **ESENER/ GÜVEN**, s.183, 197; **ÖKTEM**, s.15; **BERTAN**, s.434; **MUSTAFA REŞİT KARAHASAN**, *Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku*, C.1, İstanbul 1999, s.217-218, (*Mülkiyet 1*) ; **ÖZTAŞ**, s.37.

⁸⁷ **ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s.42.

⁸⁸ **AYİTER**, *Elbirliği*, s.7.

ehliyetinden de bahsedilemez⁸⁹. Yine aynı şekilde paylı mülkiyet birliğinin de paydaşlardan bağımsız şekilde hak iktisap etmesi, hukuki işlem yapması ya da haksız fiil ehliyetine sahip olması söz konusu değildir.

B- Birlikte Mülkiyette Mülkiyet Hakkının Taşındığı Özellikler

a- Birlikte Mülkiyette Eşyanın Bölündüğü Görüşü

Paylı mülkiyetin hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşlerden biri, paylı mülkiyet konusu eşyanın maddi olarak bölündüğünü savunmaktadır⁹⁰. Bu görüşe göre paylı mülkiyette paylardan her biri, maddeten bölünmüş olan eşyanın belirli ve bağımsız bölümüne tekabül etmektedir⁹¹. TMK m.688/I'e göre "*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*" TMK m.688/I'in açık hükmü karşısında bu görüşün savunulamayacağı açıktır⁹². Söz konusu hüküm ile payların eşyanın doğasında fiziki olarak gözükmeyeceği,

⁸⁹ AYİTER, Elbirliği, s.7.

⁹⁰ Günümüzde tamamen terk edilmiş olan bu görüş hakkında bkz. GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, Eşya s.401; EREN, Mülkiyet, s.89; AKİPEK, Mülkiyet, s.23; KURŞAT, s.15-17.

⁹¹ Bu fikrin eleştirisi için bkz. GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, Eşya s.401; EREN, Mülkiyet, s.89; AKİPEK, Mülkiyet, s.23; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.2; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.40.

⁹² TMK m.688/I'i karşılayan EMK m.623/I "*Birden ziyade kimseler şayan bir şeye malik olur ve hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa onlar, o şeyin hissedarındırlar.*" şeklinde idi. TMK m.688'de açıkça "maddi olarak bölünmüş olmayan" ifadesine yer verilmiş olması başarılı bir düzenlemedir. Bununla birlikte Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 12/06/2014 tarihli ve 23294678-010.07.02/34306 sayılı Duyurusunda tarımsal arazilerin mirasçılara intikalinde, arazinin mirasçı sayısına bölüneceği sonucuna varılması kabul edilebilir bir sonuç değildir. Söz konusu duyuruya göre; 6537 sayılı Kanunun (5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Hakkında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) yayımlandığı tarihten sonraki ölümlerde "*Mirasçıların anlaşmak suretiyle terekedeki tarımsal nitelik taşıyan tüm taşınmazları, 5403 sayılı Kanunun 8/C maddesi gereği, tek mirasçıya, iştirak halinde mülkiyet ilkelerine göre aile malları veya kazanç paylı aile malları ortaklığına, mirasçıların kuracağı limited şirkete veya üçüncü kişiye devir taleplerinin il/ilçe gıda, tarım ve hayvancılık müdürlüklerine soru konusu edilmeksizin karşılanması mümkündür. Birden fazla ehil mirasçıya devir istemi mevcutsa yeter gelirli tarımsal arazi için uygun büyüklüğün sağlanıp sağlanmadığı hususunun tespiti için durum il/ilçe gıda, tarım ve hayvancılık müdürlüğüne soru konusu edilerek, alınacak cevaba göre işlem yapılması gerekmektedir.*" Görüleceği üzere, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, tarımsal arazilerin birden fazla mirasçıya devir isteminde, arazinin 5403 sayılı Kanun uyarınca uygun büyüklüğün sağlanıp sağlanmadığı hususunun tespiti için, konunun il/ilçe gıda, tarım ve hayvancılık müdürlüğüne sorulmasını ve oradan gelecek cevaba göre hareket edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle, il/ilçe gıda, tarım ve hayvancılık müdürlüğü tarımsal arazinin birden çok mirasçıya intikalinde uygun büyüklüğün sağlanmadığı yönünde görüş verirse, mirasçıların devir istemi yerine getirilmeyecektir. Birlikte mülkiyette tek bir eşya, tek bir mülkiyet hakkı vardır. Terekede yer alan bir arazinin birden çok kişiye devri ile o arazinin bölüneceği sonucuna ulaşmakla, mülkiyet hukukunun temel prensipleri yerle bir edilmektedir.

yani payların eşyanın bütünleyici parçası olmadığı anlatılmak istenmektedir⁹³. Paylı mülkiyette, söz konusu şey üzerinde tek bir mülkiyet söz konusudur⁹⁴. Söz konusu eşyanın niteliği bölünmeye elverişli olduğu için, eşya birden çok parçaya bölünerek her bir parça ayrı mülkiyete tabi olabiliyorsa paylı mülkiyetten söz edilemez. Örneğin, TMK m.1000 uyarınca bir arsanın iki ayrı parsel dönüştürülmesi ve her bir parsel üzerinde paydaşlardan birinin hak sahibi olması halinde artık paylı mülkiyet söz konusu olmaz. Paylı mülkiyete tabi şey, bir bütün olarak tek bir mülkiyet hakkının konusu olup, her bir paydaş da söz konusu şeyin her zerresinde hak sahibidir⁹⁵. Eşyanın bölünmezliği konusunda TMK m.688/I hükmü açık olup, paydaşların olağanüstü yönetim işi olarak bölünmeye elverişli bir eşyayı bölme kararları ve her bir bölünmüş şeyin paydaşlara ayrı ayrı bağımsız özgülenmesi, paylı mülkiyeti niteliği gereği sonlandırmış olur. Örneğin TMK m.1000/II hükmünce bir tarım arazisinin bölünmesi halinde⁹⁶ paylı mülkiyet sona erer. Örneğin 150 dönümlük bir tarım arazisine 1/3 payla malik olan üç paydaş, bu araziye ellişer dönümlük üç taşınmaza bölerler ise, bu bölme sonucunda paylı mülkiyet sonlanmış olur. Medeni Kanunumuzun “maddi olarak bölünmüş olmayan şey” den kastı, ya niteliği gereği ya

⁹³ **ÖZMEN**, Paydaşlıktan Çıkarma, s.23.

⁹⁴ **LİVER**, s.53; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.301, dn.107- s.302; **EREN**, Mülkiyet, s.85-89; **SİRMEN**, Eşya, s.261; **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.3; **ÖZTAN**, s.773; **ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s.41; **KURŞAT**, s.23; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.390; **AKINCI**, s.283; **ÖZTAŞ**, s.15; **KAYNAR**, s.193.

⁹⁵ **BASLER KOMMENTAR**, Art.646-654a, N.5, Art.646, N.1; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.565; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.302; **SİRMEN**, Eşya, s.261; **ÇELEBİCAN**, s.144. Yargıtay 1. HD'nin 31/03/2005 Tarih, E.2005/2669 ve K.2005/3880 sayılı kararında paydaşların eşyanın her zerresinde hak sahibi olduğu hususu şu şekilde dile getirilmiştir: “Türk Medeni Kanununun 688 ve devamı maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet hükümlerine göre, paylı mülkiyet üzere olan taşınmazda, paydaşların taşınmazın tamamı bakımından her yerinde hak sahibi olmaları asıldır. Aralarında tüm paydaşları kapsar şekilde bir anlaşma olmadıkça, bir ya da birden fazla paydaşın taşınmazın belli ve muayyen yeri üzerinde hak sahibi olmalarına yasal olanak yoktur...” Karar için bkz. **KAÇAK**, Eşya, s.64.

⁹⁶ Bir tarım arazisinin bölünmesi, 19/07/2005 tarihli ve 25880 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümlerince getirilen sınırlamalara bağlı olarak yapılmalıdır. Bahsi geçen kanunun 8 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.” Aynı kanunun 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ise “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.” hükmünü haizdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **MELEK BİLGİN YÜCE**, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanuni Kısıtlamalar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.2, Temmuz 2011, s.118 vd.

da hukuken bölünemeyen ya da bölünmesi mümkün olmakla birlikte bir olağanüstü yönetim işi olarak bölünmediği için paydaşlara ait olan eşyadır. Zaten birlikte mülkiyet konusu eşyanın niteliği bölünmeye elverişli olup da eşya birden çok parçaya ayrılmışsa, paylı mülkiyet değil birden çok kişinin ayrı ayrı tek kişi mülkiyeti söz konusu olur⁹⁷.

Başka bir görüşe göre ise paylı mülkiyet konusu eşya maddi olarak değil ama fıkren bölünmüştür⁹⁸. Fiilen bölünmemiş olan bir nesnenin fıkren bölünmüş olduğunu açıklamak zordur⁹⁹. Kanaatimizce de birlikte mülkiyet konusu eşyanın ne fiilen ne de fıkren bölünmüş olduğunun kabulü mümkün değildir.

Paylı mülkiyet için söz konusu olan eşyanın maddi ya da fikri olarak bölünmemiş olduğu görüşünün, elbirliği mülkiyeti için de söz konusu olacağı açıktır. Zira yukarıda da bahsedildiği gibi, eşya bölünmeye elverişli olan bir eşya ise zaten her bir parça üzerinde ayrı ayrı bağımsız mülkiyet söz konusu olur.

b- Birlikte Mülkiyette Mülkiyet Hakkının Bölündüğü Görüşü

Birlikte mülkiyetin nitelendirilmesine ilişkin üzerinde tartışılan diğer bir husus, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının bölünüp bölünmediğidir. Bu konudaki ilk görüşe göre paylı mülkiyette bölünen eşya değil eşya üzerindeki mülkiyet hakkıdır¹⁰⁰. Başka bir deyişle her bir paydaş eşya üzerinde kısmi bir mülkiyet hakkına sahiptir. Bu görüşe göre söz konusu kısmi mülkiyet haklarının toplamı da tek bir mülkiyet hakkını oluşturmaktadır. TMK m.688’de mülkiyet hakkının bölünmediğinden söz etmese de günümüzde İsviçre-Türk Hukukunda baskın görüş, birlikte mülkiyet konusu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkının bulunduğunu ve bu tek mülkiyet hakkının

⁹⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.302.

⁹⁸ LİVER, s.54; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, Eşya, s.401; EREN, Mülkiyet, s.89; TEKİNAY, s.382-383; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.90; AYAN, Mülkiyet, s.36; WOLFGANG BREHM/ CHRISTIAN BERGER, Sachenrecht, 2. Auflage, Tübingen 2006, s.76; BAUMANN, s.39; STEPHAN MEDER / ANDREA CZELK, Grundwissen Sachenrecht, Tübingen 2005, s.43. Bu görüşün eleştirisi için bkz. HAAB, Art.646-654, Vorbemerkung, N.7; MEIER-HAYOZ, Art.646, N.2; AKİPEK, Mülkiyet, s.23.

⁹⁹ ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.2.

¹⁰⁰ AYİTER, Eşya, s.89; BERTAN, s.367-368. Bu görüşe getirilen eleştiriler için bkz. KURŞAT, s.19-20.

paydaşlar arasında bölünmediğini kabul etmektedir¹⁰¹. Kanaatimizce tek kişi mülkiyeti ile birlikte mülkiyet arasında, mülkiyet hakkının içeriği ve niteliği bakımından bir fark yoktur. Bu nedenle fikrimizce de birlikte mülkiyette, tek bir mülkiyet hakkı vardır ve bu hakkın bölünmesi söz konusu değildir. Paylı mülkiyette olduğu gibi, elbirliği mülkiyetinde de tek bir mülkiyet hakkı söz konusudur ve bu mülkiyet hakkının bölünmesi söz konusu değildir.

c- Birlikte Mülkiyette Yetki ve Ödevlerin Bölündüğü Görüşü

Paylı mülkiyetin hukuki niteliğine ilişkin diğer bir görüşe göre ise¹⁰², paylı mülkiyette paylı eşya ya da eşya üzerindeki mülkiyet hakkı değil, mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevler bölünmektedir. Bu görüşe göre paylı mülkiyet kapsamındaki bazı yetki ve ödevler bölünebilir niteliktedir ve bölünmüşlerdir. Örneğin her bir paydaş kendi payı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir (TMK m.688/III). Bu görüşe göre paylı malın bölünmesi ya da mülkiyet hakkının bölünmesi söz konusu değildir; bölünen paylı mülkiyetten doğan yetki ve ödevlerdir.

Paylı mülkiyetin hukuki niteliğini açıklayan görüşler arasında, Medeni Kanun hükümlerine en uygun görüşün bu olduğu fikrindeyiz. Bu konuyla bağlantılı olarak elbirliği hâlinde mülkiyette özel bir boyut bulunmadığından, elbirliği mülkiyeti için de aynı sonuca ulaşmak gerekir.

¹⁰¹ LİVER, s.53; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.301, dn.107; EREN, Mülkiyet, s.85-89; SİRMEN, Eşya, s.261; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.3; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.41; KURŞAT, s.23; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.390; AKINCI, s.283; ÖZTAŞ, s.15.

¹⁰² AKİPEK, Mülkiyet, s.23; KURŞAT, s.30; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.389-390; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.3; ESENER, Eşya, s.89; ESENER/ GÜVEN, s.184; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.41; ÖZMEN/ AYDIN, Birlikte Mülkiyet, s.15; ÖZGÜR, s.10-11; KARAHASAN, Eşya, s.109, ÖZTAŞ, s.5.

C- Birlikte Mülkiyette Eşya Üzerindeki Mülkiyet Hakkı ile Pay Sahiplerinin Hakkının Farklılığına Dayalı Özellikler

a- Paylı Mülkiyette Payın Hukuki Niteliği

Paylı mülkiyette her bir paydaşın pay oranı aritmetik olarak belirlenmiştir¹⁰³. Yukarıda da açıklandığı üzere, katıldığımız görüş uyarınca birlikte mülkiyet konusu eşyanın ya da mülkiyet hakkının bölünmesi söz konusu değildir; buna karşılık mülkiyet hakkından doğan ödev ve yetkiler bölünebilir¹⁰⁴. Mülkiyet hakkından doğan ödev ve yetkileri paylaşan kişilerin (paydaşların) hakları, eşyanın her zerresinde söz konusu olur. Böylece payı, bölünmez eşya üzerinde bölünemeyen mülkiyet hakkından doğan yetki ve yükümlülükler katılma oranı olarak tanımlayabiliriz¹⁰⁵. Bu durumda pay oranı da, bir paydaşın diğer paydaşlar karşısındaki ve paylı mülkiyet konusu eşya üzerindeki hak durumunun sayısal olarak ifade edilmesi şeklinde tanımlanabilir. O halde pay aslında bir nesne değil, bir hak niteliğindedir¹⁰⁶. Paya ilişkin hakkın aynı, mutlak ve mülkiyet benzeri sui generis bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Payı, “*mülkiyet hakkından doğan yetki ve ödevlere katılma oranı*” olarak tanımladık. O zaman payın paydaşa yetki vermesinin yanında, yükümlülük yüklemesi de en doğal sonuçtur. Payın sahibine yükümlülük yüklemesi, onun “hak” olarak nitelendirilmesine engel değildir. Zira payın paydaşlar arasında yükümlülük kaynağı olmasından daha çok, üçüncü kişilere ileri sürülebilmesinin yarattığı aynı hak niteliği ve tasarruf yetkisi, payın hukuki niteliğinin hak olarak ifade edilmesine sebep olmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰³ LİVER, s.54; REY, N.645; EREN, Mülkiyet, s.86.

¹⁰⁴ AKİPEK, Mülkiyet, s.23; KURŞAT, s.30; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.389-390; ARPACI, Müsterek Mülkiyet, s.3; ESENER, Eşya, s.89; ESENER/ GÜVEN, s.184; ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.41; ÖZGÜR, s.10-11; KARAHASAN, Eşya, s.109.

¹⁰⁵ ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.43. Benzer tanımlar için bkz. MEIER-HAYOZ, Art.646, N.43; EREN, Mülkiyet, s.87; KARAHASAN, Eşya, s.109, 106; KESER, s.514-515. Payı, sadece paylı mala ilişkin hakların tamamı olarak kabul eden görüş için bkz. REY, N.643.

¹⁰⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.303; KURŞAT, s.27-28. Benzer görüş için bkz. ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.43-44.

¹⁰⁷ KURŞAT, s.27-28.

¹⁰⁸ ÖZMEN/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s.44; KURŞAT, s.27-28.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün "Mülkiyet hakkının tescili" başlıklı 28 inci maddesinin 3 üncü fıkrası¹⁰⁹, paylı mülkiyet konusu eşyanın taşınmaz olması halinde payların da tapu kütüğüne tescil edileceğini hükme bağlamıştır. O halde taşınmazlar üzerindeki payların, taşınmaz olmasalar da, taşınmazlar gibi işlem göreceği kabul edilmektedir¹¹⁰. ZGB m.655¹¹¹ kat mülkiyetine esas oluşturması bakımından, taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet paylarını taşınmaz olarak kabul etmiştir. Her ne kadar bizde bu hususta açık bir hüküm olmasa da, tapu kütüğüne kayıtlı taşınmazlar bakımından pay üzerindeki bağımsız tasarruf yetkisinin tapu kütüğüne tescili ile paylı mülkiyet paylarının taşınmazmış gibi işlem görmeleri sağlanmaktadır.

b- Elbirliği Mülkiyetinde Ortakların Haklarının Niteliği

Elbirliği mülkiyetinde ortakların tasarruf edebilecekleri bir pay yoktur (TMK m.702/III). Mülkiyet hakkı elbirliği ile ortaklara aittir. Ortaklar sadece ortaklığın tasfiyesinde pay alma hakkına sahiptirler¹¹². Başka bir deyişle elbirliği mülkiyetinde ortakların hakları, tasfiye sonunda kalacak bakiyenin belli bir oranda kendilerine verilmesini istemekten ibarettir. Bu hak bir kişisel haktır ve ancak tasfiyeden sonra ileri sürülebilir¹¹³. Kısacası ortakların hakları bir beklenen hak, bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu nedenle bu hakkın devredilmesi, (kanundaki özel hükümler - Örneğin TMK m.677¹¹⁴- saklı kalmak şartıyla) TBK m.183 vd. (alacağın temliki) hükümlerine tabi olur¹¹⁵.

¹⁰⁹ Tapu Sicil Tüzüğü m.28/III : "Paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterilir."

¹¹⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.303. Benzer görüş için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.570.

¹¹¹ ZGB m.655: "Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke./ Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind: 1) die Liegenschaften; 2) die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte; 3) die Bergwerke; 4) die Miteigentumsanteile an Grundstücken..." Maddenin Türkçesi: "Taşınmaz mülkiyetinin konusu taşınmazlardır./ Bu yasa uyarınca taşınmazlar şunlardır: 1) Araziler; 2) Tapu siciline kayıtlı bağımsız ve sürekli haklar; 3) Madenler; 4) Taşınmazlar üzerindeki müsterek mülkiyet payları..."

¹¹² LİVER, s.53; BASLER KOMMENTAR, Art.646-654a, N.8; MEIER-HAYOZ, Art.652, N.3; AYİTER, Elbirliği, s.111 vd.; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.343-344; AKİPEK, Mülkiyet, s.48; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.434, 440; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.636; EREN, Mülkiyet, s.131, 139-140; SİRMEN, Eşya, s.289; AYAN, Mülkiyet, s.105; ESENER/ GÜVEN, s.197; KURŞAT, s.38; KAYAOĞLU, s.92.

¹¹³ AKİPEK/ AKINTÜRK, s.411.

¹¹⁴ TMK m.677: "Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır./ Bir mirasçının üçüncü kişiyle

§7 BİRLİKTE MÜLKİYETTE HAK SAHİPLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİYE YÖNELİK HUKUKİ HÜKÜM VE SONUÇLAR

I- PAYLI MÜLKİYETTE PAYDAŞLAR ARASI İLİŞKİLER

A- Yararlanma Yetkisi

Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir (TMK m.693/I). Hükümden de anlaşılacağı üzere kanun paydaşların yararlanma hakkını diğer paydaşların hakları ile sınırlamıştır. Kanun yararlanmayı “kullanma” ve “yararlanma” olarak ifade etmiştir. TMK m.683/I’de de netleştirildiği üzere, mülkiyet hakkı, hak sahibine kural olarak üç yetki verir: Kullanma, yararlanma ve tasarruf etme¹¹⁶. Paylı maldan yararlanma ile anlatılmak istenen şey paylı maldan elde edilen doğal ve hukuki ürünlerden yararlanmaya katılmadır¹¹⁷. Kullanma ise hak sahibinin maldan bizzat kendisinin yararlanmasıdır¹¹⁸. Eş deyişle, yararlanmada hak sahibi malı bizzat kendi kullanmayıp, ivazlı ya da ivazsız olarak başkasına kullandırmakta, bunun sonucunda dolaylı olarak maldan kendisine yarar sağlamaktadır. Paylı mala verilen zararın tazminini yararlanma kapsamında değerlendiren görüşün¹¹⁹ yerinde olmadığı fikrindeyiz¹²⁰. Zira tazminat talebi yararlanma yetkisine dayanan bir talep değildir;

yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonucunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar.”

¹¹⁵ **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.434; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.411.

¹¹⁶ Sınırlı aynı haklarda bu yetkilerden biri ya da ikisi eksiktir. Örneğin, intifa hakkında hak sahibi hem kullanma hem de yararlanma yetkisine sahipken; oturma (sükna) hakkında sadece kullanma yetkisine sahiptir.

¹¹⁷ **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.11; **HAAB**, Art.648, N.3; **BASLER KOMMENTAR**, Art.648, N.11; **REY**, N.673; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR**, Eşya, s.318; **TEKİNAY**, s.404; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.595; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.398; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.417; **AYAN**, Mülkiyet, s.63.

¹¹⁸ **BASLER KOMMENTAR**, Art.648, N.10. Kullanmanın da yararlanmanın bir türü olduğu yönündeki görüş için bkz. **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.106; **ÖZTAŞ**, s.45, 52. Arpacı’ya göre bir nesneyi kullanan kişi aynı zamanda o nesneden yararlanmaktadır; bu nedenle kanunda kullanma ve yararlanma olmak üzere iki ayrı ifade yerine sadece “yararlanma” ifadesinin kullanılması yeterli olurdu. Bkz. **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.106.

¹¹⁹ Bu görüş için bkz. **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.11 vd.; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.106. Bu görüşe göre, paylı malın kiraya verilmesi halinde, kiracının paylı malı hasara uğratması sebebiyle kiracıdan istenebilecek tazminat yararlanma kapsamında değerlendirilmektedir. Benzer görüş için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.63.

¹²⁰ Söz konusu görüşün haklı eleştirisi için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR**, Eşya, s.318, dn.177.

mülkiyetin ihlali sebebiyle doğan bir taleptir¹²¹. Son yetki olan tasarruf yetkisi ise, malı tüketme; yani tasarruf işlemlerine konu etme yetkisidir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi paydaşlar ancak diğer paydaşların haklarıyla bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilirler. Yararlanma konusunda getirilen bu ölçüye uyulup uyulmadığının tespiti çok kolay gibi görünse de, her zaman kolay olmamaktadır. Kullanma dışında kalan yararlanmalar bakımından bu kriterin uygulanması kolaydır. Burada eşyayı bizzat kullanma gibi bir durum olmadığından, sadece hukuki bir hakka dayalı olarak ürünlerden yararlanma söz konusu olduğundan, kriter kolay uygulanabilmektedir. En basit haliyle, her bir paydaşın hukuki ya da doğal ürünlerden kendi payı oranında yararlanması ile bu ölçüye uygunluk sağlanmış olur. Örneğin paylı malın kiraya verilmesi halinde, kira bedelinin paydaşlar arasında kendi payları oranında paylaşılması ile kanuna uygun yararlanma sağlanmış olur. Aynı şekilde paylı mülkiyete tabi bir bahçeden toplanan ürünlerin paydaşlar arasında paylaşılması durumunda da sorun çıkmayacaktır. Bunların satılması sonucu elde edilen gelirin paylaşılmasından bir farkı olmayacak, bütün bu hallerde pay oranına göre elde edilenin dağıtılması halinde kanuna uygun yararlanmanın varlığından bahsedilebilecektir¹²².

Kullanma dışındaki yararlanmalar bakımından durum böyle iken, kullanma biçimindeki yararlanmalar bakımından paylı mülkiyet konusu eşyayı pay oranında kullanmanın ölçütünü belirlemek zordur. Örneğin paylı mülkiyete tabi bir otomobilin paydaşların payları oranında kullanılması mümkün olmaz. Malın pay oranında kullanılması mümkün değilse, yararlanmanın diğer paydaşların haklarıyla bağdaşıp bağdaşmadığının tespitinde dürüstlük kuralına başvurmak gerekmektedir. Hatta pay oranında kullanmanın mümkün olduğu hallerde dahi dürüstlük kuralını göz önünde bulundurmamak gerekir¹²³.

¹²¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, Eşya, s.318, dn.177.

¹²² HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.107.

¹²³ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.107.

Pay oranında kullanılması mümkün olmayan paylı malın yer ve zaman esasına göre pay oranında kullanılması konusunda paydaşların anlaşması mümkündür¹²⁴. Fiili yararlanma anlaşması¹²⁵ olarak adlandırılan bu sözleşme ile, paydaşlar paylı mülkiyet konusu eşyadan fiilen yararlanmanın nasıl olacağını kendi aralarında kararlaştırabilirler (TMK m.689)¹²⁶. Örneğin paylı mal bir taşınmaz olup bu taşınmaz dairelere ya da katlara ayrılmaya müsaitse, her bir paydaş kendi payının karşılığı olarak kendisine tahsis edilen kat ya da daireyi kullanabilir. Bunun dışında, bir tarafında kaynak, bir tarafında portakal ağaçları, diğer tarafında ev olan bir arsayı, üç paydaş eşit olmayan şekilde paylaşma yoluna gidebilirler. Başka bir deyişle, paydaşlar pay oranlarına bakmaksızın da fiili yararlanma anlaşması yapabilirler. Ancak bu sözleşme için her bir paydaşın rızası gerekir. Ya da paylı mülkiyete tabi bir yazlığın, paydaşlar arasında Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarında dönüşümlü olarak, zaman esasına göre kullanılması söz konusu olabilir. Paylı malın kullanma tarzı miktar esasına göre de belirlenebilir. Örneğin paylı bir taşınmazda bütünleyici parça niteliğindeki kaynaktan (TMK m.718) her paydaşın günde belli bir miktar su alması kararlaştırılabilir¹²⁷. Paydaşların, paylı mülkiyet konusu eşyayı nasıl kullanacakları

¹²⁴ **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.19; **HAAB**, Art.648, N.4; **REY**, N.674; **C. WIELAND**, Kanunu Medenide Ayni Haklar, Tercüme Eden: **İ. HAKKI KARAFAKİ**, Ankara 1946, s.71; **EREN**, Mülkiyet, s.111; **BELGESAY**, s.24; **MUİN M. KÜLEY**, Müsterek Mülkün İdare ve İstimali, İstanbul 1952 (İstanbul Barosu Dergisinin, C.XXVI, S.9, Eylül 1952 sayısından ayrı baskı), s.12, (İdare); **SAYMEN/ ELBİR**, s.239; **SİRMEN**, Eşya, s.277; **KARAHASAN**, Eşya, s.150; **ERDOĞAN**, s.14; **KAYAOĞLU**, s.37; **GENÇCAN**, s.3946.

¹²⁵ Paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler (TMK m. 689/I). Fiili yararlanma anlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s. 57 vd. Birçok yargı kararı ile de paydaşların paylı malı kullanma tarzına ilişkin fiili yararlanma anlaşması yapabileceklerine değinilmiştir. Yargıtay 3. HD'nin 30.10.2008 Tarih, E.2008/14082 ve K.2008/18282 sayılı kararında da fiili kullanıma ilişkin anlaşmanın korunması gerektiği “...*Uzunca bir süredir de davalı tarafından kullanılagelmıştır. Bu durumda, yapılan anlaşma ve fiili kullanım şekli, paydaşlarca benimsenmiş ve uzunca bir süre buna uyulmuş olmakla ahde vefa gereği, tapuda resmi taksim ya da şuyunun dava yoluyla izale edilmesi veyahut o yerde imar uygulaması ile sona erinceye kadar olduğu gibi korunması gerekir. Dolayısı ile davalının sözleşmeye olan bağlılığı ve uzunca süren kullanım şekline olan güveni çerçevesinde fiilen yararlanması, kötüniyetli ve haksız işgal olarak değerlendirilemez...*” şeklinde ifade edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 07/07/2015. Aynı yönde Yargıtay 14. HD'nin 16/09/1975 Tarih, E.1975/3345 ve K.1975/3704 sayılı kararı için bkz. YKD, Y.1976, S.1, s.81.

¹²⁶ Bu anlaşmalar paydaşların imzalarının noterlikçe onaylanması koşuluyla paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir (TMK m.689/son). Taşınmazlarla ilgili paydaşların yaptıkları bu anlaşmaların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri de bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir (TMK m.695).

¹²⁷ Örnek için bkz. **AKİPEK**, Mülkiyet, s.34; **KARAHASAN**, Eşya, s.150.

konusunda anlaşamamaları halinde hâkimin müdahalesini istemeleri de mümkündür (TMK m.693/II)¹²⁸.

Yukarıda örnekleri verildiği üzere paylı mülkiyet konusu eşyadan yararlanma konusunu, paydaşlar kendi aralarında oybirliği¹²⁹ ile yapacakları bir işlem ile düzenleyebilirler. Öğretide bir görüş tarafından TMK m.689 ve m.695'te sözü geçen “anlaşma”, “düzenleme” ve “kararlar” ile paydaşlar arası “sözleşme”nin kastedildiği savunulmaktadır¹³⁰. Başka bir görüşe¹³¹ göre ise bu düzenlemelerin hangi tür hukuki işlemle gerçekleştirildiklerinin bir önemi yoktur; bu düzenlemeler karar niteliğinde olabileceği gibi sözleşme niteliğinde de olabilir. Kanaatimizce bu düzenlemeler karar niteliğindedir. Zira TBK m.1 uyarınca sözleşmeye vücut veren irade beyanlarının karşılıklı olma özelliği burada söz konusu değildir; paydaşların irade beyanı aynı yöndedir ve bir karara vücut verecek şekilde birleşmektedir¹³². Paydaşların, yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda oybirliği ile yaptıkları düzenlemelerin karar niteliğinde olduğu kanaatinde olmakla birlikte, yararlanma hususunda alınan kararlar için öğretide yerleşmiş olan “fili yararlanma anlaşması” deyimini kullanmayı tercih ediyoruz.

¹²⁸ HAAB, Art.648, N.4.

¹²⁹ TMK m.689/I, paydaşların, kendi aralarında yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirleceklerini ve bu konuda oybirliği sağlanması gerektiğini açıkça düzenlemiş olup, söz konusu düzenlemelerde karar yeter sayısına ilişkin tereddüte yer bırakmamıştır. EMK zamanında, paydaşların kendi aralarında yapacakları bu düzenlemelerin karar yeter sayısına ilişkin kanuni bir düzenleme mevcut değildi. Bununla birlikte, öğretide paydaşların haklarının özüne dokunacak olan düzenlemelerin mutlaka oybirliği ile yapılması gerektiği savunulmakla beraber, paydaşların hakları ile bağdaşan yararlanmalara ilişkin düzenleyici işlemler için ise basit çoğunluk sağlanması yeterli kabul ediliyordu. Arpacı bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “... önemle belirtmek gerekir ki, paydaşların yararlanma haklarının MK. 625/I’de ifadesini bulan özüne dokunacak düzenlemeler, mutlaka oybirliği halinde yapılmalıdır. Hiç olmazsa, kendi yararlanma hakkının özüne dokunulacak olan paydaşın bu yönde irade beyanının varlığı söz konusu olmalıdır. Ama, bu nitelikte olmayıp da sadece yararlanmaya ait bir takım ayrıntıların tazminini hedefleyen düzenleyici işlemlerin, oy çokluğu ile, hatta basit çoğunlukla yapılması mümkündür. Zira, yararlanma hakkının özüne dokunmadığı için çok önemli olmayan, sadece hakkın kullanılmasına ilişkin usul ve şekil kurallarıyla ilgili bulunan bu gibi düzenlemeleri, MK. 624/II’deki alelde yönetim işlerine benzetebiliriz.” Bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.108.

¹³⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.312, dn.154; A. LALE SİRMEN, Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2005, s.731, (*Paylı Mülkiyet*). Paydaşların yararlanma ve yönetime ilişkin olarak yaptıkları anlaşmanın karşılıklı borç doğuran (sinallagmatik) bir sözleşme niteliğinde olmadığı, bu anlaşmanın içerik itibarıyla bir şirket sözleşmesine benzediği yönündeki görüş için bkz. MEIER-HAYOZ, Art.647, N.37.

¹³¹ Görüş için bkz. ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.59; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.108.

¹³² ÖZMEN/ AYDIN, Birlikte Mülkiyet, s.19.

Yararlanma hususunda herhangi bir anlaşma olmamakla birlikte, fiilen süregelen yararlanmalar uzunca bir zaman¹³³ devam etmiş ve bu konuda hiçbir uyuşmazlık çıkmamış ise, artık fiili durum hukuki bir değer kazanır. Örtülü (zımni) olarak ya da kanaat verici davranışla fiili yararlanma hususunda bir anlaşmaya varılmış olur. Yani artık bu fiili duruma uymak gerekir¹³⁴. Fiili duruma uyma zorunluluğunun temeli TMK m.2'ye dayanmaktadır¹³⁵. Söz konusu maddede ifadesini bulan “*dürüstlük kuralı*” ve bu ilke ile yakından ilişkili olan “*hakkın kötüye kullanılması yasağı*”, uzunca zamandır süregelen fiili duruma uyma gereğini açıkça ortaya koymaktadır. Uzun zamandır mevcut olan fiili duruma sesini çıkarmayan, bu durumu onaylayan bir paydaşın sonradan bu duruma itiraz etmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir¹³⁶. Hatta bir görüşe göre¹³⁷, yararlanma hususunda uzun zamandır süregelen fiili durum, bu konuda yapılmış örtülü bir sözleşme niteliğinde dahi kabul edilebilir. Yargıtay paylı mülkiyette fiili kullanma biçiminin oluşmuş olduğunu kabul edebilmek için, tüm paydaşların paylı malı az ya da çok kullanıyor olmasını ve bu fiili durumun bütün paydaşlar tarafından kabul edilmiş olmasını aramaktadır¹³⁸.

¹³³ “Uzun zaman”ı, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak -MK m.2 kapsamında- hâkim takdir edecektir.

¹³⁴ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.109. Yargıtay 3. HD’nin 30/10/2008 Tarih, E.2008/14082 ve K.2008/18282 sayılı kararında da bu husus “...Uzunca bir süredir de davalı tarafından kullanılagelmıştır. Bu durumda, yapılan anlaşma ve fiili kullanım şekli, paydaşlarca benimsemiş ve uzunca bir süre buna uyulmuş olmakla ahde vefa gereği, tapuda resmi taksim ya da şuyunun dava yoluyla izale edilmesi veyahut o yerde imar uygulaması ile sona erinceye kadar olduğu gibi korunması gerekir. Dolayısı ile davalının sözleşmeye olan bağlılığı ve uzunca süren kullanım şekline olan güveni çerçevesinde fiilen yararlanması, kötüniyetli ve haksız işgal olarak değerlendirilemez...” şeklinde ifade edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 07/07/2015; Yargıtay HGK’nın 23/02/1983 Tarih, E.1/2725 ve K.158 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.365-366 ya da **KARAHASAN**, Eşya, s.151.

¹³⁵ Yargıtay 1. HD’nin 07/04/2011 Tarih, E.2011/3695 ve K.2011/3998 sayılı kararı için bkz. www.corpus.com.tr, siteye giriş: 26/01/2012; Yargıtay 1. HD’nin 03/02/2010 Tarih, E.2010/623 ve K.2010/944 sayılı kararı için bkz. www.corpus.com.tr, siteye giriş: 26/01/2012.

¹³⁶ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.110.

¹³⁷ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.110. “...taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya şuyunun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, “akde vefa” kuralının yanında MK’nın 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir.” şeklindeki Yargıtay 1. HD’nin 30/05/2005 Tarih, E.2005/5795 ve K.2005/6563 sayılı kararında da fiili duruma uymanın akde vefa kuralının gereği olduğu ifade edilmiştir. Bu ifade, Yargıtay’ın da fiili duruma uyma zorunluluğunun hukuki dayanağını sözleşme olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir. Karar için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 28/03/2012.

¹³⁸ Yargıtay 1. HD’nin 29/01/1991 Tarih, E.1990/8847 ve K.1991/929 sayılı kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir.“... Bilindiği üzere, paylı mülkiyet üzere olan taşınmazda açık ya da kapalı

Paydaşların paylı maldan yararlanmalarına ilişkin kendi aralarında yapacakları düzenlemeler için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. O halde TBK m. 12 (EBK m.11) uyarınca, bu tür düzenlemeler her türlü şekilde yapılabilir. Burada önemli olan husus, paydaşların bu konuda uzlaşma sağlamış olmalarıdır. TMK m.689'da taşınmazlarla ilgili anlaşmaların tapu kütüğüne şerh edilmesi için imzaların noterce onaylanması¹³⁹ gereği bu düzenlemelerin şekline ilişkin değildir. Başka bir deyişle bu konuda yapılan düzenlemelerin geçerli olması için imzaların noterce onaylanması gerekli olmadığı gibi, adi yazılı şekil dahi şart değildir. İmzaların noterce onaylanması gereği, bu tür anlaşmaların¹⁴⁰ geçerli olması için değil, tapuya şerhi için gerekli olan bir şekil şartıdır¹⁴¹. Hükümün amacı şerh işleminde güvenliği sağlamaktır¹⁴².

*eylemli kullanma biçiminin oluştuğunun kabul edilebilmesi için tüm paydaşların payına isabet eden miktardan az ya da çok zeminde belirli bir yeri kullanması ve bu fiili durumun bütün paydaşlar tarafından kabul edilmesi veya en azından, uzun süreden beri böyle bir kullanma şekline ses çıkarmamak suretiyle benimsemesi gerekir.” Karar için bkz. **BALCI**, s.113-114 ya da **TALİH UYAR**, Türk Medeni Kanunu C.1, Ankara 2002, s.655-656. Aynı yönde Yargıtay 1. HD'nin 27/09/1993 Tarih, E.1993/6866 ve K.1993/10997 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.105-106.*

¹³⁹ TMK m.689/III, Noterlik Kanunu m. 89'un “*Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir.*” şeklindeki ifadesine istisna oluşturmaktadır.

¹⁴⁰ Yukarıda bahsettiğimiz üzere biz yararlanma ve yönetime ilişkin anlaşmaların hukuki niteliğini karar olarak değerlendirdiğimizden, hükümde geçen anlaşma tabirini karar olarak anlamak ve kararların şerhi için imzaların noterce onaylanmasını aramak gerektiği kanaatindeyiz. Kararların şerhi için imzaların noterce onaylanmasını arayan benzer görüş için bkz. **ARPACI**, YMK ile Yapılan Değişiklikler, s.96.

¹⁴¹ Bkz. **KESER**, s.520; **SİRMEN**, Paylı Mülkiyet, s.730; **SİRMEN**, Eşya, s.275.

¹⁴² Şerhin iki tane etkisi vardır: Birincisi; şerh verilen hakla ilgili borç ilişkisini eşyaya bağlı borç [Kavram ve ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAFAK N. EREL**, Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:490, Ankara 1982; **M. KEMAL OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, S.1-4, Y.1965 (*Eşyaya Bağlı Borçlar*); **M. KEMAL OĞUZMAN**, Eşyaya Bağlı Borçlara Hâkim Olan Esaslar, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1978, s.225 vd.(50. Yıl Sempozyumu)] durumuna sokan etkidir. Buna göre, şerhten sonra taşınmazın her maliki kendisinin malik olduğu esnasında doğacak borçtan sorumlu olur. Şerhin ikinci etkisi ise munzam etki olarak adlandırılır ve şerhle kuvvetlendirilmiş şahsi hakkın, o taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak ayni hakların sahiplerine karşı dahi ileri sürülebilmesine imkân verir (TMK m.1009/II). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **M. KEMAL OĞUZMAN/ M. TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, B.13, İstanbul 2015, s.28-29.

EMK zamanında yararlanma hususunda paydaşların yapacakları düzenlemelerin ve uzun zamandır süregelen fiili duruma uyma zorunluluğunun üçüncü kişileri bağlamayacağı kabul edilmekle beraber¹⁴³, olması gereken hukuk bakımından söz konusu düzenlemelerin ve uzun zamandır süregelen fiili duruma uyma zorunluluğunun cüz’i halefleri de bağlaması gerektiğini savunan yazarlar da vardı¹⁴⁴. Bugün “Kararların bağlayıcılığı” başlıklı TMK m.695 bu konuda yerinde bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu hükme göre yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda paydaşların yaptıkları düzenleme ve aldıkları kararlar ile mahkemece verilen kararlar (taşınmazlar için şerhin istisnai özelliği ayrık olmak üzere) sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri de bağlar.

Paydaşların paylı maldan yararlanma hususunda anlaşılamamaları halinde hâkimin müdahalesi istenebilir. Bu durumda yararlanma ve kullanma şeklini hâkim belirler (TMK m.693/II)¹⁴⁵. Örneğin hâkim paylı malın zaman ve yer bakımından kullanılmasına karar verebilir ya da paydaşların yararlanacakları kısmın belirlenmesi için kura çekebilir. Paylı maldan yararlanma konusunda hâkimin vereceği bu karar üçüncü kişileri bağlar mı? Cüz’i halefler dışındaki üçüncü kişiler (örneğin kiracılar) bakımından bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira mahkemece verilen kararlar sadece davanın taraflarını etkiler¹⁴⁶. Cüz’i halefler için ise bu sorunun cevabı EMK zamanında cüz’i haleflerin HMK m.303 (HUMK m.237) kapsamında “taraf” olarak kabul edilip edilmeyeceğine göre değişmekte idi. Cüz’i haleflerin “taraf” olarak kabul edilmesi¹⁴⁷ halinde hâkimin vereceği kararın onları bağlayacağı kabul

¹⁴³ **ÖZMEN**, Paydaşlıktan Çıkarma, s.30; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.108; **ACEMOĞLU**, s.85. Karahasan, hala bu görüştedir. Yazar bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “... *paylı taşınmazın kullanma biçimini belirleyen anlaşma tarafları ve tümel ardıllarını (külli haleflerini) bağlar ise de tekil ardıllara (cüz’i haleflere) etkisi yoktur.*” Bkz. **KARAHASAN**, Eşya, s.156.

¹⁴⁴ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.108, 110.

¹⁴⁵ **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.418; **AYBAY/ HATEMİ**, s.128; **KAYAOĞLU**, s.37.

¹⁴⁶ **İLHAN E. POSTACIOĞLU/ SÜMER ALTAY**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, B.7, İstanbul 2015, s.335; **BAKİ KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.5, B.6, İstanbul 2001 s.5017 vd., (*Usul*, C.5); **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.111; Yargıtay 7. HD’nin 29/11/1979 Tarih, E.8182 ve K.11705 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.5, s.5017; Yargıtay HGK’nın 09/04/1997 Tarih, E.2/888 ve K.306 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.5, s.5023.

¹⁴⁷ **POSTACIOĞLU/ ALTAY**, s.290; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.111; **KURU**, Usul, C.5, s.5028 vd.; **BAKİ KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, B.6, İstanbul 2001, s.3820, (*Usul*, C.4). Hüküm kesinleştikten sonra dava konusu mal veya hakkın üçüncü kişiye devredilmesi halinde hükmün, müddeabihi devralmış olan üçüncü kişi (cüz’i halef) için de kesin hüküm teşkil edeceği; dava devam ederken dava konusunun devredilmesi halinde dava sonucunda verilen hükmün cüz’i

edilmekte idi. TMK m. 695 hükmü ile bu konuya da açıklık getirilmiştir. Söz konusu hükümde hâkim tarafından verilen kararların da sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri bağlayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Paylı mülkiyet konusu eşya bir taşınır eşya ise, herhangi bir şart (şerh gibi) söz konusu olmaksızın, paydaşlarca alınan ve mahkemece verilen kararlar külli halefleri de cüz'i halefleri de bağlar (TMK m.695/I)¹⁴⁸. Ancak TMK m.695/II'ye göre taşınmazlarda yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin kararların sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynı hak kazanan kimseleri bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh¹⁴⁹ edilmesi gerekir¹⁵⁰. Söz konusu düzenlemelerin taşınmazlarla ilgili olması halinde şerh edilmesi gereği aynı zamanda TMK m.689/III hükmünde de düzenlenmiştir¹⁵¹.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer husus da TMK m.695/II'de bahsi geçen “karar” sözcüğünden ne anlamak gerektiğidir. Başka bir deyişle mahkeme kararlarının da cüz'i halefleri bağlaması için tapu kütüğüne şerhi zorunlu mudur? TMK m.695/I'de mahkeme kararları açıkça sayılmakla beraber II. fıkra sadece kararlar ifadesi kullanılmıştır. Burada iki şekilde düşünülebilir: İlk olarak, kanun koyucunun ilk fıkra paydaşların aldıkları kararlar ve mahkemece verilen kararlar olarak ifade ettiğini, ikinci fıkra kısaca kararlar ifadesini kullanarak ilk fıkra saymış olduğu

halef için kesin hüküm teşkil etmeyeceği görüşü için bkz. **KURU**, Usul, C.5, s.5028 vd. ve C.4, s.3820.

¹⁴⁸ Aksi görüş için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.48. Yazar bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “... Şerh, yönetim anlaşmasının daha sonra herhangi bir payı devralan cüz'i haleflere karşı da etkili olmasını mümkün kılar (MK.m.695/II, 1009/II). Taşınırлар açısından ise böyle bir imkan yoktur. Dolayısıyla, paylı mülkiyet konusu bir taşınır malın yönetimine ilişkin anlaşmanın, Medeni Kanunun aksi yönde yorumlanmaya elverişli 695 inci maddesinin birinci fıkrasına rağmen, sadece paydaşlar ve onların külli halefleri arasında etkili olacağı; cüz'i haleflere karşı ise etkili olmaması gerektiği söylenebilir. Ancak, öğreti aksi kanaattedir.”. TMK m.695/I hükmü ile kanundan doğan eşyaya bağlı borç yaratıldığı görüşü için bkz. **ÖZMEN/ AYDIN**, Birlikte Mülkiyet, s.17.

¹⁴⁹ Her ne kadar madde metninde “şerh” denmekte ise de, bunu “beyan” olarak anlamak gerektiği savunulmaktadır. **AYBAY/ HATEMİ**, s.126, 129-130. Aksi görüş için bkz. **KESER**, s.523.

¹⁵⁰ **BREHM/ BERGER**, s.78. Yararlanma ve yönetime ilişkin düzenlemelerin sonradan paydaş olanları bağlaması için tapuya şerhinin zorunlu olmadığı; şerhin kurucu değil, açıklayıcı nitelikte olduğu; bu tür düzenlemelerin tapuya şerhi ile payını devreden paydaşın devralan kişiye açıklama yapma yükümlülüğünden kurtulacağı görüşü için bkz. **BASLER KOMMENTAR**, Art.647, N.27 vd.

¹⁵¹ Öğretide, bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bu düzenleme, kanundaki yeri bakımından kanun yapma tekniğine uygun değildir. Zira TMK m.689/III hükmü, “kararların bağlayıcılığı” başlıklı TMK m. 695 hükmünün içinde yer almış olsaydı, kanunun uygulanması daha kolay olurdu. Bkz. **ARPACI**, YMK ile Yapılan Değişiklikler, s.96.

bütün kararlara atıfta bulunduğunu düşünebiliriz. Böyle düşünürsek mahkeme kararlarının da şerh edilmesi gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. İkinci olarak ise, kanun koyucu eğer mahkeme kararlarının şerh edilmesi gerektiğini amaçlasa idi, ilk fıkra da olduğu gibi ikinci fıkra da bu hususu açıkça belirtirdi diye düşünebiliriz. Böyle düşünürsek mahkeme kararlarının cüz’i halefleri bağlaması için şerh edilmelerine gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Bir görüşe göre¹⁵², konuyu HMK m.303 (HUMK m.237) ile çözmek, cüz’i haleflerin de taraf kavramına dâhil olduğu ve bu nedenle mahkeme kararlarının şerh edilmese dahi cüz’i halefler için bağlayıcı olacağını kabul etmek gerekir¹⁵³. Başka bir görüş ise, konuyu mahkeme kararlarının “*inşai tesire*” sahip olmasıyla açıklamakta ve bu nedenle mahkeme kararlarının şerhine gerek olmadığını kabul etmektedir¹⁵⁴. Kanaatimizce, kanun koyucunun TMK m.695/I’de “paydaşların yaptıkları düzenleme ve aldıkları kararlar ile mahkemece verilen kararlar” olarak ifade ettiğini, ikinci fıkra da kısaca kararlar ifadesini kullanarak ilk fıkra da saymış olduğu bütün kararlara atıfta bulunduğunu düşünmek gerekir. Zira mahkeme kararlarının vücut verdiği borçların, şerh olmaksızın eşyaya bağlı borç etkisi yarattığının, yani sonradan malik olanları (cüz’i halefler) bağlayacağını kabul edilmesi, tapu sicilinin açıklığı ilkesiyle bağdaşmaz. Hükümde kararların bağlayıcı olması için tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiği şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmiştir. Şekli hukuka ilişkin hüküm getiren usul kanunu, maddi hukuka ilişkin kurallar getiren mevzuatın normlarını değiştiremez. Başka bir deyişle, TMK m.695’in açık hükmü karşısında, HMK m.303’ten hareketle, mahkeme kararlarının cüz’i halefleri bağlaması için şerh edilmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

¹⁵² **ARPACI**, YMK ile Yapılan Değişiklikler, s.96.

¹⁵³ Benzer görüş için bkz. **KESER**, s.519. TMK m.695/II’deki “kararlar” sözcüğüyle, TMK m.689/I uyarınca paydaşların aralarında anlaşarak yaptıkları “düzenlemenin” kastedildiği görüşü için bkz. **SİRMEN**, Eşya, s.275.

¹⁵⁴ Söz konusu görüş için bkz. **MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ**, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, B.2, İstanbul 2007, s.165 (Şerhler). Yazar bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “*TMK m.695/I ve II’nin ortak değerlendirilmesinden çıkan diğer sonuç, taşınmazlarda yararlanma ve yönetim düzenine ilişkin olarak mahkeme tarafından verilecek ‘düzen normu koyan’ kararların, karar verildikten sonra pay üzerinde aynı hak iktisap eden üçüncü kişiler için herhangi bir şerh kaydına gerek olmaksızın, kendiliğinden bağlayıcı olacaktır. Bu noktada hâkimin verdiği karar, aynı zamanda kararı pay üzerindeki sonraki aynı hak sahiplerine de ileri sürülebilir kulan ‘ayni etkiyi’ sağlayıcı (kurucu) yönüyle, ‘inşai tesire’ sahip bir karardır.*”

B- Yönetim Yetkisi

Paylı mülkiyette, paydaşlar arasında anlaşmazlıklara, uyuşmazlıklara neden olabilecek en önemli hususlardan biri paylı malın nasıl yönetileceğidir. Öyle bazı işler vardır ki, paydaşlardan birinin dahi bu işleri yapmasına imkân tanımak gerekirken, bazı işler bakımından bütün paydaşların onayına ihtiyaç vardır. Kanun, paylı mülkiyette yönetim işlerini olağan yönetim işleri, önemli yönetim işleri ve olağanüstü yönetim işleri olmak üzere üçe ayırmış; bu yönetim işlerinden her biri için ayrı ayrı düzenlemeler getirmiş ve paydaşlar arasındaki ilişkileri mümkün olduğunca bir düzene kavuşturmaya çalışmıştır¹⁵⁵.

a- Olağan Yönetim İşleri

TMK m. 690'a göre *"Paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapmaya, özellikle küçük onarımları yaptırmaya ve tarımsal işleri yürütmeye yetkilidir. Zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, paydaşların çoğunlukla alacağı kararla olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı düzenleme getirilebilir."* Hükümden de anlaşılacağı üzere aksi yönde bir çoğunluk kararı mevcut değil ise, paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini tek başına icra edebilir (TMK m.690/I).

Olağan yönetim işlerine örnek olarak küçük onarımlar ve tarımsal işler gösterilmiştir. Küçük onarımdan, paylı malın kıymeti ve gelirine göre önemli sayılamayacak onarım işlerini anlıyoruz¹⁵⁶. Örneğin kırılan camların yenilenmesi, bozulan muslukların onarılması veya değiştirilmesi, tıkanan kanalizasyon borularının temizletilmesi gibi işler küçük onarıma örnek olarak sayılabilir¹⁵⁷. Tarımsal işlere örnek olarak da, ağaçların aşılması, meyve ve sebzelerin toplanması, bağın budanması gibi işler sayılabilir¹⁵⁸. Tarımsal işler, aşağıda da göreceğimiz gibi, tüm yönetim işleri için örnek oluşturabilir. Burada sözü edilen tarımsal işlerden, paydaşlar

¹⁵⁵ Yönetim kavramı ve paylı mülkiyette yönetim kavramına nelerin dahil olacağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.101 vd.; **ÖZTAŞ**, s.183 vd.

¹⁵⁶ **SAYMEN/ ELBİR**, s.242; **BELGESAY**, s.25-26.

¹⁵⁷ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.115; **SİRMEN**, Eşya, s.270.

¹⁵⁸ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.115; **SİRMEN**, Eşya, s.270.

arasında istikrar kazanmış, tarımsal faaliyete konu olan taşınmazın özgülendiği tarım amacı doğrultusunda ürün elde edilebilmesi için yapılan tüm faaliyetler anlaşılmalıdır.

Hükümde geçen “*gibi*” ifadesinden anlaşılabileceği üzere olağan yönetim işleri, “*küçük onarımlar ve tarımsal işler*” den ibaret değildir. Paylı malın korunması ve tehlike ve zararlardan uzak tutulması için acele yerine getirilmesi gereken koruma tedbirlerinin de olağan yönetim işi sayılacağı kabul edilmektedir¹⁵⁹. Ancak kiracıya temerrüt ihtarı çekilmesini ve buna dayanılarak tahliye davası açılmasını olağan yönetim işi olarak kabul eden görüşü¹⁶⁰ doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Zira paylı malın kiraya verilmesi gibi, tahliye davası açılması da önemli yönetim işidir¹⁶¹. Paydaşlardan birinin tek başına tahliye davası açabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay’a göre paylı mülkiyette temerrüt nedeniyle tahliye davası açmak için pay ve paydaş çoğunluğu sağlanması ve temerrüt ihtarının da bu kişiler tarafından çekilmesi gerekir¹⁶². Biz temerrüt ihtarı bakımından, Yargıtay’ın aksine pay ve paydaş çoğunluğu aramamak ve paydaşlardan biri tarafından çekilen temerrüt ihtarını geçerli kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak bunu, aşağıda “*Hukuki İşlem Benzeri Fiiller ile Ortak Menfaatin Korunması*” başlığı altında gerekçelendireceğimiz gibi, olağan yönetim işi kapsamında değil, ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında değerlendirmekteyiz.

¹⁵⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.591; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.116; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.313; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.412; AKİPEK, Mülkiyet s.29; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.391.

¹⁶⁰ ERTAŞ, Eşya, s.241. Yazar, bir paydaşın ihtiyacı sebebiyle tahliye davası açılmasını önemli yönetim işi olarak kabul ederken (s.242-243), temerrüt nedeniyle tahliye davası açılmasını olağan yönetim işi olarak kabul etmektedir. Yargıtay da bir kararında (6. HD’nin 27/03/1987 Tarih, E.21 ve K.3723 sayılı kararı) paydaşlardan birinin tek başına temerrüt hükümlerine dayanarak tahliye davası açabileceğini kabul etmiştir. Karar için bkz. ÖMER ULUKAPI, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s.97, dn.335. Kanaatimizce, hangi sebebe dayanırsa dayansın, tahliye davası açmak önemli yönetim işidir ve bu davanın açılabilmesi için pay ve paydaş çoğunluğu aranmalıdır.

¹⁶¹ Yargıtay 12. HD’nin 31/12/1992 Tarih, E.1992/9596 ve K.1992/17619 sayılı kararı için bkz. BALCI, s. 108-109.

¹⁶² Yargıtay 6. HD’nin 07/01/1993 Tarih, E.1993/9398 ve K.1993/9785 sayılı kararı. Söz konusu kararda Yargıtay “... kiralananın mülkiyeti sadece davalıya ait bulunmamaktadır. Bağımsız bölüm halindeki kiralananın 3/10 payına sahip başka bir malik daha bulunmaktadır. Böyle müşterek mülkiyet esasına tabi taşınmazda davacının tek başına akdin feshini istemeye hakkı bulunmamaktadır. MK. 624. hükmü sebebiyle diğer paydaşın, pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması açısından muvafakatının alınması icabeder. Ne var ki davadaki bu eksiklik giderilebilse dahi davanın dayanağı olan ihtarnamedeki eksikliğin davadan sonra tamamlanması mümkün değildir.” şeklindeki gerekçeyle temerrüt sebebine dayanan davanın reddine hükmetmiştir. Karar için bkz. BALCI, s.104-105.

Her bir paydaş olağan yönetim işlerini yapma yetkisine sahip ise de paydaşın bu yetkisini kullanmaya mecbur olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, paydaşlar olağan yönetim işlerini görmeye, yani bu yetkilerini kullanmaya mecbur değildir¹⁶³. Başka bir görüşe göre ise paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapma hususunda yetkili olmanın ötesinde “görevli”dir, yani bu yetkisini kullanmaya mecburdur¹⁶⁴. Bu görüşteki yazarların yasal dayanağı KMK m.19/I¹⁶⁵ ve TMK 2’dir. Bu görüşe göre özellikle paylı malın korunması için acil olan işler bakımından, paydaşlardan her birinin olağan yönetim işlerini yapmakla görevli olduğunu kabul etmek TMK m.2 hükmünün amacına uygun olacaktır. Örneğin bozulma tehlikesi olan ürünlerin satışı, hasta olan hayvanların tedavi ettirilmesi¹⁶⁶ gibi olağan yönetim işlerinin paydaşlar için hem yetki hem de görev niteliğinde olduğunu kabul etmek, menfaatler dengesi bakımından daha isabetli olacaktır. Kanaatimizce paydaşların olağan yönetim işlerini görmeye, yani bu yetkilerini kullanmaya mecbur olmadığı yönündeki görüş daha isabetlidir. Zira olağan yönetim işleri başlıklı TMK m.690’da “yetki”den söz edilmekte, paydaşların bu hususta görevli olduklarına dair bir ibare bulunmamaktadır. Bununla birlikte paydaşların bu hususta görevli olduklarının kabul edilmesi halinde, olağan yönetim işinin yerine getirilmemesi nedeniyle hangi paydaşa başvurulacağının açıklanması da oldukça zordur. Ayrıca tek başına malik olan birinin, malik olduğu şeyi koruma görevi yoktur. Kural olarak¹⁶⁷, paydaş için böyle bir sorumluluk getirmek mülkiyet hakkının yapısı ile de bağdaşmaz.

Olağan yönetim işlerini yapmanın görev olduğunu kabul eden görüş, söz konusu görevin hiç ya da gereği gibi yapılmaması halinde doğacak zarardan paydaşın

¹⁶³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.313; ÖZMEN, Paydaşıktan Çıkarma, s.37 vd.; SİRMEN, Eşya, s.271; ERDOĞAN, s.8; BOZCALI, s.556; KÜLEY, İdare, s.5; SAYMEN/ ELBİR, s.242; KARAHASAN, Eşya, s.123; BELGESAY, s.26; KAYAOĞLU, s.23; BERTAN, s.387-388; ÖZTAN, s.776.

¹⁶⁴ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.116; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.24, 130; TEKİNAY, s.387; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.571.

¹⁶⁵ KMK m.19/I: “Kat malikleri, ana gayrimenkulün bakımına ve mimari durumu ile güzelliği ve sağlamlığını titizlikle korumaya mecburdurlar.”

¹⁶⁶ SAYMEN/ ELBİR, s.242.

¹⁶⁷ Kural olarak olağan yönetim işleri bakımından paydaşların görevli oldukları söylenemese de somut olayın özelliklerine göre, istisnai olarak paydaşların sorumluluğundan söz edilebilir. Örneğin zamansal bir kullanım sözleşmesi akdedilmiş ve o sırada mala zarar verici bir durum ortaya çıkmış ise, zararın vuku bulduğu tarihte malı elinde bulundurun malikin paylı malın korunması için acil olan işler bakımından sorumlu olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, paylı mülkiyete tabi bir yazlığı Temmuz ayı boyunca kullanan A’nın, o sırada evde yangın çıkması halinde itfaiyeyi arama sorumluluğu olmadığını söylemek doğru olmaz.

sorumluluğunda vekâlet hükümlerinin, hiç olmazsa kıyasen, uygulanması gerektiğini düşünmektedir¹⁶⁸.

Olağan yönetim işlerinin icrası bakımından her bir paydaş yetkilidir. Ancak, zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, paydaşların çoğunlukla alacağı kararla olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı düzenleme getirilebilir (TMK m.691/II)¹⁶⁹. Örneğin olağan yönetim işlerinin pay ve paydaş çoğunluğu ile yapılabileceğine ya da bu işlerinin yalnızca somut olarak belirlenmiş olan bir paydaş tarafından yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmesine engel yoktur. Ancak olağan yönetim işleri bakımından paydaşların yetkisinin daraltılması veya kaldırılması halinde, bu husus üçüncü kişilere karşı ancak onların bilgisi oranında ileri sürülebilir¹⁷⁰. Zira olağan yönetim işlerine ilişkin bir hukuki işlem bakımından paydaşlardan her birinin tek başına yetkili olması asıl olup, bu konudaki kanuni düzenlemeye güvenen üçüncü kişi korunmalıdır¹⁷¹. Nitekim TBK m.41/II (EBK m.33/II) hükmü bunu gerektirir¹⁷².

Bir işin olağan yönetim işi mi yoksa önemli yönetim işi mi olduğu hususunda bir tereddüt mevcut ise, bu işin önemli yönetim işi olduğunu kabul etmenin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz¹⁷³. Özellikle de olağan yönetim işlerini yapmanın paydaşlar için görev niteliğinde olduğu görüşü kabul edilirse, söz konusu işin önemli yönetim işi olduğunu kabul etmek, paydaşları önemli bir külfetten kurtarır¹⁷⁴.

¹⁶⁸ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.27.

¹⁶⁹ **BASLER KOMMENTAR**, Art.647a, N.2.

¹⁷⁰ **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.572; **TEKİNAY**, s.388; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.313-314; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.131; **AYAN**, Mülkiyet, s.51.

¹⁷¹ **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.413; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.313; **SİRMEN**, Eşya, s.271; **EKREM KORKUT**, Müçtemi Mülkiyette Hissedarlar Arasındaki Hukuki Bağlar, İstanbul Barosu Mecmuası, Y.1940, S.5, s.300; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.117; **KÜLEY**, İdare, s.4.

¹⁷² TMK m. 41/II : “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirime göre belirlenir.*” Bu hükme göre, temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse, yetkinin varlığının ve kapsamının belirlenmesinde üçüncü kişilere yapılan bildirim dikkate alınır. Başka bir deyişle, temsil yetkisinin kapsamı bakımından iç ilişki ile üçüncü kişilere yapılan bildirim arasında fark varsa, üçüncü kişilere yapılan bildirim esas alınır. Bkz. **TURGUT UYGUR**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2012, s.375.

¹⁷³ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.131; **KORKUT**, s.299; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.117; **KÜLEY**, İdare, s.4-5.

¹⁷⁴ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.117-118; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.131.

Paylı mülkiyette olağan yönetim işlerine ilişkin genel bilgiler verdikten sonra, şimdi de yönetim işlerinin bir diğer türü olan önemli yönetim işlerini anlatmaya çalışacağız.

b- Önemli Yönetim İşleri

Olağan yönetim işlerinden farklı olarak, önemli yönetim işleri bakımından paydaşların tek başlarına hareket etme imkânı yoktur. TMK m.691'e göre: "*İşletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adi kiraya veya ürün kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı gibi önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekir. Olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli bakım, onarım ve yapı işlerinde de aynı çoğunluk aranır.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere kanun önemli yönetim işleri bakımından çifte çoğunluk aramaktadır. Başka bir deyişle önemli yönetim işlerinin görülmesinde sadece paydaş çoğunluğunun ya da sadece pay çoğunluğunun sağlanmış olması yeterli değildir; hem pay çoğunluğu hem de paydaş çoğunluğu sağlanmalıdır¹⁷⁵. Bu durumda, eğer paylı mülkiyet konusu eşya sadece iki paydaşa ait ise, önemli yönetim işleri bakımından paydaşların oybirliği ile karar almaları gerekecektir¹⁷⁶.

Pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanamaması halinde TMK m.691/III hâkime başvurma imkânı getirmektedir. Buna göre: "*Pay ve paydaşların eşitliği halinde hâkim, paydaşlardan birinin istemi üzerine bütün paydaşların menfaatini gözeterek hakkaniyete uygun bir karar verir; gerekli gördüğü işlerin yapılması için paydaşlar arasından veya dışarıdan bir kayyım atayabilir.*" Hükümde "pay ve paydaşların eşitliği"nden söz edilmekte ise de, biz pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanamadığı bütün hallerde hâkime gidilebileceği fikrindeyiz¹⁷⁷. Nitekim TMK m.691'in gerekçesi

¹⁷⁵ Önemli yönetim işleri bakımından kanundan farklı bir düzenleme yapılabileceğine, örneğin bu işlerin basit çoğunlukla ya da oybirliğiyle yapılacağına ilişkin bir düzenleme yapılabileceği görüşü için bkz. **BASLER KOMMENTAR**, Art.647b, N.11.

¹⁷⁶ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.314.

¹⁷⁷ Görüş için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.314; **ERTAŞ**, Eşya, s.242. Yargıtay 14. HD'nin 23/02/1989 Tarih, E.1988/9149 ve K.1989/1851 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 22/03/2015.

“Üçüncü fıkra da çoğunluk sağlanamaması halinde, paydaşlardan her birine hâkime başvurma hakkı tanınmıştır” şeklindedir¹⁷⁸. Hâkim, bütün paydaşların menfaatini dikkate alarak hakkaniyete uygun bir karar verir. Hâkimin vereceği karar, söz konusu önemli yönetim işinin yapılması için gerekli olan pay ve paydaş çoğunluğunun sağlandığı kararın yerine geçer.

Önemli yönetim işleri kanunda, işletme usulünün veya tarım türünün değiştirilmesi, adi kiraya¹⁷⁹ ya da hâsılat kirasına ilişkin sözleşmelerin yapılması veya feshi, toprağın ıslahı ile olağan yönetim sınırlarını aşan ve paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin korunması için gerekli olan bakım, onarım ve yapı işleri olarak sayılmıştır. Bu işler örnek olarak sayılmış olup, önemli yönetim işleri kanunda sayılanlardan ibaret değildir¹⁸⁰.

İşletme usulünün değiştirilmesinden, paylı maldan şimdiye kadar olan yararlanma tarzının değiştirilmesini anlayabiliriz. Örneğin paylı mülkiyete tabi bir binanın şimdiye kadar kömürle çalışan kalorifer kazanının doğal gazla çevrilmesi, ya da paylı mülkiyet konusu benzinli bir otomobilin, oto gazla çalışır hale getirilmesi işletme usulünün değiştirilmesi olarak sayılabilir¹⁸¹. Tarım türünün değiştirilmesine de örnek olarak hububat ekilen bir tarlanın, tütün ekimine özgülmesini¹⁸², bir çayırın fidanlığa çevrilmesini¹⁸³ sayabiliriz. Buna karşılık, bir tarlada dönüşümlü olarak patates, tahıl ya da şalgam ekimi yapılması, tarım türünün değiştirilmesi değil olağan yönetim işi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁴. Burada yukarıda sözünü ettiğimiz, olağan yönetim işi niteliğinde olan, istikrar kazanmış tarım usulü ve buna dayalı ürün paylaşımı terk edilmek istenmekte ve ilk defa seçilecek olan tarım usulünün risklerine

¹⁷⁸ Bkz. www.tbmm.gov.tr, siteye giriş: 01/03/2013.

¹⁷⁹ Paylı mülkiyet konusu eşyanın kiraya verilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ş. BARIŞ ÖZÇELİK**, Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, Bahar 2009, s.20 vd.

¹⁸⁰ **EREN**, Mülkiyet, s.105.

¹⁸¹ Örnek için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.315. Sirmen, bahçıvan ve gece bekçisi tutulmasını işletme usulünün değiştirilmesi olarak kabul etmekte (Bkz. **SİRMEN**, Eşya, s.271); Meier-Hayoz da bu işleri önemli yönetim işleri arasında saymaktadır. Bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art. 647b, N.6.

¹⁸² Örnek için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.315.

¹⁸³ Örnek için bkz. **ERDOĞAN**, s.8.

¹⁸⁴ **MEIER-HAYOZ**, Art.647b, N.6.

katlanmak durumunda olan paydaşların bunu anılan çoğunlukla yapmaları arzu edilmektedir.

Paylı malın tamamı ya da bir kısmı için adi ya da ürün kirasına ilişkin sözleşme yapılması da önemli yönetim işi olarak kabul edilmektedir¹⁸⁵. EMK m.624 kira sözleşmesi yapılmasını önemli yönetim işi olarak saymamıştı. Ancak Yargıtay paylı malın kirasına ilişkin sözleşme yapılmasını önemli yönetim işi olarak kabul etmekte idi¹⁸⁶. Başka bir deyişle Yargıtay’a göre paydaşlardan birinin yapacağı kira sözleşmesi geçersizdir. Yine Yargıtay’a göre¹⁸⁷ paydaşlardan her birinin paylı maldan yararlanacağı yer belirlenmiş ise, örneğin üç katlı paylı bir binanın her katı paydaşlardan birine özgülenmişse, paydaşların kendilerine özgülenen kısım için kira sözleşmesi yapması olağan yönetim işi olarak düşünülebilir. Ancak Yargıtay, paydaşların kendilerine özgülenen kısım için kira sözleşmesi yapabilmeleri hususunda, çoğunlukla alınan bir kararla, paydaşlara yetki verilmiş olmasını aramaktadır. Ancak öğretide paydaşların kendilerine özgülenen yeri tek başlarına kiraya vermelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸.

Pay ve paydaş çoğunluğu mevcut olmayan kira sözleşmesini geçerli kabul etmeyen Yargıtay’ın, yakın geçmişte vermiş olduğu bazı kararlar da maalesef hala bu yanlışın devam ettiğini göstermektedir¹⁸⁹. Kira sözleşmesi yapabilmek için paydaş

¹⁸⁵ **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.395. Kira sözleşmesi yapılmasını olağan yönetim işi olarak kabul eden görüş için bkz. **BASLER KOMMENTAR**, Art.647, N.3.

¹⁸⁶ Yargıtay’ın 27/11/1946 Tarih, 28/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.336-337 ya da www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2013; Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararının tahlili için bkz. **İLHAN E. POSTACIOĞLU**, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s.923 vd.; Yargıtay 1. HD’nin 01/02/1996 Tarih, E.1996/719 ve K.1996/1038 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.96-97. Karara göre: “... Bilindiği üzere müşterek mülkiyete tabi taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin geçerli sayılabilmesi için, pay ve paydaş çoğunluğuna dayanması zorunludur. Yukarıda değinilen ilkeler ve olgulara göre, olayda geçerli bir kira sözleşmesinin varlığından ve davalının da kiracılık sıfatını kazandığından söz edilemez.”. Bu kararın eleştirisi için bkz. **ÖZÇELİK**, s.24.

¹⁸⁷ Yargıtay’ın 27/11/1946 Tarih ve 28/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı. Karar için bkz. **ÖZKAYA**, s.336-337 ya da www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2013.

¹⁸⁸ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.307; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.26; **EREN**, Mülkiyet, s.104; **SİRMEN**, Eşya, s.267-268.

¹⁸⁹ Yargıtay 1. HD’nin 05/05/2006 Tarih, E.2006/3986 ve K.2006/5239 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “... paylı mülkiyet üzere olan taşınmazla ilgili olarak yapılan kira sözleşmesinin hukuka geçerli olabilmesi için Türk Medeni Kanununun 691. maddesi hükmü gereğince pay ve paydaş çoğunluğunca gerçekleştirilmesi zorunludur.” Karar için bkz. **NAZİF KAÇAK**, Emsal İçtihatlarla Atıflı ve Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, B. 3, Ankara 2008, s.509-510, (Usul). Benzer şekilde Yargıtay 1. HD’nin 04/05/2005 Tarih, E.2005/5246 ve

olmak şart değildir. Tamamen yabancı olduğumuz bir eşya için kira sözleşmesi yaptığımızda, bu sözleşme dahi -diğer geçerlilik koşulları mevcut ise- geçerli olur iken, paydaş olduğumuz bir eşya için yaptığımız kira sözleşmesinin geçersiz olması hukuki dayanaktan yoksundur. Sözleşme geçerli olarak kurulur ancak paydaş sözleşmenin gereğini ifa edemez¹⁹⁰. Borçlandırıcı işlemin geçerli olması için tasarruf yetkisinin varlığı şart değildir¹⁹¹. Sözleşmenin karşı tarafının bu nedenle zarara uğraması halinde menfi zarardan değil, TBK m.112 (EBK m.96) hükmünce geçerli olarak kurulan sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi sonucu istenebilecek olan müspet zarardan söz edebiliriz. Yargıtay kararlarında rastlanılan bu tür fahiş hatalar Borçlar Hukukunu temelinden sarsıcı niteliktedir. Hırsızın yaptığı satış sözleşmesinin geçerli olacağını hukuk fakültelerinin birinci sınıf öğrencileri dahi bilmekte iken, bu yanlışın Yargıtay kararlarına yansımış olması düşündürücüdür. Roma Hukukundan gelen temelle borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi)- tasarruf işlemi¹⁹² ayrımı karşısında, anılan kararlarda borçlandırıcı işlem için tasarruf yetkisi aranması hukuku temelinden sarsmaktadır¹⁹³. TMK m.691'in borçlandırıcı işlemler için yenilik niteliğinde bir hüküm getirmesi düşünülemez. Lâfzî yorum ile “kira sözleşmelerinin yapılması” şeklindeki ifade, doğrudan tasarruf işlemi ile sınırlı olarak düzeltici yoruma tabi tutulmalıdır.

K.2005/5502 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 01/08/2013. Sözleşmenin geçerliliği için tasarruf yetkisinin mevcudiyetini arayan Yargıtay kararlarının eleştirisi için bkz. **E. SABA ÖZMEN/ TUBA AKÇURA KARAMAN**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Y.2013, s. 62 vd.

¹⁹⁰ **POSTACIOĞLU**, s.925 vd.; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.573-574, dn.7b; **TEKİNAY**, s.389, dn.7 ve s.391; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.101-102; **SEROZAN**, s.239; **SİRMEN**, Eşya, s.273; **KARAHASAN**, Eşya, s.128.

¹⁹¹ **ACEMOĞLU**, s.88; **ÖZMEN/ AKÇURA KARAMAN**, s.62 vd.; **ÖZTAŞ**, s.137. Mülkiyet hakkının sağladığı eşyadan yararlanma yetkisinin bölünmeye elverişli olmadığı gerekçesiyle, payların kullanım ödünçü (ariyet), saklama sözleşmesi (vedia; TBK m.561 vd.) kira gibi borçlandırma işlemlerine konu yapılamayacağını savunan görüşe (**KARAHASAN**, Eşya, s.115) katılmadığımızı belirtmek isteriz. Borçlandırıcı işlem yapmak için paydaş dahi olmaya gerek yoktur. Bir hukuki işlemin ifa edilebilip edilememesi ile geçerli olup olmaması farklı şeylerdir. Paydaşlardan birinin yapmış olduğu kira, kullanım ödünçü sözleşmeleri gibi borçlandırıcı işlemler geçerlidir. Ancak paydaş bu sözleşmenin gereğini yerine getiremez.

¹⁹² Tasarruf işlemi kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜLŞAH VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.

¹⁹³ Aynı örneğe ilişkin ağır eleştiriler için bkz. **ETEM SABA ÖZMEN**, Genç Hukukçulara (Kızım Sana) Birkaç Ögüt (Gelinim Sen Anla), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/I, s.17 vd.

Gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan kira sözleşmelerinin geçersiz olması ancak bir halde söz konusu olabilir ki o da yetkisiz temsil halidir. Başka bir ifadeyle paydaşlardan biri paylı mala ilişkin kira sözleşmesini diğer paydaşların haberi olmaksızın, onları temsilen yaparsa söz konusu sözleşme askıda geçersiz olur (TBK m.47)¹⁹⁴. TBK m.46 (EBK m.38) uyarınca diğer paydaşlar icazet verirlerse sözleşme geçerlilik kazanır ve onlar için de bağlayıcı hale gelir¹⁹⁵. Gerekli çoğunluk kararı olmadan paylı malın tamamının ya da bir kısmının kiraya verilmesi halinde, diğer paydaşlar söz konusu kira sözleşmesi ile bağlı olmazlar. Sözleşme bütün paydaşlar adına yapılmışsa yetkisiz temsil hükümleri (TBK m.46,47; EBK m.38, 39) uygulanır¹⁹⁶. Buna karşılık, sözleşme sadece sözleşmeyi yapan paydaş ad ve hesabına yapılmış ise, diğer paydaşların paylı malın kullanılmasına engel olmaları sonucu borcunu yerine getiremeyen paydaş hakkında borca aykırılık hükümleri (TBK m.112 vd.- EBKm.96 vd./ TBK m.309- EBK m.253) uygulanır; yoksa yapılan sözleşme geçerlidir¹⁹⁷.

Paylı mala ilişkin kira sözleşmesi yapmak (borçlandırıci işlem) önemli yönetim işi değildir ancak, paylı malın kiraya verilmesi sonucu borcun ifası için pay ve paydaş çoğunluğuna ihtiyaç vardır. Yargıtay'ın 27/11/1946 Tarih, 28/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına¹⁹⁸ göre, sadece iki paydaş varsa ve paylı malın bu paydaşlardan birine kiralanması söz konusu ise, burada işlemi bütün paydaşlar yapmış olacakları için böyle bir işlem bütün paydaşlar için bağlayıcı olur. İlgili Yargıtay kararında paydaşlardan birinin kendi payını diğerine kiralamasından söz edilmektedir. Oysa paylı mülkiyette bölünmezlik olgusu gereği paylı malın ya da mülkiyet hakkının bölünmesi söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak da paydaşlardan birinin kendi payını diğer paydaşa kiraya vermesi de mümkün değildir. Paylı malı kiralayan paydaşın, paylı malı kendi payı için malik sıfatıyla, diğer paydaşın payı için ise kiracı sıfatıyla kullanması kanaatimizce mümkün değildir. Bize göre bu durumda paylı malı

¹⁹⁴ **TEKİNAY**, s.392; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.577; **SİRMEN**, Eşya, s.273.

¹⁹⁵ **ÖZÇELİK**, s.22.

¹⁹⁶ **SİRMEN**, Eşya, s.273; **ÖZÇELİK**, s.22.

¹⁹⁷ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.316-317; **SİRMEN**, Eşya, s.273; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.101-102; **ÖZMEN/ AYDIN**, Birlikte Mülkiyet, s.27; **ÖZÇELİK**, s.23.

¹⁹⁸ Karar için bkz. **BELGESAY**, s.27 vd. veya **ÖZKAYA**, s.336-337 ya da **SENAİ OLGAC**, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, B.3, Ankara 1975, s.513-514.

kiralayan paydaş, paylı malın tamamı için kiracı sıfatını haiz olur. Ancak TBK m.135 (EBK m.116) uyarınca, alacaklılık ve borçluluk sıfatı bir kişide birleştiği için, kendi payı için kira bedeli ödemez.

Paylı malın kiraya verilmesi için önceden yapılmış bir kira sözleşmesinin feshi önemli yönetim işlerindendir (TMK m.691/I)¹⁹⁹. Bütün paydaşlarca gerçekleştirilen bir kira sözleşmesine istinaden paylı malda kiracı olan şahıs aleyhine, paydaşların birinin ihtiyacı için tahliye davası açılmak istenirse, bu davayı pay ve paydaş çoğunluğunu temsil eden paydaşların birlikte açmaları gerekmektedir²⁰⁰. Bu çoğunluk sağlanmadan açılan davalar hemen reddedilmez. Davayı açan paydaş ya da paydaşlara, gerekli çoğunluğu teşkil edecek paydaşların bu davanın açılmasına razı olduklarını ispat etmesi için süre verilir. Davacı olmayan ama davanın açılmasına razı olan diğer paydaşlar ya hâkim önüne gelerek bu rızalarını beyan ederler ya da noter huzurunda muvafakatlerini tespit ettirirler²⁰¹.

Dava, gerekli çoğunluk sağlanarak açıldıktan sonra, paydaşlardan bir kısmının sonradan davadan vazgeçmesi, davanın yürütülmesine engel teşkil etmez. Burada zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur ve davadan feragat için zorunlu dava arkadaşlarının hep birlikte hareket etmeleri şarttır. Zorunlu dava arkadaşlarından birinin ya da bir kısmının davadan feragat etmesi hiçbir hukuki sonuç yaratmaz²⁰².

Olağan yönetim sınırlarını aşan bakım, onarım ve yapı işleri de önemli yönetim işi olarak kabul edilmektedir. Bu işlerin önemli yönetim işi sayılabilmesi için bunların paylı malın değerinin veya yarar sağlamaya elverişliliğinin sağlanması için gerekli olmaları şartı aranmaktadır. Eğer böyle bir gereklilik yok ise, bu tür işlerin yapılması

¹⁹⁹ **BASLER KOMMENTAR**, Art, 647b, N.3; **REY**, N.687; **SİRMEN**, Eşya, s.273; **ACEMOĞLU**, s.88; **KARAHASAN**, Eşya, s.131; **BELGESAY**, s.29; Yargıtay 6. HD'nin 07/01/1993 Tarih, E.1993/9398 ve K.1993/9785 sayılı kararı. Karar için bkz. **BALCI**, s.104-105.

²⁰⁰ **ERDOĞAN**, s.9; Yargıtay'ın 06/07/1955 Tarih ve 12/18 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı için bkz. **BELGESAY**, s.33 vd. ya da **OLGAÇ**, s.512.

²⁰¹ **ERDOĞAN**, s.9.

²⁰² **BAKİ KURU**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s.373, (*Ders Kitabı*); **BAKİ KURU/ RAMAZAN ARSLAN/ EJDER YILMAZ**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.22, Ankara 2011, (*Usul*), s.498; **SAİM ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama Hukuku, B.7, İstanbul 2000, s.374; **POSTACIOĞLU/ ALTAY**, s.329; **YAVUZ ALANGOYA/ M. KÂMİL YILDIRIM/ NEVHİS DEREN- YILDIRIM**, Medeni Usul Hukuku Esasları, B.8, İstanbul 2011, s.144; **İSMAİL ERCAN**, Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2014, s.163.

için pay ve paydaş çoğunluğu yetmez, oybirliği ile karar alınması gerekmektedir (TMK m.692/I)²⁰³.

c- Olağanüstü Yönetim İşleri

Olağan ve önemli yönetim işlerinden sonra, son olarak olağanüstü yönetim işlerine değineceğiz. Olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar başlıklı TMK m.692, üç çeşit olağanüstü yönetim işinden söz etmektedir. Bunlar, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi ve paylı mal üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılmasıdır. Bir görüşe göre paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi ve paylı mal üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması yönetim işi sayılmamalıdır²⁰⁴. Başka bir görüş ise yönetim işlerini geniş anlamda ele almakta ve bu işleri de yönetim işi olarak kabul etmektedir²⁰⁵. Biz de yönetim işlerini geniş anlamda ele alıyor ve paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesini olağanüstü yönetim işi olarak kabul ediyoruz. Ancak tasarruf işlemlerini yönetim işinden ayrı değerlendirmek gerektiği fikrindeyiz. Zaten TMK m.692'nin başlığı da “*olağanüstü yönetim işleri ve tasarruflar*” şeklindedir. Bu başlıktan da anlaşılacağı üzere tasarruf işlemlerini yönetim işlerinden ayrı düşünmek gerekir²⁰⁶. Hükümde sayılan bütün işler için kanun bütün paydaşların oybirliği ile karar almalarını şart koşturmaktadır. Ancak paydaşlar yine oybirliği ile alacakları bir karar ile bu kuralı değiştirebilirler (TMK m.692/I)²⁰⁷.

Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, iktisadi amaç ve karakterin tamamen ve kesin bir biçimde değiştirilmesi şeklinde olabileceği gibi, şimdiye kadar

²⁰³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.317.

²⁰⁴ ARPACI, Müsterek Mülkiyet, s.103 vd.

²⁰⁵ ÖZMEN, Paydaşıktan Çıkarma, s.32; ESENER/ GÜVEN, s.189; AYBAY/ HATEMİ, s.127.

²⁰⁶ TMK m.692'nin gerekçesi de bu yöndedir. Buna göre: “*Maddede, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi, olağanüstü yönetim işleri; paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemleri yapması tasarruf işlemi olarak nitelendirilmiştir...*” . Söz konusu madde gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr>, siteye giriş: 26/11/2013. Tasarruf işlemlerini de olağanüstü yönetim işi olarak kabul eden görüş için bkz. AYAN, Mülkiyet, s.57.

²⁰⁷ BASLER KOMMENTAR, Art.648, N.22; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.318; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.124.

güdülen amacın kısmen değiştirilmesi şeklinde de olabilir²⁰⁸. Söz konusu değişiklik fiili olabileceği gibi, hukuki işlemler yoluyla yapılan değişiklikler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu hususta önemli olan nokta, paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi ile bu boyuta varmayan bazı değişikliklerin karıştırılmaması gereğidir²⁰⁹. Özellikle de yapılan değişikliğin önemli yönetim işlerinden olan tarım türünün değiştirilmesi mi, yoksa paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi mi olduğunun tespiti önemlidir. Ekim suretiyle yapılan tarımın türünün değiştirilmesi önemli yönetim işidir. Örneğin hububat ekilen tarlanın tütün veya şeker pancarı ekimine ayrılması tarım türünün değiştirilmesidir²¹⁰. Buna karşılık dikim suretiyle yapılan tarımda dikilenlerin sökülerek bundan sonra ekim yapılması olağanüstü yönetim işidir. Aynı şekilde ekim yapılan bir tarlaya meyve ağacı dikilmesi de olağanüstü yönetim işidir. Zira dikim masraflarının karşılanması, ağaçların meyve verme sürelerinin beklenmesinin ve bunlar sonucunda oluşacak riskin kabulüne dayalı sonuçların oybirliğini gerektireceği fikrindeyiz. Örneğin bir bağın tarlaya çevrilmesi paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesi olarak kabul edilmektedir²¹¹. Bir tarım arazisinin arsaya dönüştürülmesi²¹² ya da uçak pistine dönüştürülmesi²¹³ de paylı malın özgülediği amacın değiştirilmesine örnek olarak gösterilmektedir.

Bir Yargıtay kararında²¹⁴, kiraya verilen bir paylı malın paydaşlardan birine özgülenmesi olağanüstü yönetim işi olarak kabul edilmemekte, önemli yönetim işi olarak düşünülmektedir. Oysa kiraya verilmekte olan bir paylı malın bedelsiz olarak paydaşlardan birine özgülenmesi, özgülenen amacın değiştirilmesi olarak kabul edilmeli ve bu hususta oybirliği aranmalıdır²¹⁵. Aynı şekilde paylı malın, bir üçüncü

²⁰⁸ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.125.

²⁰⁹ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.125.

²¹⁰ Örnek için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.315.

²¹¹ Örnek için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.317; **AYAN**, Mülkiyet, s.57, **SEZGİN**, s.1075. Bir bağın tarlaya çevrilmesini tarım türünün değiştirilmesi olarak kabul eden görüş için bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art.647b, N.6; **SİRMEN**, Eşya, s.271.

²¹² Örnek için bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.51; **SİRMEN**, Eşya, s.274.

²¹³ Örnek için bkz. **REY**, N.671; **SİRMEN**, Eşya, s.271.

²¹⁴ Yargıtay'ın 06/07/1955 Tarih ve 12/18 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. **BELGESAY**, s.33 vd.

²¹⁵ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.579; **TEKİNAY**, s.393; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.125; Yargıtay HGK'nın 09/12/1953 Tarih, E.6-72 ve K.62 sayılı kararı için bkz. **ERDOĞAN**, s.16. Kiraya verilmekte olan eşyanın daha sonra paydaşlardan birine özgülenmesi ile o eşyanın kira getirme özelliğini yitirmeyeceği; paylı

kişiyeye bedelsiz olarak özgülmesi de olağanüstü yönetim işi olarak kabul edilmelidir²¹⁶. Paylı malın paydaşlardan birine ya da bir üçüncü kişiyeye bedelsiz olarak tahsisi, kullanım ödöncü (ariyet; TBK m.379 vd.) sözleşmesi kapsamındadır. Kullanım ödöncünün ivazsız olma özelliği gereği paydaşların ürün alma hakkı kalmayacağından burada özgülmesi amacın değıştirilmesi söz konusudur.

C- Tasarruf Yetkisi

Paylı mülkiyette, paylı malı kullanma ve ondan yararlanma yetkisi ile paylı malın yönetimi kadar önemli olan bir diğeri konu da paydaşların tasarruf yetkisidir. Paylı mülkiyette tasarruf yetkisi, paydaşın kendi payında tasarrufu ve paylı malın tamamında tasarruf olmak üzere iki şekilde görülebilir. İlk kısımda paydaşın kendi payında tasarruf yetkisini anlattıktan sonra, ikinci kısımda paylı malın tamamında tasarruf yetkisine değineceğiz.

a- Paydaşın Payında Tasarrufu

Bir malvarlığı değeri olarak nitelendirdiğimiz pay, her hak sahibine, devredilebilme yolunda bir tasarruf yetkisi sunmaktadır. TMK m. 688/III'e göre paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlölüklerine sahiptir. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir²¹⁷. TMK

mülkiyet konusu eşyanın paydaşlardan birine tahsis edilmesinin, o şeyin özgülmesi amacının değışmesi olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle bu özgülmesinin önemli yönetim işi olduğu yönündeki Yargıtay'ın 06/05/1955 Tarih, E.1955/12 ve K.1955/18 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 19/10/2015.

²¹⁶ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.125.

²¹⁷ BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.21; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, N.736; MEDER/ CZELK, s.43; AYİTER, Eşya, s.90; TEKİNAY, s.394; EREN, Mülkiyet, s.93; SİRMEN, Eşya, s.265. Yargıtay 8. HD'nin 03/03/1986 tarihli ve E.1522, K.2099 sayılı kararı. Karar için bkz. BURHAN SINMAZ/ İZZET KARATAŞ, Zilyedlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları, B.2, Ankara 1997, s. 583-584. Roma Hukukunda da paydaşın payı üzerinde dilediğince tasarrufta bulunabileceği kabul edilmekte idi. Bkz. ERDOĞMUŞ, s.46; ÇELEBİCAN, s.149. TMK m.223/II, paylı mülkiyette paydaşların payları üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunabilecekleri kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre "Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğeri için rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz."

m.732 hükmünden de anlaşılacağı üzere paydaş payının tamamını devredebileceği gibi bir kısmını da devredebilir²¹⁸.

EMK payın sadece devredilebileceğinden ve rehnedilebileceğinden bahsetmekte, pay üzerinde intifa hakkı ya da taşınmaz yükü kurulması gibi tasarruflara değinmemekte idi. Kanunda bu hususa yer verilmemekle birlikte öğretide pay üzerinde maddi kullanmayı gerektirmeyen irtifak haklarının da kurulabileceği savunulmakta idi²¹⁹. Yeni Medeni Kanunumuz 692. ve 700. maddelerinde pay üzerinde taşınmaz yükü ve intifa hakkı kurulmasına açıkça imkân tanımaktadır. Ancak bu sınırlı ayni haklarının payın tamamı üzerinde kurulması gerekir. Paydaşın sahip olduğu payın bir kısmı üzerinde bu hakların kurulması mümkün değildir²²⁰. Örneğin A ½ oranında paya sahipse; A'nın payının yarısı üzerinde, yani paylı malın ¼ lük kısmı üzerinde irtifak hakkı kurulması mümkün değildir²²¹.

Payın rehnedilmesi mümkün olmakla beraber, öğretide paylardan birinin önceden rehnedilmesi halinde sonradan paylı malın tamamı üzerinde rehin hakkı kurulamayacağı savunulmakta idi²²². TMK m.692/II ile bu konuya açıklık getirilmiştir. Buna göre paylar üzerinde taşınmaz rehni veya taşınmaz yükü kurulmuşsa, paydaşlar malın tamamını benzer haklarla kayıtlayamazlar²²³. Bu yasağa rağmen bir ya da birkaç pay üzerinde önceden kurulmuş taşınmaz rehni olmasına rağmen, her nasılsa paylı taşınmazın tamamı üzerinde bir rehin hakkı kurulursa, tapu kütüğündeki bu rehne ilişkin tescil yolsuz bir tescil (TMK m.1024) olacağından, paylı

²¹⁸ **HAAB**, Art.646, N.11; **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.35; **REY**, N.651; **AYİTER**, Eşya, s.90; **TEKİNAY**, s.394; **AYAN**, Mülkiyet, s.42. Yargıtay 8. HD'nin 03/03/1986 tarihli ve E.1522, K.2099 sayılı kararı için bkz. **SINMAZ/ KARATAŞ**, s. 583-584.

²¹⁹ **SİRMEN**, Eşya Ders, s.266; **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.407; **EREN**, Mülkiyet, s.96; **ESENER**, Eşya, s.90; **BERTAN**, s.377.

²²⁰ **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.42; **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.408; **SİRMEN**, Eşya, s.266.

²²¹ Örnek için bkz. **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.408.

²²² **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.407-408; **TEKİNAY**, s.395-396.

²²³ **HAAB**, Art.646, N.24; **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.45; **REY**, N.660; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.736; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.306, dn.127; **SİRMEN**, Eşya, s.266. Bu düzenlemenin gerekçesi iki rehlin birarada bulunması durumunda, pay üzerindeki rehin önde gelen sırada olmasına rağmen, önce taşınmazın satılması halinde pay üzerindeki rehin alacaklısının alacağını elde edemeyecek olmasıdır. Bkz. **SİRMEN**, Eşya, s.266, dn.115. Söz konusu hüküm paylı mülkiyete tabi taşınmazlar için getirilmişse de, taşınır rehni için de kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu görüş için bkz. **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.407 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.96-97; **ASLI MAKARACI BAŞAK**, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s.17.

taşınmazın tamamı için söz konusu olan rehin hakkının hiç doğmamış sayılacağı kabul edilmektedir²²⁴. Buna karşılık paylı malın tamamı daha önce rehnedilmiş ise, sonradan paylar üzerinde rehin hakkı kurulmasına engel yoktur²²⁵.

Bilindiği üzere kanunda aksi bir düzenleme²²⁶ mevcut değilse taşınır, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir (TMK m.939/I)²²⁷. Kanunumuzda paylı malın taşınır ya da taşınmaz olmasına göre bir ayırım yapılmadığına göre taşınırlardaki paylar da rehnedilebilir. Taşınmazlardaki payları taşınmaz gibi kabul edip rehnedilmelerine olanak tanıyıp, taşınır paylarının rehnedilemeyeceği sonucuna ulaşmak paylı mülkiyetin niteliği ile bağdaşmaz. Rehnin, eşya üzerinde²²⁸ değil hak üzerinde tesis edildiği görüşü²²⁹ kabul edildiği zaman, taşınır rehni bakımından payın teslimi sorunu da çözülmüş olur²³⁰.

Paylı mülkiyet konusu eşya üzerinde fiili kullanmayı gerektirmeyen tasarruflar mümkündür. Medeni Kanunumuz pay üzerinde taşınmaz yükü ve intifa hakkı kurulmasına zaten imkân vermektedir. Buna karşılık pay üzerinde fiili kullanmayı gerektirecek tasarruflar yapılamaz. Örneğin bir pay üzerinde geçit hakkı, üst hakkı ya

²²⁴ **SİRMEN**, Paylı Mülkiyet, s.736.

²²⁵ **REY**, N.660; **MEIER- HAYOZ**, Art.646, N.45; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.736; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.408; **EREN**, Mülkiyet, s.97; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.306, dn.127; **TEKİNAY**, s.395; **SİRMEN**, Eşya, s.266; **MAKARACI BAŞAK**, s.17. Aksi görüş için bkz. **ESENER/ GÜVEN**, s.186.

²²⁶ Taşınır rehninin teslimsiz kurulması istisnai bir durumdur ve ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde söz konusu olabilir. Teslimsiz taşınır rehnine örnek olarak; hayvan rehni (TMK m.940), ticari işletme rehni (Ticari İşletme Rehni Kanunu), maden cevheri rehni (Maden Kanunu m.39), gemi ipoteği (TTK m.1012 vd.) ve hava aracı ipoteği (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 74 vd.) gösterilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞEREF ERTAŞ**, Tescilli Taşınır Rehinleri, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Şeref-ERTAŞ.pdf.

²²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **HANİFE DOĞRUSÖZ**, Türk Hukukunda Teslim Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu, MÜHF-HAD, C. 14, S.3, s.246.

²²⁸ Bir görüşe göre pay rehni, hak rehni değildir. Bu görüşe göre, taşınmazın satışı mülkiyet hakkının satışı olmadığı gibi, taşınmaz payının rehni de hak rehni değildir. Bu görüş için bkz. **FARUK ACAR**, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s.44, 293, (Rehin).

²²⁹ **MAKARACI BAŞAK**, s.17

²³⁰ Bertan'a göre, taşınır payının rehnedilmesi halinde, şeyin teslimi için diğer paydaşların muvafakatı aranır. Bu teslim rehin alacaklısına kullanma ve yararlanma yetkisi vermez; sadece payı paraya çevirme yetkisi verir. Paylı mal bütün paydaşların onayı ile teslim edilip rehin hakkı kurulduktan sonra, paydaşlardan bir kısmının vazgeçmesi rehin hakkına zarar vermez. Bkz. **BERTAN**, s.378.

da kaynak hakkı kurulması paylı mülkiyetin ve söz konusu irtifakın yapısı ile bağdaşmaz²³¹.

Payın kiralanması da pay üzerinde maddi kullanmayı gerektireceği için, payın üçüncü bir şahsa ya da paydaşlardan birine kiraya verilmesi mümkün değildir²³². Ancak paylı malın tamamının veya bir bölümünün paydaşların kararı ile bir paydaşa ya da üçüncü bir kişiye kiralanması mümkündür²³³. Aynı şekilde paylı maldan her bir paydaşın nasıl yararlanacağı yönünde bir fiili yararlanma anlaşması yapılmış ve bir paydaşın kullanacağı kısım belirlenmiş ise, paydaş kendisine özgülenen kısmı kiraya verebilir²³⁴. Burada paydaş, paylı mülkiyet konusu şeyi değil, anılan anlaşma sonucunda kısmi zilyetlik şeklindeki fer'i zilyetliğinde bulunan kısmı kiraya vermektedir. Bu zilyetliğe dayalı olarak kiraya veren sıfatı ile kira sözleşmesi yapması ve zilyedi olduğu şeyi karşı tarafa teslim etmesi geçerlidir. Ancak fiili yararlanma anlaşması şerh edilmemişse ve yeni yapılacak bir fiili yararlanma anlaşması ile paydaşın fer'i zilyetliği sonlandırılacak olursa, bu durumda sonradan oluşan subjektif hukuki imkânsızlık söz konusu olur. Kiraya veren paydaş, karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararı TBK m.112 (EBK m.96) uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür.

Paylı mülkiyet konusu mal bir taşınmaz ise, payı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen paydaşın taşınmaz mülkiyetinde tasarrufa ilişkin hükümlere (TMK m.705 vd.) uyması zorunludur. Başka bir deyişle, payını devretmek, rehn etmek veya payı üzerinde bir irtifak hakkı kurmak isteyen paydaşın bu işlemleri tapuda resmi şekil ile yapması ve tescil ettirmesi gerekmektedir.

Paylı mülkiyette paydaşın kendi payı üzerinde, paylı mülkiyet konusu eşyanın fiili olarak kullanılmasını gerektirmeyen tasarruflarda bulunabileceğinden, bununla birlikte fiili kullanmayı gerektiren tasarrufların ancak sınırlı hallerde söz konusu

²³¹ **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.63; **REY**, N.658; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.307; **SİRMEN**, Eşya, s.266; **GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL**, s.407; **EREN**, Mülkiyet, s.96; **ACEMOĞLU**, s.83; **ESENER/ GÜVEN**, s.186; **AYİTER**, Eşya, s.90; **AYBAY/ HATEMİ**, s.125; **KARAHASAN**, Eşya, s.116.

²³² Payın kiraya verilebileceği görüşü için bkz. **POSTACIOĞLU**, s.929 vd.

²³³ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.307.

²³⁴ **HAAB**, Art.647, N.3; **EREN**, Mülkiyet, s.104; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.307; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.26; **KARAHASAN**, Eşya, s.126; **ÖZTAŞ**, s.135; **AYAN**, Mülkiyet, s.43.

olacağından bahsettikten sonra, şimdi de paylı malın tamamına ilişkin tasarruflar bakımından paydaşın hukuki durumunu incelemeye çalışacağız.

b- Paylı Malın Tamamında Tasarruf

Kendi payı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan paydaş, paylı malın tamamı için bu yetkiye sahip değildir. Bir paydaşın paylı malın tamamı için borçlandırııcı işlem yapması mümkündür. Buna karşılık paydaşların, paylı malın tamamını veya bir kısmını kapsayan tasarruf işlemi yapmaları mümkün değildir. Paylı mal üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması için bütün paydaşların rızası gerekir. Örneğin paylı malın rehnedilebilmesi için oybirliği gerekir²³⁵. Ancak oybirliği ile bunun aksi kararlaştırılabilir. Paydaşlar oybirliği ile bir ya da birkaç paydaşa, paylı mal üzerinde tasarruf yetkisi verilerse, bu yetkinin hukuki mahiyeti paydaşa/ paydaşlara verilmiş bir “temsil yetkisi (TBK m.40 vd.)” niteliğindedir²³⁶.

EMK m.625’e göre “*Müşterek mülkü temlik etmek, onun üzerinde aynı bir hak tesis eylemek ve onun intifa tarzını değiştirmek için bu bapta bilittifak başka bir kaide kabul edilmediği takdirde bütün hissedarların muvafakati şarttır.*” TMK m.692’ye göre ise “... *paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliği ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.*” TMK m.692’ye baktığımızda sanki sadece paylı malın tamamı üzerinde yapılan tasarruf işlemleri için oybirliği aranacağı, paylı malın bir kısmı için yapılacak olan tasarruf işlemleri için oybirliği aranmayacağı gibi bir anlam çıkabilir. Hükümde yer alan “tamamı” ifadesini doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Bu hususu kanun içi boşluk olarak değerlendirip söz konusu boşluğu, EMK m.625’teki gibi, paylı malın kısmen de olsa tasarruf işlemlerine konu olması halinde bütün paydaşların olurlarını almak gerektiği şeklinde doldurmanın uygun olacağını savunan görüş tarafımızca da desteklenmektedir²³⁷. Örneğin taşınmazın TMK m.1000 hükmüne bölünerek birden fazla parçaya ayrılması işlemi birden fazla paylı mülkiyet konusu taşınmaza vücut verir. Bu bölünme paydaşlar arasında aynen taksim amacıyla yapılabileceği gibi, paylı

²³⁵ BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.31.

²³⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.322.

²³⁷ ARPACI, YMK ile Yapılan Değişiklikler, s.95.

malın bir kısmının üçüncü bir kişiye devri amacıyla da yapılabilir. Her iki halde de tapu sicilinde taşınmazlardan her birinin öncelikle bütün paydaşlar adına tescil edilmesi; daha sonra olağanüstü yönetim işi niteliğinde olan aynen taksimin veya üçüncü kişiye teslimin yeni bir işlem olarak yapılması gerekir.

Oybirliği ile yapılması gereken bir tasarruf işleminin, paydaşlardan sadece biri bakımından şekil ya da ehliyetsizlik vb. sebeplerle sakatlanmış olması halinde, hükümsüzlük sadece o paydaşın hissesi için değil tasarruf işleminin tamamı için söz konusu olur²³⁸. Zira bu durumda birçok kişinin irade beyanından oluşan bir karar söz konusudur ve kararların geçerli olabilmesi için karar yeter sayısını sağlayacak sayıda kişinin aynı yönde geçerli irade beyanında bulunmaları gerekir²³⁹. O halde paydaşlardan birinin irade beyanındaki hükümsüzlük, oybirliği şartının yerine getirilmesine engeldir. İşlemin oybirliği ile yapılması bir geçerlilik şartı olduğuna ve paydaşlardan birinin irade beyanında meydana gelen hükümsüzlük nedeniyle oybirliği sağlanamadığına göre işlemin bütünü hükümsüz olur²⁴⁰. Ancak diğer paydaşlar kendi hisseleri bakımından hükümsüzlük bulunmadığını ve kendi hisselerinde nasıl olsa tasarruf edeceklerini ispat ederlerse, tahvil yoluyla TMK m.688/III uygulanarak işlemin bütününe hükümsüz sayılması engellenebilir²⁴¹.

II- ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE ORTAKLAR ARASI İLİŞKİLER

A- Yararlanma Yetkisi

Konumuza esas hükümlerden olan ve elbirliği mülkiyetinde ortakların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen TMK m.702/I, elbirliği mülkiyetinde ortakların söz konusu maldan yararlanmaları hususundaki hak ve yükümlülüklerinin, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirleneceğini hükme bağlamıştır. Bununla birlikte kanun, TMK m.702/II ile bu konuya ilişkin genel bir düzenleme

²³⁸ BASLER KOMMENTAR, Art.648, N.29.

²³⁹ M. KEMAL OĞUZMAN/ NAMİ BARLAS, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.21, İstanbul 2015, s.176-177.

²⁴⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.585-586; TEKİNAY, s.399.

²⁴¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.586; TEKİNAY, s.399.

getirmektedir. Buna göre: “*Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, elbirliği mülkiyetinin kaynaklandığı kanun hükmünde veya hukuki işlemde aksine bir düzenleme getirilmemiş ise, elbirliği mülkiyetine konu olan maldan yararlanabilmek için ortakların oybirliği ile karar almaları gerekecektir. Bu düzenlemeye ilişkin doktrinde bir eleştiri mevcuttur²⁴². Bizim de desteklediğimiz bu eleştirilere göre elbirliği mülkiyetinde ortaklar arası ilişkileri düzenleyen bu hüküm yetersizdir. Kanunda ya da sözleşmede aksine hüküm yoksa ve elbirliği mülkiyetinin mahiyetine uygun ise, yararlanma bakımından paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin kıyasen elbirliği mülkiyetine de uygulanması daha doğru olur²⁴³. Aynı şekilde, elbirliği mülkiyetinde ortakların birbirlerine karşı yükümlülükleri ve bu yükümlülükler aykırılığın sonuçları bakımından da aynı çözüm tarzı benimsenmelidir²⁴⁴.

Yargıtay bazı kararlarında elbirliği mülkiyetinde geçerli bir kira sözleşmesinden söz edebilmek için tüm ortakların sözleşmeye katılımının zorunlu olduğunu vurgulamış ve tüm ortakların katılmadığı bir kira sözleşmesinin hukuken geçerli olamayacağı sonucuna varmıştır²⁴⁵. Kanaatimizce, paylı mülkiyette önemli yönetim işleri bahsinde de değindiğimiz gibi, kira sözleşmesi yapabilmek için paydaş ya da ortak olmak şart değildir. Tamamen yabancı biri, yani eşyaya ilişkin ister nispi ister

²⁴² **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.147. Arpacı bu eleştiriye şu şekilde dile getirmiştir: “... *Bu hükme göre, konumuz açısından varılacak sonuç şu olmalıdır: Eğer, iştirak halinde mülkiyetin kaynaklandığı kanunda veya hukuki işlemde aksine bir düzenleme getirilmemişse, iştirak halinde malikler, iştirak halinde mülkiyete konu olan şeyden yararlanmayı oybirliği ile verecekleri kararlarla sağlayıp yürüteceklerdir. Açıktır ki, bu düzenleme, son derece yetersizdir. Kanaatimizce, aksine bir hüküm olmadığı takdirde ve iştirak halinde mülkiyet ilişkisinin mahiyet ve esprisine de ters düşmediği ölçüde, müşterek mülkiyette yararlanmaya ilişkin esasların burada da kıyasen uygulanması yoluna gidilmelidir. Keza, iştirak halinde maliklerin yekdiğerine karşı olan yükümlülükleri ve bunlara aykırılığın sonuçları bakımından da aynı şekilde düşünülmelidir.*”

²⁴³ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.147.

²⁴⁴ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.147.

²⁴⁵ Yargıtay 1. HD’nin 10/05/1999 Tarih, E.4803 ve K.4941 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Somut olayda iştirak halinde malik olunan 11 nolu dükkanın, iştirakçilerden anne S tarafından 15.05.1995 başlangıç tarihli beş yıl süreli sözleşme ile davalıya kiraya verildiği, anne dışında dört çocuğun daha mirasçı olduğu bir an için annenin çocuklarına velayeten hareket ettiği düşünülse dahi mirasçılardan 1976 doğumlu N.’nin sözleşme tarihinde rüştünü ispat ettiği, bu mirasçının kira sözleşmesine muvafakat ettiğine ilişkin delil bulunmadığı tüm dosya içeriği ile sabittir. Bu durumda kira sözleşmesinin geçerli olduğunu kabule olanak yoktur.*” Karar için bkz. **KAÇAK**, Eşya, s.99-100. Aynı yönde Yargıtay 1. HD’nin 28/12/2006 tarihli, E.2006/11387 ve K.2006/13272 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 01/08/2011; Yargıtay HGK’nın 10/03/2004 Tarih, E.1-150 ve K.138 sayılı kararı için bkz. **TALİH UYAR**, Türk Medeni Kanunu C.2, Ankara 2006, s.2239-2240.

ayni nitelikte herhangi bir hakka sahip olmayan biri dahi, elbirliği mülkiyetine tabi eşyaya ilişkin geçerli bir kira sözleşmesi yapabilir. Bu borçlandırıcı işlem temel teorisi çerçevesinde, kişinin hak sahibi olmadığı bir mala ilişkin borçlanabilmesinin sonucudur. Bu nedenle, ortaklardan birinin diğerleri adına değil de kendi adına yaptığı kira sözleşmesinin geçerli olduğunu, ancak ortağın söz konusu sözleşmeden kaynaklanan borcunu ifa edemeyeceğini belirtmek isteriz²⁴⁶. Diğer paydaşların borçlandırıcı işlem akdetmiş olan paydaşa, tasarruf işlemi yapma konusunda rıza göstermediği bu durumda, borçlandırıcı işlemin tarafı olan paydaş subjektif ifa imkânsızlığına dayalı olarak TBK m.112 uyarınca alacaklısının zararlarını karşılamakla yükümlü olur. Ortaklardan birinin, kendi adına yaptığı borçlandırıcı işlem geçerli olmakla birlikte, diğer ortaklardan temsil yetkisi almaksızın onlar adına yaptığı sözleşmenin yetkisiz temsil hükümleri gereği sakatlığa tabi olacağını da eklemek isteriz. Fahiş hatalı Yargıtay kararlarının hukukun temel ilkelerini alt üst ettiğine daha önce de değinmiştik²⁴⁷.

Kira sözleşmesinden yola çıkarak bütün borçlandırıcı işlemler için aynı sonuca ulaşabiliriz. Ortaklardan biri ortak malın tamamına ya da bir kısmına ilişkin olarak diğer ortaklar adına bir borçlandırıcı işlem yapmışsa, temsil yetkisi varsa bu işlem diğer ortakları da bağlar. Temsil yetkisi yok ise, diğer ortaklar icazet de vermemişlerse, yetkisiz temsil hükümleri uygulanır ve işlem diğer ortakları bağlamaz. Ancak ortak, borçlandırıcı işlemi kendi adına ve hesabına yapmışsa işlem geçerli olur. Ancak borcunu ifa edemez ve bu sebeple işlemin diğer tarafına karşı sorumlu olur²⁴⁸.

Elbirliği halinde malik olunan maldan yararlanma bakımından ortakların hukuki durumuna ilişkin verilen bu bilgilerden sonra, şimdi de elbirliği mülkiyetinde yönetim yetkisine kısaca değineceğiz.

²⁴⁶ Elbirliği mülkiyetinde her bir ortağın borçlandırıcı işlemleri (taahhüt işlemlerini) yapma yetkisine sahip olduğu yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. **AYİTER**, Eşya, s.101.

²⁴⁷ Bu yöndeki Yargıtay kararlarına ilişkin eleştirilere, “*Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arası İlişkileri*” anlatırken “*Önemli Yönetim İşleri*” başlığı altında yer vermiştik.

²⁴⁸ **SİRMEN**, Eşya, s.291; **ÖZTAŞ**, 137 vd. Paydaşın kendi payı için kira sözleşmesi, kullanım öduncü (ariyet) sözleşmesi gibi bir takım borçlandırıcı işlemleri yapamayacağı yönündeki görüş için bkz. **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.408-409.

B- Yönetim Yetkisi

Elbirliği mülkiyetinde yönetime ilişkin genel bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, her bir elbirliği mülkiyeti türü bakımından konuya ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Şu halde elbirliği mülkiyetinde yönetim bakımından öncelikle özel hükümlere bakılmalıdır. Bununla birlikte TMK m.702 hükmünün amacının, yönetim bakımından da oybirliği ilkesinin geçerli olacağı şeklinde anlaşılması mümkündür²⁴⁹. Yine burada da, elbirliği mülkiyetinin mahiyetine uygun olması şartı ile paylı mülkiyette yönetime ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olabilmelidir²⁵⁰.

C- Tasarruf Yetkisi

Elbirliği mülkiyetinde ortakların tasarruf edebilecekleri bir pay yoktur (TMK m.702/III). Ortaklar ne kendi payları üzerinde ne de elbirliği ile malik oldukları eşyanın tamamı üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamazlar²⁵¹. Mülkiyet hakkı elbirliği halinde ortaklara aittir. Ortaklar sadece ortaklığın tasfiyesinde beklenen (muntazar) pay alma hakkına sahiptirler. Bu pay da ortakların kendi aralarındaki ilişkiye göre belirlenir²⁵². Elbirliği mülkiyetinde pay söz konusu olmadığı için, ortaklardan birinin mal üzerinde kendi payı veya malda bölünebilir bir hak sahipliği varmışçasına elbirliği mülkiyetine tabi malın bir kısmı için noter kanalıyla satış vaadinde bulunması veya tasarruf etmesi²⁵³ geçerli değildir²⁵⁴.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların tasarruf edebilecekleri paylarının bulunmaması, onların tasfiye payları üzerinde de tasarruf edemeyecekleri anlamına gelmez. Ortakların tasfiye sonunda kendilerine düşecek olan payları üzerinde şimdiden tasarrufta bulunmalarına kanun izin vermektedir. Örneğin TMK m.677. Kural olarak

²⁴⁹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.147-148.

²⁵⁰ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.148.

²⁵¹ TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ RUMO-JUNGO, s.914.

²⁵² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.343-344; AKİPEK, Mülkiyet, s.48; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.433-434; SİRMEN, Eşya, s.291; KURŞAT, s.38; KAYAOĞLU, s.92.

²⁵³ Ancak açılmış bir miras payının tamamının veya bir kısmının, miras ortaklığı devam ederken başkasına devri mümkündür (TMK m.677). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MUSTAFA DURAL/ TURGUT ÖZ, Türk Özel Hukuku C.4, Miras Hukuku, B. 8, İstanbul 2015, s. 378 vd.

²⁵⁴ Yargıtay 1. HD'nin 20/10/1967 Tarih, E.7303 ve K.6582 sayılı kararı için bkz. ERDOĞAN, s.37.

böyle bir tasarruf ortaklık payının devri anlamını taşımamakla birlikte, bu hususta istisnai hükümler de bulunmaktadır. Örneğin adi ortaklığa ilişkin TBK m.632/II (EBK m.532/II) hükmünden, diğer ortakların da muvafakat etmeleri şartı ile ortaklık payının da devredilebileceği sonucunu çıkarabiliriz. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu hüküm istisnadır. Kural olarak ortağın tasfiye sonunda kendine düşecek olan payında tasarruf etmesi, onun ortaklık sıfatında da tasarruf ettiği anlamına gelmez²⁵⁵. Örneğin, karı koca mal ortaklığında, zaten bu ortaklığın niteliği gereği ortaklık sıfatının devri mümkün değildir.

TMK m.702 hükmü, elbirliği mülkiyetine tabi malda tasarruf etme yetkisini de, aksine düzenleme olmadıkça, ortakların oybirliği ile alacakları karara bağlamıştır. Şu halde elbirliği mülkiyeti ilişkisinin çeşitli görünümüne ilişkin düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, elbirliği mülkiyetine tabi malda tasarruf edebilmek için oybirliği ile karar almak gerekecektir²⁵⁶. Burada “aksine düzenleme” deyişi ile bir ya da birkaç ortağa temsil yetkisi (TBK m.40 vd) verilmiş olması kastedilmektedir. Ancak borçlandırıci işlem yapmak için elbirliği ile hareket etme zorunluluğunun bulunmadığı açıktır. Diğer bir anlatımla, ortaklardan birinin tek başına, ortak malın tamamı ya da bir hissesi için yapmış olduğu borçlandırıci işlemler –diğer geçerlilik şartları mevcut ise- geçersiz olmaz²⁵⁷.

Oybirliği ile verilecek karar için herhangi bir usul ve şekil kuralı olup olmadığı hususunda kanunda bir düzenleme mevcut değildir. O halde TMK m.5 ve TBK m.12 (EBK m.11) hükümlerinden de yararlanarak, bu konuda herhangi bir şekil kuralına uyma mecburiyeti bulunmadığı sonucuna ulaşabiliriz. Önemli olan husus, söz konusu tasarruf işleminin yapılması yönünde bütün ortakların olumlu irade beyanında bulunmalarıdır²⁵⁸. Ancak şekle bağlı olarak yapılması gereken bir işlem varsa, bütün

²⁵⁵ GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.441; WIELAND, s.105; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.347; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.149; SİRMEN, Eşya, s.291; ÖKTEM, s.13, 27; KAYAOĞLU, s.92; AYAN, Mülkiyet, s.108.

²⁵⁶ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.148; AKİPEK, Mülkiyet, s.52; Yargıtay HGK’nın 18/05/1958 Tarih, E.7-475 ve K.322 sayılı kararı için bkz. ERDOĞAN, s.41.

²⁵⁷ TEKİNAY, s.438; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.641; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.345; AYİTER, Elbirliği, s.129; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.413-414. Aksi görüş için bkz. ÖKTEM, s.25. Yazar sözleşmenin kurulması için gerekli olan icap ya da kabul beyanlarını tasarruf işlemi olarak değerlendirmekte ve bunun için bütün ortakların birlikte hareket etmeleri gerektiğini savunmaktadır.

²⁵⁸ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.148-149.

ortaklar bakımından bu şekle uyma mecburiyetinin bulunduğu açıktır. Örneğin bir taşınmaz satışı söz konusu ise, bütün ortakların tapu memuru önünde irade beyanında bulunmaları ve resmi şekle uymaları mecburidir. Yani tasarruf işlemi için gerekli olan oybirliği şeklinde alınacak kararın şekle bağlı olmaması hususu iç ilişki için söz konusu olup dış ilişki bakımından geçerli değildir²⁵⁹.

Konusu elbirliği mülkiyeti olan iktisaplar bakımından da oybirliği ilkesi aranmaktadır. Örneğin, bir iyiniyete bağlı iktisap söz konusu ise, bu iyiniyet ortakların hepsinde aranacaktır. Ortaklardan birinin bile kötünietli olması halinde iktisap gerçekleşmeyecektir²⁶⁰. Örneğin TMK m.712'ye dayanarak olağan zamanaşımı ile bir taşınmazın üç paydaş tarafından edinilmesi halinde, tescilin yolsuz olduğunu bir ortağın bilmesi dahi iyiniyet koşulunun gerçekleşmesine engeldir. Örneğin bir taşınmazı akıl hastasından satın alan (A)'nın bu kazanımı geçerli değildir, tescil yolsuzdur. Ehliyetsizlik karşısında iyiniyet korunmayacağından (A)'nın satıcının akıl hastası olduğunu bilmiyor olması da durumu değiştirmez. Üç adi şirket ortağının, bu taşınmazı (A)'dan satın alması halinde, ortaklardan bir tanesinin bile durumu biliyor olması TMK m.1023'ün uygulanmasına engel olur. Hatta bilen ortağın, işlem sırasında temsilci veya diğer ortaklardan biri ile temsil edilmesi de bu sonucu değiştirmez. Önemli olan işlemin yapıldığı anda bütün ortakların iyiniyetli olmasıdır²⁶¹. Aynı şekilde haksız inşaatın otürü hak kazanılması durumunda da ortakların hepsinin iyiniyetli olması şarttır.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir payları olmadığından, ortakların alacaklılarının üzerine haciz koydurabilecekleri bir paydan

²⁵⁹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.149.

²⁶⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.639; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.149.

²⁶¹ Paylı mülkiyette ise sonuç aynı değildir, çünkü orada (A)'dan üç arkadaşın satın alması hâlinde, tapuda işlemsel boyutta tek bir işlem yapılmış gibi gözükmekteyse de, aslında ortada üç ayrı satış sözleşmesi bulunmaktadır. Her bir arkadaş, aksi aralarında kararlaştırılmış olmadıkça, 1/3 paya ilişkin sözleşme akdetmektedir. Bu nedenle adına yolsuz tescil olan (A)'dan satın alan (B) ve (C) durumdan haberdar olmadığında onlar kendi paylarına ilişkin hakkı TMK m.1023 uyarınca kazanırken; durumu bilen (D) ise kötünietli olmasına bağlı olarak TMK m.1023'ün korumasından yararlanamaz. Ancak bu ihtimalde TBK m.27/II uyarınca kısmî hükümsüzlüğün kıyasen uygulanması gündeme gelebilir.

da söz edilemez. Alacaklılar sadece ortağın tasfiye sonunda elde edeceği pay üzerinde haciz koydurabilirler (İİK m.94/I)²⁶².



²⁶² AKİPEK, Mülkiyet, s.53; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.442; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.414; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.149-150; ERDOĞAN, s.29; ERTAŞ, Eşya, s.261. Bu husus, Yargıtay 17. HD'nin 07/04/2011 tarihli ve E.2011/2499, K.2011/3135 sayılı kararında özetle "... Satış sözleşmesinde ortakların payına ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte BK'nın 523. maddesi uyarınca ortakların ortaklıktaki paylarının ½ oranında olduğunun kabulü gerekir. BK'nın 534. Maddesinde bir ortağın alacaklıları haklarını ancak o ortağın tasfiyedeki hissesi üzerinde kullanabilecekleri yazılı ise de, bu hüküm ortaklığa ait mal üzerinde haciz konulmasına engel değildir. Çünkü o malın içinde borçlu ortağın da hissesi vardır. Öte yandan İİK'nun 94. maddesinde ortağın hissesine haciz konulabileceği öngörülmüştür. Bu durumda olayda ortaklığın varlığı kabul edildiği takdirde borçlu ortağın payına ait haczin devamına..." şeklinde ifade edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 28/07/2015. Benzer yönde Yargıtay 15. HD'nin 21/02/1984 Tarih, E.1983/3789 ve K.105 sayılı kararı için bkz. UYAR, C.1, s.967 vd.



İKİNCİ BÖLÜM

ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN MEDENİ HUKUK AÇISINDAN İNCELENMESİ

§8 ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I- GENEL OLARAK

Çalışmamızın bu bölümünde asıl konumuzu teşkil eden birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisini ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bilindiği üzere ortak menfaati koruma yetkisi olarak adlandırdığımız bu kurum, ana hatlarıyla birlikte mülkiyet konusu eşyaya ilişkin, bütün maliklerin objektif menfaatine olan iş ve işlemlerin bir tek malik tarafından dahi yapılabilmesi anlamına gelmektedir. Konu esasen TMK çerçevesinde incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki, EMK zamanında, elbirliği mülkiyetinde ortaklara, ortak menfaati koruma yetkisinin açıkça tanınmamış olması büyük bir eksikliklerdir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile yapılan önemli değişikliklerden biri de elbirliği ortaklığında ortak menfaatin korunması imkânının açıkça düzenlenmiş olmasıdır. TMK m.702'yi karşılayan EMK m.630 üç fıkradan oluşmakta, mevzuatta elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatin korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi. 4721 sayılı TMK ile söz konusu hükme dördüncü bir fıkra eklenerek elbirliği mülkiyetinde de ortak menfaati koruma yetkisi yasa kapsamına dâhil edildi. Buna göre: “*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır*”. TMK m.702/IV, paylı mülkiyetteki TMK m.693/III hükmüne paralel bir düzenlemedir. Ancak EMK zamanında mevcut olan “temsil” tabirine dayalı eleştirilere²⁶³ rağmen, TMK m.693/III’te yine bu tabire yer verilmiş olması eleştiriyi hak etmektedir.

²⁶³ AKGÜN, s.517; SİRMEN, Eşya Ders, s.273; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.93; AKİPEK, Mülkiyet, s.34; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.418; BERTAN, s.394. MK m.693/III’ün Eski Medeni Kanundaki karşılığı olan EMK m.625/I’in yanlış tercüme edildiği 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edilmektedir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011.

EMK zamanında da, bazı yazarlar bir ortağın tek başına dava açamamasının diğer ortaklar için zarara sebebiyet verecek olması halinde, dava açmak için oybirliği şartının aranmaması gerektiğini savunmaktaydılar²⁶⁴. Bu görüşe göre, paylı mülkiyet için söz konusu olan hüküm, elbirliği mülkiyeti için de kıyas yoluyla uygulanmalıydı²⁶⁵. Gürsoy/ Eren/Cansel konuyu şu şekilde dile getirmiştir: “ ... Keza, müşterek mülkiyete ilişkin MK. 625/1’deki hüküm, elbirliği mülkiyetinde de kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna göre, her ortak diğer ortakların menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde ortaklık menfaatlerini koruyabilir. Gerçekten, elbirliğiyle hareketin amacı, ortaklık menfaat ve mallarını korumak olduğuna göre, her ortak böyle bir amaca yönelmiş hareketlerde bulunabilmelidir. Bu cümleden olmak üzere, bazan, bütün ortakların muvafakatini almanın zor olduğu ve gecikmesinde zarar umulan hallerde, zararı önlemek amacıyla ortaklardan her biri tek başına hareket edebilir. Mesela, eşyaya vaki tecavüzlerin (elatmaların) önlenmesini ortaklardan her biri tek başına mahkemeden talep edebilir. Keza her ortak, hak düşürücü müddetlerin geçmesi tehlikesini önlemek için dava açabilir. Bu davalar, koruyucu nitelikteki zilyetlik veya mülkiyet davaları olabilir. Yalnız, ortak, açmış olduğu bir mülkiyet davasını kaybederse, bu kayıp, diğer ortakları etkilemez, hüküm, onlar için kesin hüküm teşkil etmez.”²⁶⁶.

Yargıtay’ın da elbirliği halindeki maliklerin, üçüncü kişilerin elatmasını önlemek için tek başına dava açma yetkisine sahip olduğuna ilişkin kararları bulunmakta idi. Yargıtay 7. HD’nin 25/03/1981 tarihli ve E.1981/2559-K.31981/3586 sayılı kararında²⁶⁷ bu husus “Davacı Saliha 1972 yılında ölen Fehim mirasçısı olup kendisinden başka mirasçılar da bulunduğu halde tek başına dava açmış ise de; açtığı davanın konusu müdahalenin önlenmesidir. İştirak halindeki paydaşların üçüncü kişilerin taşınmaza elatmaları halinde hakka etkin olmayan ve koruyucu niteliği bulunan bu tür davayı açmaları mümkündür. Terekede hak sahibi olmak davacıya bu

²⁶⁴ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.438-439; SİRMEN, Eşya Ders, s.286; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.644-645; TEKİNAY, s.440; BERTAN, s.435.

²⁶⁵ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.438; SİRMEN, Eşya Ders, s.286; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.644-645; TEKİNAY, s.440; BERTAN, s.435.

²⁶⁶ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.438-439.

²⁶⁷ Karar için bkz. YKD 1981/8, s.990-991.

yetkiyi verir. Bu itibarla terekenin temsil edilmesine olayda gerek yoktur...” şeklinde ifade edilmiştir.

Buna karşılık, bazı Yargıtay kararlarında, ortaklardan birinin tek başına dava açmasının ve bunu sonuçlandırmasının mümkün olmadığı, diğer ortakların da davaya katılmalarının sağlanması veya davayı yürütmek için ortaklığa temsilci atanması gerektiği belirtilmekte idi. Konu, Yargıtay HGK’nın 18/10/1985 tarihli ve E.1984/1-433 ve K.1985/835 sayılı kararında²⁶⁸ “İştirak halinde mülkiyette dava hakkı, bir bölünmeye konu olmadan bütün ortaklarca birlikte kullanılmalıdır (MK. 581). Davacının amacı, dava konusunun terekeye dönmesini sağlamak olduğuna göre ya diğer ortağın muvafakatının sağlanması ya da miras şirketinin bir mümessil marifetiyle temsili ile davanın yürütülmesi için davacıya önel verilmesi gerekir...” şeklinde dile getirilmiştir. Kanaatimizce, paylı mülkiyete ilişkin hükmün elbirliği mülkiyeti için de kıyas yoluyla uygulanması ve elbirliği mülkiyetinde de ortaklardan birinin dahi ortak menfaati koruma amacıyla tek başına hareket edebileceğinin kabulü gerekirken aksi yönde verilen kararlar hatalı olmuştur.

TMK m.702/IV ile bu husustaki tartışmalara son verilmiş, elbirliği mülkiyetinde de ortak menfaati koruma yetkisi açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yerinde olduğu fikrindeyiz. Söz konusu hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu fıkra ile uygulamada duyulan bir ihtiyaç karşılanmakta, yürürlükteki kanun karşısında içtihatlar ile çözülmesinde güçlük çekilen bir sorun giderilmektedir²⁶⁹.

Ortak menfaati koruma yetkisi paylı mülkiyette paydaşa, elbirliği mülkiyetinde ortağa diğer hak sahiplerinin de menfaatine olan bazı hukuka uygun iş ve işlemleri tek başına yapabilme imkânı vermektedir. Bu hususta paylı mülkiyete ilişkin düzenleme ile elbirliği mülkiyetine ilişkin düzenleme paralel niteliktedir.

²⁶⁸ Karar için bkz. YKD 1986/11, s.1598-1599. Aynı yönde Yargıtay HGK’nın 13/03/1981 tarihli ve E.1979-8/80 ve K.1981/43 sayılı kararı için bkz. YKD 1981/7, s.801 vd. Bu yöndeki kararlar “... davada ittifak lüzumu; her bir ortağın tek başına hareket etmesinden diğer ortakların zarar görmemesini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Oysa bir ortağın tek başına dava açamaması diğer ortaklar için zararlı olacaksa, artık ittifak lüzumunda direnmek amaca aykırı düşer.” şeklindeki gerekçeyle eleştirilmektedir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.644-645.

²⁶⁹ Maddenin gerekçesi için bkz. www.tbmm.gov.tr, siteye giriş: 31/10/2011.

Bunun sonucu olarak da her iki birlikte mülkiyet türü için konuyu ayrı ayrı incelemek tekrar niteliğinde olacağı için, konu paylı mülkiyet açısından incelenecek olup anlatılanlar elbirliği mülkiyeti için de geçerli olacaktır. Elbirliği mülkiyetine ilişkin farklı bir düzenleme söz konusu olduğunda ayrıca belirtilecektir.

II- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN AMACI

Tek kişi mülkiyetinde malik, mülkiyet hakkından doğan yetkileri dilediğince kullanır. Buna malikin, sahip olduğu eşya aleyhine açılan davayı kabul etmesi, davayı kaybettiği zaman kanun yoluna başvurmaması gibi tasarruflar da dâhildir. Kamu hukukundan veya özel hukuktan doğan kanuni kısıtlamalar²⁷⁰ istisna olmak üzere, malik mülkiyet hakkını kullanma konusunda herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Ancak bir şeye bir kişinin tek başına malik olması ile birden çok kişinin malik olmasının hukuki sonuçlarının birbirinden farklı olması kaçınılmazdır. Kanun birlikte mülkiyette maliklerin birçok konuda birlikte hareket etmeleri kuralını getirmiştir. Örneğin paylı mülkiyette önemli yönetim işleri için pay ve paydaş çoğunluğu aranırken (TMK m.691), olağanüstü yönetim işleri için bütün paydaşların hep birlikte hareket etmesi aranmaktadır (TMK m.692). Aynı şekilde, aksi yönde bir anlaşma bulunmadıkça elbirliği mülkiyetinde bütün işler için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekmektedir (TMK m.702/II). Ancak her zaman birlikte hareket etme imkânı bulunmayabilir. Örneğin maliklerden birinin yurtdışında olması, hasta olması gibi sebeplerle birliktelik sağlanamayabilir. Öyle bazı durumlar vardır ki, paydaşa tek başına hareket etme imkânının tanınmaması, diğer paydaşların da aleyhine olabilir. Örneğin birlikte mülkiyet konusu mala yöneltilmiş haksız bir saldırı halinde durum böyledir. İşte böyle durumlarda, maliklerin hep birlikte hareket etmesi şartını aramak doğru değildir. Maliklerden bazılarının ulaşılamaması halinde, bütün hak sahiplerinin yararına olan bir işin ya da işlemin yapılamaması, bir davanın açılabilmesi paydaşlar için faydadan çok zarar getirir. İşte birlikte mülkiyette maliklere ortak menfaati koruma yetkisinin tanınması ile bu sorunların giderilmesi amaçlanmaktadır.

²⁷⁰ Mülkiyetin kanuni kısıtlamaları için bkz: **OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s. 543 vd.; **EREN**, Mülkiyet, s.369 vd.; **AYAN**, Mülkiyet, s.348 vd.

EMK zamanında paylı mülkiyette bir tek paydaş tarafından ortak menfaatin korunması mümkün iken, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin diğer ortaklar adına hareket etme imkânı yoktu. Bu düzenleme özellikle çok sayıda ortaktan oluşan elbirliği mülkiyetinde haksızlıklara neden olmakta idi. Ortaklardan bazılarının ulaşılamaması halinde, bütün ortakların yararına olan bir davanın açılması dahi mümkün olmuyordu²⁷¹. Bu nedenle TMK m.702/IV hükmünün yerinde bir düzenleme olduğunu bir kez daha belirtmek isteriz.

III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI KAVRAMI

A- Tanımı

Ortak menfaat kavramına ilişkin gerek öğretide gerekse uygulamada bir tanım yapılmış değildir. Tanım yapılmamış olmakla birlikte ortak menfaate ilişkin birtakım açıklamalar yapılmaktadır. Bu açıklamalarda ortak menfaati koruma, genellikle birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelmiş hukuka aykırı saldırıların engellenmesi ile ilgili önlemlerin alınması olarak değerlendirilmektedir²⁷². Kanaatimizce ortak menfaati koruma yetkisini sadece birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelik hukuka aykırı saldırıların önlenmesine indirgemek yanıltıcıdır. Zira aşağıda anlatılacağı üzere, ortak menfaatin korunması, birlikte mülkiyet konusu eşyaya yöneltilmiş olan herhangi bir saldırı (TMK m.683 haksız elatma, TMK m.983 zilyetliğe haksız saldırı) olmasa da söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için mutlaka bir maddi fiilin²⁷³ varlığını aramak gerekmez; ortak menfaat, maddi fiillerin yanısıra hukuki işlemler²⁷⁴ ve hukuki işlem benzeri fiiller²⁷⁵ vasıtasıyla

²⁷¹ **AHMET M. KILIÇOĞLU**, Medeni Kanun’umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014, s.374.

²⁷² **LIVER**, s.79; **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.3; **HAAB**, Art.648, N.2; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.743; **EREN**, Mülkiyet, s.112; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.399; **ESENER/ GÜVEN**, s.190; **KARAHASAN**, Eşya, s.170. Elbirliği mülkiyetinde ortakların topluluğa giren hakları tek başına koruyabileceği, ancak koruma değil de hak kazanma söz konusu olduğunda, tüm ortakların birlikte hareket etmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.346-347.

²⁷³ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, B.6, İstanbul 2014, s.85; **FİKRET EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015, s.162, (*Borçlar Genel*).

²⁷⁴ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.84; **EREN**, Borçlar Genel, s.160-161.

da korunabilir. Ortak menfaatin korunması mahkeme önünde veya mahkeme dışında ya da idari makamlar önünde olabilir²⁷⁶.

Örneğin paylı mala yöneltilmiş bir hukuka aykırı müdahalenin kuvvet kullanma yoluyla def edilmesi halinde ortak menfaatin maddi fiil vasıtasıyla korunması söz konusu olur. Paydaşlardan birinin, paylı mülkiyet konusu taşınmaz lehine komşuluk hukuku çerçevesinde genel yola çıkmak için zorunlu olan TMK m.747 kapsamında geçit irtifakı²⁷⁷ kurulmasına yönelik, komşu taşınmazın maliki ile tapuda yapacağı bir anlaşma ve bu hakkın tescili ile ortak menfaat bir hukuki işlem ile korunmuş olur. Birlikte mülkiyet konusu malın kiraya verilmesi halinde, kiracının kira bedelini ödememesi sebebiyle açılacak olan tahliye davası için gerekli olan ihtarların çekilmesi ortak menfaatin hukuki işlem benzeri fiil vasıtasıyla korunmasına örnek olarak gösterilebilir²⁷⁸.

Bir görüşe göre, ortak menfaati koruma yetkisi “ortak eşyanın korunmasına” yönelik bir yetkidir²⁷⁹. Kılıçoğlu’na göre ortaklığı korumaya yönelik olmayıp, ortaklığı iyileştirmeye yönelik olan ya da ortaklığa külfet getiren işler ortak menfaati koruma kapsamında değerlendirilemez²⁸⁰. Örneğin, mirasçılardan birinin terekeye dâhil tarlanın imar parseline dönüştürülmesi için başvurduğu yasal yollar; Belediye’nin imar uygulaması karşısında açılan iptal ya da ortaklığın giderilmesi gibi davalar, bu görüşe göre ortaklığı korumaya değil, iyileştirmeye yönelik oldukları için ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirilmemektedir. Biz ortak menfaatin korunmasını sadece birlikte mülkiyet konusu eşyanın korunmasına indirgemenin doğru olmadığı kanaatinde olduğumuzdan bu yöndeki görüşü katılamıyoruz. Ortak

²⁷⁵ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.84; **EREN**, Borçlar Genel, s.161-162.

²⁷⁶ **HAAB**, Art.648, N.2; **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.3-4; **EREN**, Mülkiyet, s.112.

²⁷⁷ Komşuluk hukuku çerçevesinde genel yola çıkmak için zorunlu olan TMK m.747 kapsamında geçit hakkı için komşu parselin maliki iradi olarak tescile yanaşmazsa, paydaşlardan biri tek başına hâkime başvurulabilir. Bu konuda hâkimce saptanan ivazı ödeyen paydaş, kendi payından fazla olan kısmı diğer paydaşlardan talep edebilir. Ancak zorunlu geçit hakkı kapsamında olmayan bir ivazlı geçit hakkı için paydaşlardan biri tek başına hareket edemez. Örneğin kumsaldan yararlanmak için geçit hakkı talep edilmesi, komşuluk hukuku gereği zorunlu olmayan, subjektif ihtiyaçlı bir geçit hakkı olduğundan bu konuda paydaşların oybirliği ile hareket etmesi gerektiği fikrindeyiz.

²⁷⁸ Bu konu ileride “Ortak Menfaatin Korunduğu Özel Haller” başlığı altında incelenecektir.

²⁷⁹ **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.4; **KILIÇOĞLU**, s.376.

²⁸⁰ **KILIÇOĞLU**, s.376.

menfaati korumak ile ortaklığı ya da ortak şeyi korumak aynı anlama gelmemektedir. TMK m.693/III ortak menfaatin korunmasından söz etmektedir, ortaklığın ya da ortak şeyin korunmasından değil. Birlikte mülkiyet konusu eşyanın korunması, ortak menfaatin korunması kapsamındadır. Ancak ortak menfaatin korunması, sadece birlikte mülkiyet konusu eşyanın korunmasından ibaret değildir. Örnek olarak yukarıda da bahsedildiği gibi, paylı mülkiyet konusu taşınmaz lehine, komşuluk hukukunca genel yola çıkmak için zorunlu geçit irtifakı (TMK m.747) kurulması paylı mülkiyet konusu taşınmazın korunması olarak değerlendirilemez. Ancak geçit hakkının kurulması ile bütün paydaşların menfaatleri korunmaktadır.

Kılıçoğlu, belediyenin imar uygulaması karşısında açılacak olan ortaklığın giderilmesi davasını, bu davanın ortaklığı korumaya yönelik olmadığı, iyileştirmeye yönelik olduğu gerekçesiyle, ortak menfaatin korunması olarak değerlendirmemektedir. Kanaatimizce de bu dava ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirilemez. Ancak bunun gerekçesi, bu davanın ortaklığı korumaya yönelik olmadığı, iyileştirmeye yönelik olduğu değildir. Ortaklığın giderilmesi davası paydaşların birbirlerine karşı açtıkları bir davadır. Ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için, menfaatin üçüncü kişilere karşı korunması gerekir. Paydaşların birbirlerine karşı açtıkları davalar, ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemez. Bu husus aşağıda “Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Unsurları” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Başka bir görüşe göre de elbirliği mülkiyetinde ortakların her biri topluluğa giren hakları tek başına koruyabilir, ancak koruma değil de hak kazanma söz konusu olduğunda, tüm ortakların birlikte dava açmaları gerekir²⁸¹. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, elbirliğiyle mülkiyet konusu taşınmaz lehine, komşuluk hukukunca genel yola çıkmak için zorunlu geçit irtifakı (TMK m.747) kurulması ile topluluğa giren bir hakkın korunması değil, aynı bir hakkın kazanılması söz konusu olmaktadır. Ortak menfaatin korunması, birlikte mülkiyet konusu eşya lehine bir hak kazanılması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Ortak menfaatin korunmasını, sadece ortak eşyanın korunması ile kısıtlamak bu yetkinin ruhuna da yasanın amacına da uymaz.

²⁸¹ Görüş için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.346-347.

Ortak menfaati koruma yetkisini tanımlamadan önce, tanım için gerekli olan bazı unsurların belirlenmesi gerektiği fikrindeyiz. Bu husus aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte, tanım yapmadan önce bu unsurlara kısaca değinmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Bu hususta ilk olarak belirtilmesi gereken unsur, ortak menfaati korumaya, bir tek paydaşın dahi yetkili olmasıdır. Ortak menfaatin korunması kapsamında olan bir iş ya da işlemin yapılması için herhangi bir karar yeter sayısı aranmaz. Paydaşlardan biri dahi bu tür bir iş ya da işlemi tek başına yapmaya yetkilidir.

Ortak menfaati koruma yetkisinden söz edilebilmesi için, korunmak istenen menfaatin objektif olması gerekir. Başka bir deyişle, söz konusu iş ya da işlem bütün paydaşlar için objektif olarak bir yarar sağlamalıdır.

Üçüncü unsur ise menfaatin bölünmeye elverişli olmaması hususudur. Aşağıda da ayrıntılı olarak anlatacağımız üzere, bölünmeye elverişli menfaatler ortak menfaat olarak değerlendirilemez. Başka bir deyişle, eğer bir menfaat bölünmeye elverişli ise, söz konusu menfaatin korunması için paydaşlardan birinin tek başına yetkili olması söz konusu değildir.

Ortak menfaati koruma yetkisini tanımlarken dikkate alınması gereken bir diğer husus da korumanın üçüncü kişilere karşı olmasıdır. Şöyle ki, paydaşların kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü, ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirilemez.

Son olarak paydaşlardan birinin ortak menfaati korumak maksadıyla yürüttüğü iş ya da işlemlerin sadece olumlu sonuçları, diğer paydaşlara etki eder. Ortak menfaati koruma yetkisine ilişkin düzenlemenin amacı, bütün paydaşların objektif menfaatine olan bir hususta paydaşlardan birinin yetkili kılınmasıdır. Eğer bu paydaş, ihmali ya da beceriksizliği yüzünden diğer paydaşların aleyhine olabilecek bir sonuç elde ederse, diğer paydaşların bu olumsuz sonuçtan etkilenmeleri, bu düzenlemenin amacına ters düşer.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında ortak menfaati koruma yetkisi için tanımda bulunması gereken unsurları şöyle belirtebiliriz:

- Bir tek paydaş dahi ortak menfaati korumaya yetkilidir.
- Menfaat objektif olmalıdır.
- Menfaat bölünmeye elverişli olmamalıdır.
- Koruma üçüncü kişilere karşı olmalıdır.
- Paydaşlar sadece olumlu sonuçtan etkilenirler.

O halde ortak menfaati koruma kavramını kısaca şu şekilde tanımlayabiliriz: “Ortak menfaati koruma; birlikte mülkiyette bölünemeyen objektif ortak menfaati elde etmek amacıyla, üçüncü kişilere karşı girilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanmasıdır.”

B- Unsurları

a- Bir Tek Paydaş Dahi Ortak Menfaati Korumaya Yetkilidir

Paydaşlardan her biri, ortak menfaati korumaya yönelik iş ya da işlemleri yapmaya tek başına yetkilidir. Ortak menfaati koruma yetkisini kullanabilmek için paydaşın, diğer paydaşların oyunu ya da muvafakatini almasına ihtiyaç yoktur. Paydaş, hiç kimseye sormadan tek başına bu yetkiyi kullanabilir. Bu konuda paydaşın durumu, tek kişi mülkiyetindeki malikin hukuki durumu gibidir²⁸². Hem TMK m.693/III, hem de TMK m.702/IV, birlikte mülkiyette, maliklerden her birine bu yetkiyi vermiştir. Bu düzenlemeler karşısında, ortak menfaat kapsamına giren iş ya da işlemlerin yapılması için herhangi bir karar yeter sayısı aramak anlamsızdır.

Ortak menfaatin korunması kapsamındaki iş ya da işlemleri, paydaşlardan birinin tek başına yapmak mecburiyetinde olmadığını söylemeye gerek dahi yoktur. Paydaşlardan birinin tek başına yapmaya yetkili olduğu işleri, birden çok paydaş evleviyetle yapabilir. Bu düzenlemenin amacı, paydaşların hastalık, yurtdışında bulunma gibi sebeplerle hep birlikte yapamayacakları işler bakımından, söz konusu işin bütün paydaşların objektif menfaatine olması şartı ile bir tek paydaşın dahi korumaya ilişkin yetkilendirilmesidir. Elbette ki, düzenlemenin amacı, paydaşlardan birine yetki vererek, diğerlerini saf dışı bırakmak değildir. Ortak menfaati koruma yetkisi, bu yönüyle bize olağan yönetim işlerindeki yetkiyi hatırlatmaktadır. Ortak menfaati koruma yetkisi kapsamındaki iş ya da işlemleri, paydaşlar hep birlikte

²⁸² KAYAOĞLU, s.28.

yapabilecekleri gibi, paydaşlardan bir kısmı ya da içlerinden biri de yapabilir. Ancak paydaşların çoğunlukla alacakları bir kararla olağan yönetim işleri bakımından paydaşların tek başlarına yetkili olamayacakları kararlaştırılabilmektedir. Olağan yönetim işleri için söz konusu olan bu husus, ortak menfaati koruma yetkisi bakımından söz konusu değildir. Ortak menfaati koruma yetkisinin paydaşların çoğunlukla alacakları bir kararla değil, oybirliği ile alacakları bir kararla dahi kaldırılması söz konusu değildir. Aynı şekilde ortak menfaati koruma yetkisinin, oyçokluğu/ oybirliği ile alınan bir kararla maliklerden sadece biri tarafından (örneğin avukat olduğu gerekçesiyle A tarafından) kullanılacağı kararlaştırılmış olsa bile bütün malikler tek başlarına ortak menfaati korumaya yönelik iş ya da işlemleri yapmaya yetkilidirler. Hatta bu yetkinin sadece maliklerden biri tarafından kullanılacağına ilişkin kararın alınmasında olumlu oy kullanmış olan malik dahi bu karara aykırı olarak ortak menfaati koruma yetkisini kullanabilir. Bu yetkinin kaldırılabileceğine dair bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, bu husus TMK m.693/III ve TMK m.702/IV hükümlerinin amacı ile de bağdaşmaz. Bu nedenle, paydaşlardan her biri, ortak menfaati korumaya yönelik iş ya da işlemleri yapmaya tek başına yetkilidir. Çünkü bu yetki iradi temsille (TBK m.40 vd.) ilintilenmesi mümkün olmayan, kanundan doğan bir yetkidir.

Ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için, bütün paydaşlar için olumlu sonuç yaratacak iş ya da işlemler bakımından bir tek paydaşın dahi tek başına yetkili olması gerekmektedir birlikte bu yeterli değildir. Ortak menfaatin korunmasından bahsedebilmek için gerekli olan bir diğer unsur da “menfaatin objektif olması” dır. Şimdi de bu konuya ilişkin bilgiler vermeye çalışacağız.

b- Menfaat Objektif Olmalıdır

Kanunda ortak menfaatin tek bir paydaş tarafından korunabileceği belirtilmiş ve sanki her türlü durumda bu şekilde davranılabilir gibi bir ifade kullanılmışsa da, her hukuk kuralında olduğu gibi, burada da lafzi değil amaçsal değerlendirme yapmak gerekir. Bu nedenle ortak menfaati korumaya imkân tanınmışsa da, bu korumaya ihtiyaç durumunun bir objektivitesinin bulunması zorunludur. Bir iş ya da işlemin ortak menfaatin korunması kapsamında tek bir paydaş tarafından, tüm paydaşlar

bakımından etki edebilecek şekilde yapılıp yapılmayacağını belirlerken ölçütümüz menfaatin objektif olmasıdır. Objektivitenin ölçütü ise orta zekâlı, makul, dürüst vatandaş (bonus pater familias) temeline dayalı dürüstlük kuralı olmalıdır. Buna göre ortak menfaati koruma girişiminde bulunan paydaşın sübjektif takdirine yönelik işlem ve eylemler ortak menfaatin korunması olarak kabul edilmemelidir. Menfaatin malikler arasında farklılaşması durumunda hangi ölçütle ortak menfaatten bahsedileceği hususunda bir kriter belirlemek oldukça güçtür. Bu durumda, menfaatin objektif olup olmadığı, başka bir deyişle paydaşlardan birinin tek başına hareket etme yetkisinin bulunup bulunmadığı, hâkim tarafından ön mesele olarak saptanmalıdır. Örneğin, birlikte mülkiyet konusu bir tarım arazisinin, İmar Kanunu 18 inci madde uygulaması kapsamında arsaya dönüştürülmesi halinde, paydaşlardan bir kısmı bu idari işlemin birlikte mülkiyet konusu arazinin değerini arttıracaklarını düşünürken, bir paydaş babadan kalma tarım arazisinin çok verimli ve bu nedenle çok kıymetli olduğu, yakın gelecekte tarım arazilerinin daha da kıymetleneceği düşüncesiyle bu işlemin iptali için dava açarsa, hâkim ön mesele olarak söz konusu idari işlemin iptalinin objektif olarak paydaşların menfaatine olup olmadığını saptamalıdır. Hâkim, tarım arazilerinin hukuka aykırı idari işlemlerle imara açılmasının bütün paydaşlar, hatta tüm ülke vatandaşları ve hatta insanlık için sakıncalı olduğuna ve bir tek paydaşın söz konusu idari işlemin iptalini istemesinin objektif olarak bütün paydaşların menfaatine olduğu kanaatine varırsa, diğer bütün paydaşların karşı iradesine rağmen paydaşlardan birinin açtığı davayı kabul etmelidir.

Komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve köklerin, komşu tarafından kesilmesi imkânını düzenleyen TMK m.740'ın verdiği yetkiyi kullanmak da ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın sübjektif takdirine yönelik iş ve işlemlerin ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir başka örnektir. Şöyle ki, TMK m.740'ın verdiği yetkiyi kullanmak her zaman objektif nitelikte olmayabilir. Birlikte mülkiyet konusu taşınmaza, komşu taşınmazdan taşan dal ve köklerin TMK m.740 uyarınca kesilmesine ilişkin yetkinin kullanılması bazı şartlarda ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilebilirken, bazı durumlarda dal ve köklerin kesilmesi objektif bir yarar sağlamayabilir. Şöyle ki, TMK m.740 komşu araziye taşarak zarar veren dal ve köklerin bu komşu tarafından kesilip kendi mülkiyetine geçirilebileceğini düzenlemektedir. Paydaşlardan biri komşu araziden taşan dalların görüntüyü bozduğunu düşünürken, diğeri bu dalların gölgesinden

faaydalanmak isteyebilir. Bu durumda hâkim yaptıracağı keşifle, komşu araziden taşan dalların kesilmesinde objektif bir yarar olup olmadığını tespit etmelidir. Dalların paydaşlardan birini sübjektif olarak rahatsız etmesi söz konusu ise, objektif ortak menfaatin korunması söz konusu olmadığından, paydaşlardan birinin tek başına dalların kesilmesini talep etmesi söz konusu olmaz. Ancak söz konusu ağaç yüzünden çevrede çok sinek oluyorsa ve sinek arazideki ekinlere zarar veriyorsa, hakim objektif ortak menfaatin varlığına ve dalların kesilmesine hükmedecektir. Bu halde paydaşlar, sadece kendi arazilerine taşan dalların değil, ağacın tamamen kesilmesini dahi isteyebilirler. Böyle bir durumda ağacın kesilmesi objektif bir yarar sağlayacağından paydaşlardan biri, yan taşınmazdaki malikin uyarılmasını, uyarmaya uygun olarak kesim yapılmadığında mahkemeye başvurarak, bu yapma borcunun, masrafı kanundan dolayı kesme borcunun borçlusu konumundaki arazi maliki tarafından karşılanmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılması için izin verilmesini isteyebilir (TBK m.113/I; EBK m.97/I). Bu noktada yapılması objektif açıdan gerekli olan bu işlemlerin, eş deyişle ortak menfaatin korunması açısından bir zorunluluk olan bu işlemlerin tek bir paydaş tarafından yapılması mümkün olacaktır.

c- Menfaat Bölünmeye Elverişli Olmamalıdır

Ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için, bir paydaşın tek başına dahi koruyabileceği bu menfaatin bölünmeye elverişli olmaması gerekir. TMK m.693/III'te bu husus açıkça belirtilmiştir²⁸³. Maliklerden her biri, üçüncü kişilere karşı birlikte mülkiyet konusu eşyayı korumaya yetkilidir. Bölünemeye elverişli olmayan hususlarda, özellikle mülkiyete ve zilyetliğe ilişkin haklar bakımından, paydaş kendi payını korurken bu koruma eşyanın tamamına sirayet eder²⁸⁴. Paylı mülkiyette bölünebilen bir menfaat söz konusu olduğunda ya paydaşlar hep birlikte hareket ederler, ya aralarından birine temsil yetkisi verirler ya da herkes kendi payı için hareket eder²⁸⁵. Örneğin, A ve B paylı olarak malik oldukları evi C'ye aylık 2.000

²⁸³ Bu husus Yargıtay'ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da ifade edilmektedir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011. Yargıtay 1. HD'nin 10/03/1988 Tarih, E.163 ve K.2857 sayılı kararı da bu yöndedir. Karar metni için bkz. **KARAHASAN**, Eşya, s.175-176.

²⁸⁴ **BASLER KOMMENTAR**, Art.648, N.7.

²⁸⁵ Bölünebilir talepler bakımından her paydaşın sadece kendi payı için hareket edeceği görüşü için bkz. **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.38; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.743.

TL'ye kiraya verseler, C'nin kira bedelini ödememesi halinde A, C'den sadece kendi payına tekabül eden kira bedelini, yani 1.000 TL'yi isteyebilir. Zira kira bedeli bölünmeye elverişlidir. A'nın C'den kira bedelinin tamamını isteyebilmesi için B'nin A'ya temsil yetkisi vermesi gerekir. Aksi takdirde A, tek başına kira bedelinin tamamını isteyemez.

Bölünmeye elverişli olmayan menfaatler bakımından gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde, birlikte maliklerin ortak menfaatin korunması amacıyla tek başlarına hareket edebilecekleri hususunda tartışma yoktur. Örneğin akıl hastalığı sebebiyle TMK m.15 hükmünce tam ehliyetsiz olan mirasbırakanın ölmeden önce yaptığı satış sözleşmesi ile üçüncü kişi lehine yapılan yolsuz tescilin düzeltilmesi için TMK m.1025 uyarınca açılacak olan dava, bölünemeyen ortak menfaat kapsamında olduğundan mirasçılardan biri tek başına bu davayı açılabilir. Taşınmazın bir bütün olarak bütün mirasçılar adına tescilinin sağlanması ortak menfaat kapsamındadır.

Bölünebilen edimler konusunda paylı mülkiyet ilişkisinde payda tasarruf edilebildiği gerekçesiyle her paydaşın kendi payı oranında hareket edeceği kabul edilirken, elbirliği mülkiyetindeki durum tartışmalıdır²⁸⁶. Bu tartışmanın nedeni, elbirliği mülkiyetinde ortakların, üzerinde tasarruf edebilecekleri bir paylarının olmamasıdır. Ortak menfaatin korunması hali istisna olmak üzere, bölünemeyen talepler bakımından ortakların elbirliği ile hareket edeceklerinde şüphe yoktur. Tartışmalı olan husus, para alacakları gibi bölünebilir nitelikteki talepler için elbirliği ile hareket şartının aranıp aranmayacağıdır. Bir görüşe göre, elbirliği halinde alacaklılar borçlu aleyhine ancak birlikte dava açabilirler²⁸⁷. Diğer bir görüşe göre ise bölünebilir nitelikteki alacaklar için, her ortak tek başına dava açabilir²⁸⁸. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları mevcuttur. Elbirliği mülkiyetinde ortakların, kira alacağı için ancak hep birlikte icra takibi yapabileceğini belirterek ilk görüşü destekler

²⁸⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **ULUKAPI**, s.68.

²⁸⁷ **ULUKAPI**, s.68, dn.168'de anılan yazarlar.

²⁸⁸ **BAKİ KURU**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.3, B.6, İstanbul 2001, s.3297, (*Usul*, C.3); **ULUKAPI**, s.68.

nitelikteki kararlarının²⁸⁹ yanı sıra; ortakların kendi paylarına düşen kira parasını tek başına isteyebilecekleri şeklinde kararları²⁹⁰ da bulunmaktadır. Kanaatimizce TMK m.702/I uyarınca ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlendiğine göre, bölünebilir talepler bakımından ortakların tek başlarına dava açabilip açamayacakları hususunda da elbirliği mülkiyetini doğuran sözleşme ya da kanun hükmüne bakmak gerekir. Örneğin elbirliği mülkiyetinde ortaklar, babadan miras kalan aile yadigârı evin kira gelirinin evin tadilatına harcanacağını ve her ayın kira bedelinin tadilat için yapılan eser sözleşmesinde yüklenici olarak belirlenen kişiye ödeneceğini kararlaştırmış iseler, ortaklardan birinin ödenmeyen kira bedelini kendi miras payı nispetinde tahsili ve sonrasında harcama yoluna gitmesi mümkün olmamalıdır. Buna karşılık ortaklar, bölünebilir alacaklar bakımından her bir ortağın kendi ortaklık payı nispetinde hareket edebileceğini kararlaştırmış iseler, bu durumda ortakların tek başlarına dava açmasına imkân tanımak gerekir. Örneğin kira geliri elde etmek amacıyla bir adi ortaklık kurulmuşsa, adi ortaklık sözleşmesi ile her bir ortağın likit kira bedeli alacağı için tek başına hareket edebileceği kararlaştırılmışsa, ortakların bağımsız takip ve dava haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.

Bölünebilir talepler bakımından ortakların tek başlarına dava açabilip açamayacakları hususunda elbirliği mülkiyetini doğuran sözleşme ya da kanun hükmüne bakmak gerektiğini düşünmekle birlikte, elbirliği mülkiyetini doğuran sözleşmede ya da kanun hükmünde aksine bir düzenleme yoksa bölünebilir nitelikteki alacaklar için, her ortağın tek başına dava açabileceği kanaatindeyiz. Her ne kadar elbirliği mülkiyetinde, ortakların hep birlikte hareket etmeleri söz konusu ise de birlikte hareket zorunluluğunun ortak menfaatin korunması kapsamına girmeyen bölünemeyen alacaklar için söz konusu olacağı fikrindeyiz. Zira elbirliği mülkiyetinde ortakların, üzerinde tasarruf edebilecekleri bir payları olmasa da elbirliğini oluşturan ortakların pay oranı, kendi iç ilişkileri bakımından tespit edilebilmektedir. Böylece her ortak kendi hissesi oranında bölünebilir nitelikteki alacağını isteyebilmelidir.

²⁸⁹ Yargıtay 6. HD'nin 14/03/2011 Tarih, E.2011/ 2388 ve K.2011/ 2985 sayılı kararı için bkz. www.corpus.com.tr, siteye giriş: 30/01/2012; Yargıtay 6. HD'nin 27/09/2010 Tarih, E.2010/5777 ve K.2010/9829 sayılı kararı için bkz. www.corpus.com.tr, siteye giriş: 30/01/2012.

²⁹⁰ Yargıtay 6. HD'nin 09/03/1972 Tarih, E.944 ve K.997 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3298.

Ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için menfaatin bölünmeye elverişli olmaması gerekir. Örneğin kira bedelinin değişen şartlara göre yeniden belirlenmesini istemek²⁹¹ bölünmeye elverişli olmayan bir taleptir. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın kiraya verilmesi halinde, kira bedelinin değişen şartlara göre yeniden belirlenmesi gereği doğabilir. Ancak paydaşlardan bir kısmı mevcut kira bedeline razı olurken, bir kısmı kira bedelinin arttırılmasını isteyebilir. Bu durumda da kanaatimizce, kira bedelinin artırılmasını isteyen paydaş tek başına kira bedelinin değişen şartlara göre yeniden belirlenmesini isteyebilmelidir. Zira kira bedelinin artırılması bütün paydaşların yararına ve onlara hiçbir yükümlülük getirmez. Kaldı ki, kira bedelinin artırılmasını istemeyen paydaşların, kira bedelinin artmış kısmı için kendi payları oranında kiracıyı ibra etmelerine (TBK m.132)²⁹² de engel yoktur.

d- Koruma Üçüncü Kişilere Karşı Olmalıdır

Ortak menfaatin korunması kural olarak üçüncü kişilere karşı girişilen hukuki faaliyetler bakımından söz konusudur (TMK m.693/III). Birlikte mülkiyette, maliklerin kendi aralarındaki ilişkide ortak menfaatin korunmasının söz konusu olup olmayacağını tartışmadan önce maliklerin kendi aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklara değinmekte fayda vardır.

Birlikte mülkiyette, “*Paylı mülkiyet nizaların anasıdır.*” şeklindeki kökü latinceye dayanan deyişi haklı kılarcasına hak sahipleri arasında uyuşmazlık yaşanması sık sık rastlayabileceğimiz bir durumdur. Dolayısıyla paydaşlardan birinin, diğer bir paydaş veya bütün paydaşlar aleyhine dava açması da mümkündür. Örneğin paydaşlardan biri, diğer paydaşlar aleyhine istihkak davası ya da elatmanın önlenmesi davası

²⁹¹ Sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜLMELAHAT DOĞAN**, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2014, S.111, s.9 vd.

²⁹² TMK m.132’nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen ibra, 818 sayılı Borçlar Kanununun kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 115 inci maddesinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuza her nasılsa alınmayan ibranın, öğretisi ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematik bir eksikliği gidermek amacıyla, ibranın yeni bir madde olarak Borçlar Kanununa alınması uygun olmuştur.

açabilir²⁹³. Aynı şekilde paydaş, pay miktarının ihtilaflı olması halinde gerçek pay miktarının tespiti için tapu sicilinin düzeltilmesi davası da açabilir. Keza paylı malın taşınır bir mal olması halinde taşınır davası açılması da mümkündür²⁹⁴. Buna karşılık paydaşlar arasında zilyetliğe ilişkin davalar ancak sınırlı ölçüde açılabilir. Zilyetliğin gaspı halinde dava açmak mümkündür²⁹⁵. Ancak zilyetliğe saldırının önlenmesi davası açılabilmesi için paydaşlardan her birinin zilyetlik alanlarının belirlenmiş olması gerekir²⁹⁶. Örneğin A, B ve C üç katlı bir binanın bulunduğu taşınmaza paylı olarak malik olsunlar. Binanın birinci katı A'ya, ikinci katı B'ye, üçüncü katı C'ye tahsis edilmiş olsun. Bu paydaşların, diğerlerinin zilyetliğinde bulunan katlara haksız müdahaleleri karşısında, zilyetliğine müdahale edilen paydaşın zilyetliğe ilişkin dava açma imkânı vardır. Buna karşılık böyle bir fiili kullanım anlaşması²⁹⁷ yok ise, zilyetliğe saldırının önlenmesi davasının açılması mümkün değildir. Çünkü

²⁹³ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya s.309; **EREN**, Mülkiyet, s.99; **SİRMEN**, Eşya, s.268; **ÖZKAYA**, s.30. Yargıtay 1. HD'nin 03/02/2010 Tarih, E.2010/623 ve K.2010/944 sayılı kararı için bkz. www.corpus.com.tr, siteye giriş: 30/01/2012; Yargıtay HGK'nın 02/04/1986 Tarih, E.1-846 ve K.337 sayılı kararı için bkz. **MUSTAFA REŞİT KARAHASAN**, Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, C.2, İstanbul 1999, s.1627, (*Mülkiyet 2*); Yargıtay 1. HD'nin 14/07/2005 Tarih, E.2005/824 ve K.2005/8963 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 01/08/2011; Yargıtay 1. HD'nin 17/09/2001 Tarih, E.2002/8070 ve K.2001/9197 sayılı kararı için bkz. **KAÇAK**, Eşya, s.66-67 ya da **BALCI**, s.97-98. Paydaşların birbirleri aleyhine mülkiyet ve zilyetlik davaları açabilmeleri için pay ve paydaş çoğunluğu aranması gerektiği fikrinin eleştirisi için bkz. **İSMET SUNGURBEY**, Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972, s.10, (*Nesneler Hukuku*).

²⁹⁴ **EREN**, Mülkiyet, s.99; **SİRMEN**, Eşya Ders, s.267.

²⁹⁵ **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku, s.11.

²⁹⁶ **A. HOMBERGER**, İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Ayni Haklar- Zilyetlik ve Tapu Sicili, Çeviren: **SUAT BERTAN**, Ankara 1950, s.72-73; **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku s.10; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.410; **EREN**, Mülkiyet, s.100; Yargıtay HGK'nın 23/05/1990 Tarih, E.1990/194 ve K.1990/313 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.74-75; Yargıtay HGK'nın 15/06/1994 Tarih, E.1/204 ve K.407 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.348-349; Yargıtay HGK'nın 07/06/1985 Tarih, E.1/849 ve K.575 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.361.

²⁹⁷ Paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler (TMK m. 689/I). Fiili kullanım anlaşması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.57 vd. Birçok yargı kararı ile de paydaşların paylı malı kullanma tarzına ilişkin fiili kullanım anlaşması yapabileceklerine değinilmiştir. Yargıtay 3. HD'nin 30.10.2008 Tarih, E.2008/14082 ve K.2008/18282 sayılı kararında da fiili kullanıma ilişkin anlaşmanın korunması gerektiği “...Uzunca bir süredir de davalı tarafından kullanılagelmıştır. Bu durumda, yapılan anlaşma ve fiili kullanım şekli, paydaşlarca benimsenmiş ve uzunca bir süre buna uyulmuş olmakla ahde vefa gereği, tapuda resmi taksim ya da şuyunun dava yoluyla izale edilmesi veyahut o yerde imar uygulaması ile sona erinceye kadar olduğu gibi korunması gerekir. Dolayısı ile davalının sözleşmeye olan bağlılığı ve uzunca süren kullanım şekline olan güveni çerçevesinde fiilen yararlanması, kötüniyetli ve haksız işgal olarak değerlendirilemez...” şeklinde ifade edilmiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 07/07/2015. Aynı yönde Yargıtay 14. HD'nin 16/09/1975 Tarih, E.1975/3345 ve K.1975/3704 sayılı kararı için bkz. YKD, Y.1976, S.1, s.81; Yargıtay 1. HD'nin 03/04/1995 Tarih, E.1995/3469 ve K.1995/4827 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.100-101.

paydaşların hepsi paylı malın tamamına zilyettir²⁹⁸. Ancak zilyetliği ihlal edilen paydaşın mülkiyet hakkına dayanarak dava açması mümkündür²⁹⁹. Elbirliği mülkiyetinde de, bir ortağın diğer bir ortak ya da ortaklar aleyhine açtığı elatmanın önlenmesi davasında elbirliği şartı aranmaz. Ortak tek başına, diğer ortak ya da ortaklar aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabilir³⁰⁰.

Birlikte mülkiyette malikler tarafından alınan kararların hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına uygun olmaması ya da konusu imkânsız olan kararların alınması halinde, kararın kesin hükümsüz olduğunun tespiti için dava açılması da mümkündür. Ayrıca karar yeter sayısına uyulmadan alınmış olan kararlar için de hâkimin müdahalesi istenebilir³⁰¹. Örneğin paylı mülkiyete tabi bir taşınmazın ahlaka aykırı olarak kiralanması halinde, söz konusu kira sözleşmesi pay ve paydaş çoğunluğu tarafından yapılmış olsa da bu sözleşmenin ahlaka aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüz olduğunun tespiti için dava açılması mümkündür. Böyle bir durumda da paydaşların birbirleri aleyhine dava açması söz konusu olur.

Geçerlilik sorunu olmayan ve gerekli usule uyularak alınmış olan kararlar için kural olarak hâkimin müdahalesi istenemez. Ancak bazı durumlarda paydaşa, usulüne uygun olarak alınmış kararlar için de, dava açma imkânı tanımak gerekebilir. Örneğin gerekli çoğunluk sağlanmış olmakla birlikte, alınan karar paydaşlardan birinin kullanma hakkına haksız saldırı teşkil ediyorsa, paydaş bu kararın iptali için de hâkime başvurabilmelidir³⁰². Zira paydaşın hakkından feragat etmesi sonucunu doğuran kararların kabul görmeyeceği açıktır.

²⁹⁸ **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku, s.11; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.410; **EREN**, Mülkiyet, s.100.

²⁹⁹ **EREN**, Mülkiyet, s.100.

³⁰⁰ **ERTAŞ**, Eşya, s.259; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.442; **TEKİNAY**, s.439; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.643; **SİRMEN**, Eşya, s.292; **ÖZKAYA**, s.34; Yargıtay HGK'nın 08/06/1984 Tarih, E.1/760 ve K.694 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.363-364; Yargıtay HGK'nın 12/10/1994 Tarih, E.1994/305 ve K.1994/601 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s. 71-72.

³⁰¹ **NİHAT YAVUZ**, Açıklamalı-İçtihatlı Paylı Mülkiyet Yönetimi ve Birden Çok Parsel Üzerinde Kurulan Binaların Kullanımından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2006, s.26, (*Paylı Mülkiyet*).

³⁰² **N. YAVUZ**, Paylı Mülkiyet, s.26.

Birlikte mülkiyette hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklarda hâkimin müdahalesi, yukarıda saydığımız sebeplerden herhangi birinden kaynaklanabilir. İç ilişkide hâkimin müdahalesine izin verilmeyen haller için ortak menfaatin korunmasına olanak olmadığını belirtmeye gerek dahi yoktur. Kanaatimizce hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklar nedeniyle hâkimin müdahalesi de ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemez. Başka bir ifadeyle, maliklerden birinin iç ilişki bakımından diğerleri aleyhine açtığı davalarda ortak menfaatin korunması söz konusu olmaz³⁰³. Maliklerden birinin ya da birkaçının diğerleri aleyhine açtığı dava neticesinde alınacak olumlu bir karar bütün maliklerin ortak menfaatine değil, sadece maliklerden birinin ya da bir kısmının menfaatine olacaktır. Aksine, kendilerine karşı dava açılmış olan malikler bu karardan olumsuz etkileneceklerdir. O halde işin doğası gereği, birlikte maliklerin kendi aralarında çıkan bir uyuşmazlığın çözümü için açılan dava ile ortak menfaatin korunması mümkün değildir.

e- Paydaşlar Sadece Olumlu Sonuçtan Etkilenirler

Tek bir paydaş, ortak menfaati koruma yetkisine sahipse de, bu yetkinin kullanılması sonucu diğer paydaşların menfaat sağlaması esas olduğundan bu yetkinin diğer paydaşlar aleyhine bir sonuç yaratması kabul edilemez. Ortak menfaati sağlamak için yapılan bir iş ya da işlemin paydaşlardan birinin ya da birkaçının zararına olması, o işi ortak menfaati sağlayan bir iş olmaktan çıkarır³⁰⁴.

Birlikte mülkiyet konusu eşyanın korunması amacıyla açılan davalarda hâkimin vereceği olumlu kararlardan diğer paydaşlar da yararlanır. Ancak bu, söz konusu kararın onlar için de kesin hüküm teşkil edeceği anlamına gelmez. Karar sadece davayı açan paydaş ya da paydaşlar için kesin hüküm teşkil eder³⁰⁵. Ancak bu kararın

³⁰³ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.419; EREN, Mülkiyet, s.112-113.

³⁰⁴ BERTAN, s.395.

³⁰⁵ MEIER-HAYOZ, Art.648, N.10; HAAB, Art.648, N.2; BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.37, Art.648, N.8; LIVER, s.79; WIELAND, s.81; BERTAN, s.396-397; KAYAOĞLU, s.23; ZİYA ARDAHAN, Müsterek Mülkiyette Şeriklerden Biri Müsterek Mülkün Tamamı İçin Tasarruf ve Mülkiyet Hakkında Yalnız Başına Dava Açabilir mi? Doktrin ve Tatbikat, İstanbul Barosu Mecmuası, Y.1943, s.158; EREN, Mülkiyet, s.113; BELGESAY, s.35; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.148; AYAN, Mülkiyet, s.74. Aksi görüş için bkz. EVRİM ERİŞİR, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.94. Bu görüşe göre, paydaşlardan birinin paylı malı korumak için açtığı ve yürüttüğü dava, davaya katılmayan diğer paydaşlar hakkında da etkili olacak, kesin hüküm onlara da sirayet edecektir.

olumlu sonuçlarından dolayı olarak diğer malikler de yararlanır³⁰⁶. Kesin hükümden söz edebilmek için davanın taraflarının ve dava konusunun aynı olması gerekir (HMK m.303- HUMK m.237). Dava açan paydaş, diğerlerinin temsilcisi olmadığından diğer paydaşlar taraf olmazlar³⁰⁷. Aynı şekilde dava aleyhte sonuçlandığında da diğer paydaşlara karşı kesin hüküm ileri sürülemez; onlar bu aleyhte sonuçtan etkilenmezler³⁰⁸. Bu husus, TMK m.702'nin gerekçesinde³⁰⁹ *“Yeni eklenen bu fıkra ile uygulamada duyulan ihtiyaç karşılanmakta, yürürlükteki Kanun karşısında içtihatlar ile çözülmesinde güçlük çekilen bir sorun giderilmekte, elbirliği mülkiyeti kurumuna yöneltilen eleştirilerin en önemlisini giderecek bir hüküm kabul edilmektedir. Elbirliği mülkiyeti ortaklardan her biri ortaklığa giren hakları dava yolu ile veya diğer yollarla koruma yetkisine sahip olacaktır. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır, fakat davacının davasını kaybetmesi diğer ortakların haklarını etkilemez.”* şeklinde ifade edilmektedir.

TMK m.702'nin gerekçesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira açılan dava iyi takip edilebileceği gibi davayı açan paydaşın ihmeline de maruz kalabilir. Diğer paydaşların rızasını dahi almadan açılan bir davanın, ihmal neticesinde aleyhe sonuçlanması, davadan haberi dahi olmayan paydaşlara etki etmemelidir³¹⁰. Örneğin zilyetliğe saldırı davasında, hâkimin zilyetliğin iadesine karar vermesi durumunda diğer paydaşların ilamda yer alıp almamasının bir önemi yoktur. İlamda yer almasalar da bu karardan diğer paydaşlar da yararlanırlar. Buna karşılık davayı açan paydaşın yeterli delil sunamaması gibi bir sebeple davanın reddedilmesi halinde, diğer paydaşlar bundan etkilenmezler. Diğer paydaşların hak düşürücü süre içinde yeni bir dava açmaları mümkündür³¹¹.

³⁰⁶ **LIVER**, s.79-80; **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.10; **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.38.

³⁰⁷ **AYİTER**, Eşya, s.92; **SAYMEN/ ELBİR**, s.245; **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.148; **AYAN**, Mülkiyet, s.74.

³⁰⁸ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.591; **BELGESAY**, s.35; **SİRMEN**, Eşya, s.278, 291; **MUİN M. KÜLEY**, Müşterek Mülkiyette Hissedarın Temsil Salahiyeti, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1950, S.7, s.416, (Temsil); **KARAHASAN**, Eşya, s.174; **AYİTER**, Eşya, s.92; **ACEMOĞLU**, s.91; **GENÇCAN**, s.3987; **ERİŞİR**, s.95.

³⁰⁹ TMK madde gerekçeleri için bkz. www.tbmm.gov.tr.

³¹⁰ **WIELAND**, s.81; **BERTAN**, s.397; **KÜLEY**, Temsil, s.416; **SEZGİN**, s.1079; **BOZCALI**, s.558; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.419; **SAYMEN/ ELBİR**, s.245.

³¹¹ **BASLER KOMMENTAR**, Art.648, N.8.

IV- ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine yeterince değinilmemiş; sadece, TMK m.693/III hükmünde yer alan “temsil” sözcüğünden hareket edilerek bu yetkinin bir temsil yetkisi niteliğinde olup olmadığına bağlı olarak çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda öğretide, hükümde bahsi geçen “temsil” sözcüğünün teknik anlamda temsil olmadığı hususunda neredeyse görüş birliği sağlanmıştır³¹². Ortak menfaati koruma yetkisinin, teknik anlamda bir temsil yetkisi olmadığını ileri süren yazarların büyük çoğunluğu, konuyu temsil ile bağlantılı olumsuz tespiti dayalı olarak değerlendirmişse de, bu yetkinin hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin tam bir tespit yapmamışlardır. Eş deyişle, paydaşlara kanun ile tanınmış olan bu yetkinin ne olmadığını dile getirmekle yetinip, tam olarak ne olduğunu açıklamamışlardır.

Yukarıda andığımız çoğunluk görüşünün aksine, öğretide bu yetkinin sadece dava hakkına inhisar eden dar kapsamlı bir temsil yetkisi olduğu görüşü de bulunmaktadır³¹³. Yine temsil yetkisinin mevcut olduğunu kabul eden, ancak TMK m.693/III hükmü ile kanun koyucunun paydaşların yasadan kaynaklı bir temsil yetkisinin olduğunu, yani burada yasal bir temsil yetkisi tanınmış olduğunu savunan görüşler de mevcuttur³¹⁴. Bu görüşle bağlantılı olarak, ama konuyu biraz daha farklı

³¹² **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.4; **HAAB**, Art.648, N.2; **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.36; **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.743; **EREN**, Mülkiyet, s.112; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.311, 322; **SİRMEN**, Eşya, s.269, 277; **FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY**, s.93; **SEROZAN**, s.238; **AYBAY/ HATEMİ**, s.128; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.34; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.418; **BERTAN**, s.394; **ÖZTAN**, s.778; **AKGÜN**, s.517; **AYAN**, Mülkiyet, s.72; **KARAHASAN**, Eşya, s.170-171, 175; **GENÇCAN**, s.3946; Yargıtay’ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011; Yargıtay 4. HD’nin 17/01/1985 Tarih, E.1984/7821 ve K.1985/123 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.659-660. Aksi görüş için bkz. **KÜLEY**, Temsil, s.412; **KÜLEY**, İdare, s.3; **SEZGİN**, s.1078-1079; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.399; **KILIÇOĞLU**, s.370; **ÖZKAYA**, s.30. Bu yetkinin “yasal temsil” yetkisi olduğuna ilişkin Yargıtay HGK’nın 20/04/1979 Tarih, E.1978/1-1026 ve K.1979/398 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.659. Benzer şekilde Yargıtay 1. HD’nin 07/02/1991 Tarih, E.1990/15984 ve K.1991/1324 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.113.

³¹³ **KÜLEY**, Temsil, s.412; **KÜLEY**, İdare, s.3; **SEZGİN**, s.1078-1079. Serozan kanun metninde kullanılan “temsil” sözcüğünün yanıltıcı olduğunu belirterek (bkz. **SEROZAN**, s.238) bu yetkinin bir temsil yetkisi olmadığını kabul etmekle birlikte bu yetkiyi “dava yetkinliği” olarak nitelendirmektedir. Yazar bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “*MK 693/III uyarınca her bir paydaşın bölünemeyen ortak çıkarları koruma yetkisi, aslında, öteki paydaşlara ait bir hakkı da dava yoluyla takip yetkisidir; kısacası ‘dava yetkinliği’dir.*”. Bkz. **SEROZAN**, s.239.

³¹⁴ **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.399; **KILIÇOĞLU**, s.370. Aynı yönde bkz. **ÖZKAYA**, s.30. Bu yetkinin “yasal temsil” yetkisi olduğuna ilişkin Yargıtay HGK’nın 20/04/1979 Tarih, E.1978/1-1026 ve K.1979/398 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.659.

boyutla açıklayan Kılıçoğlu ise, TMK m.693/III'teki yetkinin yasal bir temsil yetkisi olduğunu savunurken, TMK m.702/IV'te temsilden söz edilmediği için bu yetkinin gerçek anlamda bir vekâletsiz iş görme olduğunu savunmaktadır³¹⁵.

Bu kısımda, öncelikle ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yer verilecek; daha sonra bu yetkinin teknik anlamda bir temsil yetkisi ya da öğretide bu yetkinin hukuki niteliğini paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti için ayrı ayrı değerlendiren ve TMK m.702/IV'teki yetkinin vekâletsiz iş görme olduğunu savunan görüşten hareketle bu yetkinin vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Üçüncü olarak da öğretide hiç bu yönde görüş bulunmamakla birlikte, olası bir görüş olarak ileri sürülebilecek olan ortak menfaati koruma yetkininin olağan yönetim işi niteliğinde olup olmadığının tartışılmasının da faydalı olacağı düşünülmektedir. Görüşlerin değerlendirilmesi sırasında, o görüş çerçevesinde daha önce ele alınmış olmasa dahi lehte veya aleyhte olabilecek hususlar da olabildiğince değerlendirilmeye gayret edilecek; her bir görüşe ilişkin mevcut ve olası eleştiriler ele alınarak, nihai olarak konuya ilişkin kanaatimiz belirtilecektir.

A- Ortak Menfaati Koruma Yetkisini Temsil Yetkisi Olarak Nitelendiren Görüş

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, TMK m.693/III hükmünde bahsi geçen “temsil” sözcüğünün teknik anlamda temsil yetkisi olmadığı hususunda neredeyse görüş birliği sağlanmıştır³¹⁶. Ancak öğretide bu yetkinin sadece dava

³¹⁵ KILIÇOĞLU, s.375.

³¹⁶ MEIER-HAYOZ, Art.648, N.4; BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.36; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, N.743; EREN, Mülkiyet, s.112; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.311, 322; SİRMEN, Eşya, s.269, 277; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.93; SEROZAN, s.238; AYBAY/ HATEMİ, s.128; AKİPEK, Mülkiyet, s.34; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.418; BERTAN, s.394; ÖZTAN, s.778; AKGÜN, s.517; GENÇCAN, s.3946; Yargıtay'ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011; Yargıtay 4. HD'nin 17/01/1985 Tarih, E.1984/7821 ve K.1985/123 sayılı kararı için bkz. UYAR, C.1, s.659-660. Aksi görüş için bkz. KÜLEY, Temsil, s.412; KÜLEY, İdare, s.3; SEZGİN, s.1078-1079; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.399; KILIÇOĞLU, s.370; ÖZKAYA, s.30. Bu yetkinin “yasal temsil” yetkisi olduğuna ilişkin Yargıtay HGK'nın 20/04/1979 Tarih, E.1978/1-1026 ve K.1979/398 sayılı kararı için bkz. UYAR, C.1, s.659.

hakkına inhisar eden dar kapsamlı bir temsil yetkisi olduğu görüşünün³¹⁷ yanında, TMK m.693/III hükmü ile kanun koyucunun paydaşlara yasal temsil yetkisi³¹⁸ tanımı olduğu görüşü de mevcuttur³¹⁹.

a- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Dava Hakkına İnhisar Eden Dar Kapsamlı Temsil Yetkisi Olduğu Görüşü

Paylı mülkiyet bakımından paydaşların temsil yetkisini inceleyen Küley, TMK 693 (EMK m.625) hükmündeki temsilin sadece dava hakkına inhisar eden dar kapsamlı bir temsil yetkisi olduğu yönündeki görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “ *Temsil hayli şümulü hükümleri olan bir hukuki müessese olmasına rağmen 625 inci maddedeki temsil salahiyeti adeta yalnız dava hakkına inhisar eden dar kapsamlı bir salahiyettir. Bu neden ileri geliyor? Bir kere kanun metni, müşterek maliklerin, hemen her nevi tasarrufları ne gibi kaidelere uyarak yapabileceklerini başka maddelerde inceden inceye tetkik etmiştir. Gayrimenkul üzerindeki idari tasarruflar dereceye ayrılmak suretiyle 624 üncü maddede; temlik tasarrufları ise 625 inci maddenin diğer fıkrasında incelenmiştir. Bu mevzular hakkında ayrıca hüküm bulunduğu göre hissedarın hakkı davası da, mevzuumuzu teşkil eden temsil hükmü ile teyid edilmiştir. Bundan başka ikame edilecek talebin kabili tecezzi olmaması lüzumu gerek ilmi gerek kazai içtihatların üzerinde ittifak ettiği bir noktadır.*”³²⁰

Bölünmeye elverişli olmayan talepler bakımından paydaşların sadece dava hakkına inhisar eden dar kapsamlı bir temsil yetkisi bulunduğu görüşünü yazar başka bir makalesinde şu şekilde ifade etmiştir: “ *Burada Medeni Kanunun 625 inci maddesinde şerike tanınan kanuni temsil salahiyeti ile, hissedarların bir kısmının*

³¹⁷ KÜLEY, Temsil, s.412-413; KÜLEY, İdare, s.3-4; SEZGİN, s.1078-1079.

³¹⁸ Bir kişinin diğer bir kişi adına hukuki işlemde bulunma yetkisi ya doğrudan doğruya kanundan doğar ya da temsil olunan kişinin rızasına dayanır. Temsil yetkisi temsil olunan kişinin iradesine bağlı değilse, yani doğrudan doğruya kanundan doğan bir temsil yetkisi söz konusu ise kanuni temsilden bahsedilir. Örneğin velinin, velayetine tabi şahıs adına işlemler yapabilme yetkisi, başka bir deyişle onu temsil yetkisi doğrudan doğruya kanundan (TMK m.342) kaynaklanan bir yetkidir. Buna karşılık, bir kişinin diğerini temsili temsil olunan kişinin rızasına dayanıyorsa iradi (rızaî) temsilden söz edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TURHAN ESENER**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara Hukuk Faültesi Yayınlarından No:150, Ankara 1961, (Temsil); **OĞUZMAN/ ÖZ**, C.1, s.217 vd.

³¹⁹ **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.399; **KILIÇOĞLU**, s.370. Bu yetkinin “yasal temsil” yetkisi olduğuna ilişkin Yargıtay HGK’nın 20/04/1979 Tarih, E.1978/1-1026 ve K.1979/398 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.659 ve www.kazanci.com, siteye giriş: 19/10/2013. Aynı yönde Yargıtay 1. HD’nin 01/07/2003 Tarih, E.6498 ve K.7879 sayılı kararı için bkz. **GENÇCAN**, s.3948.

³²⁰ KÜLEY, Temsil, s.412- 413.

diğerlerine herhangi bir anlaşma dolayısıyla vermiş oldukları temsil yetkisini birbirinden ayırmak zarureti vardır. Şöyle ki, a. 625 inci madde bazı hususlarda bir hissedarın diğerlerini temsile salahiyyetli bulunduğunu kabul etmiştir. Bundan evvel neşrettiğimiz bir makalenin mevzuunu teşkil eden bu temsil salahiyyeti mahduttur ve adeta yalnız dava hakkına inhisar eden dar bir salahiyyettir. Hissedar müşterek mülkün zatına veya üzerinde müesses hukuka vuku bulacak herhangi bir tecavüzü bu salahiyyetine dayanarak yalnız başına girişeceği bir dava ile öneleyebilir.”³²¹.

Yazar, TMK m.693 ü karşılayan EMK m.625’te geçen temsil sözcüğünü, teknik anlamda bir temsil yetkisi olarak kabul etmekle birlikte, bu yetkinin sadece bölünemeyen hususlara ilişkin olarak dava açma hakkı ile sınırlı bir temsil yetkisi olduğunu savunmaktadır.

b- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Yasal Temsil Yetkisi Olduğu Görüşü

Bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması konusunda paydaşlardan her birine yasal temsil yetkisi verildiği görüşünde olan Akipek/Akıntürk, konuyu şu şekilde ifade etmiştir: “Önceki Medeni Kanunun, 625 inci maddenin birinci fıkrasında kullandığı ‘hissedarlardan her biri, müşterek menfaatler için diğer hissedarları temsil edebilir’ hükmünün yanlış olduğu, burada teknik anlamda bir temsilin söz konusu olamayacağı konusunda doktrin ve yargısal içtihatlarda tam bir görüş birliği mevcuttu. Yeni Medeni Kanun da m.693/III hükmünde ‘paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir’ kuralını getirmiştir. Bu durumda kanun koyucunun paydaşlardan her birine, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması konusunda yasal temsil yetkisi tanımış olduğu sonucuna varılabilir.”³²².

Eş deyişle yazarlar, eski Medeni Kanun zamanında hükümde geçen “temsil” teriminin teknik anlamda bir temsil yetkisi olmadığı ve bu ifadenin yanlış olduğu yönünde neredeyse görüş birliği sağlanmış olmasına rağmen, Yeni Medeni Kanunun 693/III hükmünde yine “temsil” sözcüğünün kullanılmasının yasakoyucunun

³²¹ KÜLEY, İdare, s.3-4.

³²² AKİPEK/ AKINTÜRK, s.399.

paydaşlara bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması konusunda yasal temsil yetkisi tanınmış olduğu anlamına geleceği sonucuna varmışlardır.

Yargıtay'ın da bazı kararlarında ortak menfaati koruma yetkisinin temsil yetkisi niteliğinde olduğu yönündeki görüşü destekler tarzda ifadeler kullandığı görülmektedir. Bu kararlardan biri olan Yargıtay HGK'nın 20/04/1979 Tarih, E.1978/1-1026 ve K.1979/398 sayılı kararında da paydaşların, ortak menfaatin korunması konusunda yasal bir temsil yetkisinin bulunduğu hususu "*M.K.'nın 625/1. maddesi hükmünce hissedarlardan her biri, müşterek menfaatler için, diğer hissedarları temsil edebilir. Bu hüküm uyarınca hissedarlardan biri ilke olarak müştereken malik bulunulan taşınmaza üçüncü kişilerin elatmalarının önlenmesi davasını açabilir. Burada ortak yararların haklı gösterdiği yasal temsil sözkonusudur. Olayda, davalı taşınmazı diğer hissedarlardan haricen satın aldığı gösterir bir senet ibraz etmiştir. Her ne kadar tapulu taşınmaz için bu nitelikteki bir satış senedi geçersiz ise de bu senet karşısında az önce belirtilen yasal temsili haklı gösterir neden artık ortadan kalkmıştır. Diğer bir anlatımla davalının elatmasının önlenmesi davasında diğer hissedarları temsil ettiğinden söz edilemez.*" şeklinde ifade edilmiştir³²³.

Başka bir Yargıtay kararında da ortak menfaati koruma yetkisinin temsil niteliğinde olduğu şu şekilde ifade edilmiştir: "*Paydaşlardan her biri, ortak menfaatler için diğer paydaşları temsil edebilir. Projede tüm binaya çatı yapılması öngörülmüştür. Davalı müteahhit çatı yerine teras yapmış, mahkemece sadece davacının katı üzerinde çatı yaptırılmasına karar verilmiştir. Çatı apartmanın ortak yerlerindendir. MK'nun 625 inci maddesi hükmü uyarınca paydaşlardan her biri ortak menfaatler için diğer paydaşları temsil edebilir. O halde mahkemece bu yön gözetilerek tüm binaya şamil olmak üzere çatının yaptırılmasına karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.*"³²⁴.

³²³ Karar için bkz. **UYAR**, C.1, s.659 ve www.kazanci.com, siteye giriş: 26/11/2014. Benzer yönde Yargıtay 1. HD'nin 01.10.1997 Tarih, E.10094 ve K.11467 sayılı kararı için bkz. **KARAHASAN**, Mülkiyet 2, s. 1611.

³²⁴ Yargıtay 13. HD'nin 25.04.1975 Tarih, E.5683 ve K.2730 sayılı kararı için bkz. **KARAHASAN**, Mülkiyet 2, s.1623.

Bu görüşe ilişkin eleştirilere ve ortak menfaati koruma yetkisinin teknik anlamda bir temsil yetkisi olup olmadığına dair kanaatimize, “Görüşlerin Eleştirisi ve Kanaatimiz” başlığı altında ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

B- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Vekâletsiz İş Görme Niteliğinde Olduğunu Kabul Eden Görüş

Bu konuda öğretide savunulan ikinci görüşe göre, elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatin korunması (TMK m.702/IV) gerçek anlamda vekâletsiz iş görme niteliğindedir. Bu görüşte olan Kılıçoğlu, TMK m.693/III’teki yetkinin yasal bir temsil yetkisi olduğunu, TMK m.702/IV’te temsilden söz edilmediği için bu yetkinin gerçek anlamda bir vekâletsiz iş görme olduğunu savunmaktadır³²⁵. Yazar bu görüşünü “*Paylı mülkiyette 693. maddenin 3. fıkrasında eski 625. maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması için yasal yollara başvuran paydaş ya da bir kısım paydaşların, ‘diğer paydaşları temsil’ ettikleri kabul edilmiştir. Elbirliği mülkiyetle ilgili 702. maddede ise ‘temsilden’ söz edilmemiştir. Buna göre, ortaklığı koruyucu yasal yollara başvuran ortak, diğerlerini temsilen değil, kendi adına hareket etmektedir. Ancak, yasa bu korumadan diğer ortakların da yararlanacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda, burada gerçek anlamda bir vekaletsiz iş görmeden (BK m.410 vd.) söz edilebilir.*” şeklinde ifade etmektedir.

Yazar, TMK m.693/III’te bahsi geçen temsil sözcüğünün teknik anlamda temsil yetkisi olarak değerlendirmekte ve paylı mülkiyette ortak menfaatin korunması bakımından paydaşların, diğer paydaşları temsil edebileceklerini kabul etmektedir. Buna karşılık, TMK m.702’de temsilden söz edilmediği için elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatin korunmasını gerçek anlamda vekâletsiz iş görme olarak değerlendirmektedir.

Ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek anlamda vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığına ilişkin kanaatimizi açıklarken, öğretide ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olduğunu söyleyen

³²⁵ KILIÇOĞLU, s.375.

başka bir görüş olmasa da, biz ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme koşullarını taşıyıp taşımadığını da inceleyeceğiz.

C- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Olağan Yönetim İş Niteliğinde Olduğunu Kabul Eden Görüş

Öğretide ya da uygulamada bu yönde bir görüş bulunmamakla birlikte; ortak menfaati koruma yetkisinin kullanılması sonucunda, birlikte mülkiyet çerçevesinde esasen yapılması gereken bir işin, tek bir paydaş tarafından yapılması söz konusu olduğundan, bu yetkinin TMK m.690 hükmünce paydaşlardan her birine tek başına hareket imkânı veren olağan yönetim işleri kapsamına girdiği de savunulabilecektir. Bu nedenle ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin mevcut ve muhtemel görüşleri değerlendirirken, bu yetkinin olağan yönetim işi olarak kabul edilebilip edilemeyeceğine ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

D- Görüşlerin Eleştirisi ve Kanaatimiz

Ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin öğretilerdeki görüşlere ve düşünülebilecek diğer ihtimallere yukarıda değinmiştik. Şimdi sırasıyla bu görüşlere ilişkin değerlendirmelere ve eleştirilere değindikten sonra ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğine ilişkin kanatimizi açıklayacağız.

a- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Teknik Anlamda Bir Temsil Yetkisi Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

Temsil, bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapması olarak tanımlanabilir³²⁶. Temsilde bir kişinin (temsilci) yapmış olduğu hukuki işlem, başka bir kişi (temsil olunan) için sonuç doğurmaktadır³²⁷.

³²⁶ EREN, Borçlar Genel, s.424; SAFA REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul 2014, s.148, (Borçlar).

³²⁷ NİHAT YAVUZ, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, B.2, Ankara 2015, s.405, (Borçlar).

Temsil, doğrudan temsil³²⁸ ve dolaylı temsil³²⁹ olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan temsil, temsilin olağan şekli olup, bir kimsenin başka bir kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapmasıdır³³⁰. Doğrudan temsilde başka bir işleme gerek olmaksızın, yapılan hukuki işlemde doğan hak ve borçlar doğrudan doğruya temsil olunan kişinin hukuk alanında sonuç doğurur³³¹. Dolaylı temsil ilişkisinde temsilci, hukuki iş ya da işlemi kendi adına, temsil olunan hesabına yapmaktadır. Hukuki işlemde doğan bütün hak ve borçlar önce temsilciye ait olmakta; temsilci daha sonra ayrı bir işlemle bu hak ve borçları temsil olunana devretmektedir³³².

Bir kişinin yapmış olduğu bir hukuki işlemin başka bir kişi için sonuç doğurması, ortak menfaati koruma yetkisinin temsil yetkisi olabileceğini akla getirmektedir. Ancak, doğrudan temsil ilişkisinde, temsilcinin söz konusu hukuki işlemi başka bir kişi, yani temsil olunan adına yapıyor olması, ortak menfaati koruma yetkisinin doğrudan temsil yetkisi olma ihtimalini tamamen ortadan kaldırmaktadır. Zira ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında hukuka uygun olarak iş ya da işlem yapan paydaş, o iş ya da işlemi diğer paydaşlar adına değil, bizzat kendi adına ve hesabına yapmaktadır³³³. Paydaş, diğer paydaşların yasal temsilcisi değildir³³⁴.

Ortak menfaati koruma yetkisini kullanan paydaşın hukuka uygun iş ya da işlemleri kendi adına yapıyor olması akla dolaylı temsil ilişkisini getirmekte ise de dolaylı temsil ilişkisinden farklı olarak, ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaş söz konusu işlemi hem kendi adına hem de kendi hesabına yapmaktadır.

³²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **M. MURAT İNCEOĞLU**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

³²⁹ Dolaylı temsil kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **CEVDET YAVUZ**, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

³³⁰ **EREN**, Borçlar Genel, s.427; **N. YAVUZ**, Borçlar C.1, s.406.

³³¹ **EREN**, Borçlar Genel, s.427; **REİSOĞLU**, Borçlar, s.149; **DOĞAN ŞENYÜZ**, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, B.7, Bursa 2013, s.71; **N. YAVUZ**, Borçlar C.1, s.405.

³³² **EREN**, Borçlar Genel, s.429-430; **REİSOĞLU**, Borçlar, s.149; **ŞENYÜZ**, s.72.

³³³ Kılıçoğlu, paylı mülkiyette paydaşın diğer paydaşları temsil ettiğini kabul etmekle birlikte, elbirliği mülkiyetinde ortaklığı koruyucu yasal yollara başvuran ortağın diğer ortakları temsilen değil, kendi adına hareket ettiği fikrindedir. Bkz. **KILIÇOĞLU**, s. 375. Biz paylı mülkiyet-elbirliği mülkiyeti ayrımı yapmadan, ortak menfaati koruma amacıyla hareket eden malikin kendi adına hareket ettiğini düşünmekteyiz.

³³⁴ **SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP**, N.743.

Paydaş, diğer paydaşları temsilen değil, kendi çıkarları için işlem yapmaktadır. Yapılan iş ya işlemlerin bütün hukuki sonuçları, ortak menfaati koruyan paydaş üzerinde doğar ve paydaş daha sonra hukuki ilişkiden kaynaklanan hak ve borçları diğer paydaşlara devretmez. Bu nedenle, ortak menfaati koruma yetkisinin, dolaylı temsil ilişkisindeki temsil yetkisi niteliğinde olduğunu kabul etmenin de mümkün olmayacağı fikrindeyiz.

TMK m.693/III hükmünde “temsil” teriminin kullanılmış olması, paydaşlardan birinin, paylı mal ile ilgili bir hususta diğerlerinin temsilcisi olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. Burada anlatılmak istenen şey, her bir paydaşın diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde, paylı mala ilişkin bölünemeyen objektif ortak menfaati korunma yetkisine sahip olduğu ve bu korumadan diğerlerinin de yararlanacağıdır³³⁵. Paydaşların olumlu sonuçtan yararlanıp, olumsuz sonuçtan etkilenmemeleri de bu yetkinin temsil yetkisi olmadığını açıklar³³⁶. Ayrıca “*Yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlar.*” şeklindeki TBK m.40 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, temsil sadece hukuki işlemler bakımından söz konusu olmaktadır. Oysa aşağıda “Ortak Menfaatin Korunduğu Özel Haller” ana başlığı altında ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, ortak menfaatin korunması sadece hukuki işlemler için değil, maddi fiiller ve hukuki işlem benzeri fiiller yoluyla da sağlanabilir. Bu yönüyle de ortak menfaati koruma yetkisinin teknik anlamda temsil yetkisi niteliğinde olmadığı açıktır.

Özetle, ortak menfaati koruma yetkisinin, teknik anlamda bir temsil yetkisi olarak değerlendirilemeyeceğini ve hükümde “temsil” sözcüğünün kullanımının yanlış olduğu uygulamada ve öğretide belirtildiği halde³³⁷, TMK m.693/III’te hâlâ “temsil” teriminin kullanılmış olmasını doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz.

³³⁵ BERTAN, s.394; TEKİNAY, s.400; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.588; SİRMEN, Eşya, s.278; Yargıtay’ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş:16/11/2011.

³³⁶ SEROZAN, s.238; SİRMEN, Eşya, s.278.

³³⁷ FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.93; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.418; SİRMEN, Eşya Ders, s.273; BERTAN, s.394; AKGÜN, s.517; GENÇCAN, s.3946; Yargıtay’ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş:16/11/2011; Yargıtay 4. HD’nin 17/01/1985 Tarih, E.1984/7821 ve K.1985/123 sayılı kararı için bkz. UYAR, C.1, s.659-660.

b- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Vekâletsiz İş Görme Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

Kılıçoğlu, elbirliği mülkiyetinde ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğini gerçek vekâletsiz iş görme olarak kabul etmekte ve öğretide ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olduğunu söyleyen başka bir görüş olmasa da, biz konuyu gerçek vekâletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bakımından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Vekâletsiz iş görme³³⁸, bir kimsenin hukuken yetkili veya yükümlü olmaksızın bir başkası veya kendi yararına bir başkasının işini görmesinden doğan hukuki ilişki olarak tanımlanabilir³³⁹. Vekâletsiz iş görmenin konusunu maddi fiiller, hukuki fiiller ve hukuki işlemler oluşturur³⁴⁰. Vekâletsiz iş görme, gerçek vekâletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁴¹. Gerçek vekâletsiz iş görmede, bir kimse başkasına ait bir işin görülmesi iradesiyle hareket etmekte iken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören bilerek ya da bilmeyerek başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere görmektedir³⁴². Öğretide, gerçek vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği “hukuki işlem benzeri fiil”³⁴³ olarak kabul edilirken, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme “haksız fiil” olarak kabul edilmektedir³⁴⁴.

³³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **HALUK TANDOĞAN**, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, AÜHFY No: 109, İstanbul 1957; **FİKRET EREN**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.738 vd. (*Borçlar Özel*); **MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, B.3, İstanbul 2014, s.225 vd., (*Borçlar*).

³³⁹ **EREN**, Borçlar Özel, s.738

³⁴⁰ **GÜMÜŞ**, Borçlar, s.227-228; **CEVDET YAVUZ/ FARUK ACAR/ BURAK ÖZEN**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.9, İstanbul 2014, s.1322

³⁴¹ Gümüş, vekâletsiz iş görmeyi, caiz gerçek vekâletsiz iş görme, caiz olmayan gerçek vekâletsiz iş görme, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ve kötüniyetli gerçek olmayan iş görme olmak üzere dörtlü bir ayrıma tabi tutmaktadır. Bu ayrım için bkz. **GÜMÜŞ**, Borçlar, s.225-226

³⁴² **PINAR UZUN ŞENOL**, Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Y.2014, s.295; **ŞENYÜZ**, s.414.

³⁴³ Bu görüş için bkz. **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s.1325; **N. YAVUZ**, Borçlar C.2, s.2791.

³⁴⁴ Bu görüş için bkz. **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s.1331; **N. YAVUZ**, Borçlar C.2, s.2791.

i- Ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme

Gerçek olan vekâletsiz iş görme iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan iş görme olarak tanımlanabilir³⁴⁵.

Vekâletsiz iş görmenin en önemli unsurlarından biri, görülen işin başkasına ait olmasıdır³⁴⁶. Gerçek vekâletsiz iş görmede de iş gören kişi, mutlaka başkasına ait bir işi görmelidir. Oysa ne TMK m.693/III'te paydaş, ne de TMK m.702/IV'te ortak başkasına ait bir işi görmemektedir. Paydaş ya da ortak kendi menfaatine olan ve kendisinin (paylı/ elbirliği halinde) mülkiyetinde bulunan eşyaya ilişkin bir işi görmektedir. Paydaş ya da ortak başkası adına da hareket etmez. Örneğin paylı mala haksız bir saldırı halinde paydaş kendi adına dava açmaktadır. Burada paydaşın kendi adına gördüğü bir işten, eş deyişle elde ettiği hukuki sonuçtan diğerleri de yararlanmaktadır. Bu nedenle, ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde olduğu görüşüne katılamıyoruz.

Gerçek vekâletsiz iş görmenin bir diğer unsuru da iş gören kişinin iş görme yükümünün ya da yetkisinin olmaması (vekâletsizlik) şartıdır³⁴⁷. Vekâletsiz iş görme deyimindeki “vekâletsiz” ifadesi ile kast edilen, vekâlet sözleşmesi ya da iş görme yükümlülüğünü öngören veya iş göreni işi görmeye yetkili kılan herhangi bir sözleşmenin ya da bir yasa hükmünün bulunmamasıdır³⁴⁸. İş gören, herhangi bir rızaya ya da hukuki bir sebebe dayalı olmadan başkası lehine iş görür³⁴⁹.

³⁴⁵ EREN, Borçlar Özel, s.740; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1323; AYDIN ZEVLİLİLER, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.10, Ankara 2008, s.351, (*Borçlar*); AYDIN ZEVLİLİLER/ K. EMRE GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.15, Ankara 2015, s.667; UZUN ŞENOL, s.295; ŞENYÜZ, s.415.

³⁴⁶ TANDOĞAN, s.95 vd.; EREN, Borçlar Özel, s.741; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1324; ZEVLİLİLER, Borçlar, s.351; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s.668; N.YAVUZ, Borçlar C.2, s.2791; GÜMÜŞ, Borçlar, s.228; UZUN ŞENOL, s.296; ŞENYÜZ, s.415.

³⁴⁷ EREN, Borçlar Özel, s.742; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1324; ZEVLİLİLER/ GÖKYAYLA, s.668; N.YAVUZ, Borçlar C.2, s.2792; GÜMÜŞ, Borçlar, s.228; UZUN ŞENOL, s.297; ŞENYÜZ, s.415.

³⁴⁸ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1324; GÜMÜŞ, Borçlar, s.228; UZUN ŞENOL, s.297.

³⁴⁹ EREN, Borçlar Özel, s.742.

Yukarıda paydaşın başkasının işini değil kendi işini yaptığından bahsettik. Diyelim ki paydaş işi diğer paydaşlar adına yapıyor olsun. Ortak menfaatin korunması amacıyla yapılan iş ya da işlemlerde, iş göreni (paydaşı), iş sahibine (diğer paydaşlara) karşı işi yapmaya yetkili kılan bir hukuki ilişkinin ya da durumun olmadığını söyleyemeyiz. Kanaatimizce zaten paylı mülkiyette TMK m.693/III paydaşa; elbirliği mülkiyetinde TMK m.702/IV ortağa bu yetkiyi vermektedir. Yani birlikte mülkiyette malikler, ortak menfaatin korunması kapsamında yürüttüğü işler için kanundan dolayı yetkilidirler. Dolayısıyla diğer maliklerin, işi yapan maliki o iş için yetkilendirmelerine gerek yoktur. Hatta ortak menfaati koruma amacıyla hareket eden malik, diğer maliklere haber dahi vermek mecburiyetinde değildir. Bu yönüyle de ortak menfaati koruma yetkisi gerçek anlamda vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilemez.

İş görenin borçları bakımından da gerçek vekâletsiz iş görme ile ortak menfaati koruma yetkisi birbirinden ayrılmaktadır. Şöyle ki: TBK m. 527/1'e göre *“Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur.”* Buna göre, iş gören kişi, işi vekilin özen borcunda olduğu gibi özenle görmek zorundadır³⁵⁰. Oysa ortak menfaatin korunması amacıyla hareket eden paydaşın sorumluluğundan bahsedilemez. Paydaş, kendi menfaati için hareket eder; kendi işini yapar. Diğer paydaşların temsilcisi ya da vekili değildir. Bir kimsenin kendi işini görürken gerekli özeni göstermediği için sorumlu tutulması söz konusu olamayacağından, ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın da ihmali ya da kusuru sebebiyle sorumlu olması söz konusu değildir.

Gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören, iş sahibine gördüğü iş ile ilgili bilgi ve hesap vermek zorundadır³⁵¹. Ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın, diğer paydaşlara hesap vermek mecburiyetinde olması söz konusu değildir. Örneğin ortak menfaati korumak amacıyla dava açan paydaş, davayı takip etmeyebilir, davadan feragat edebilir, davayı kazanma ihtimali yüksek olmasına rağmen sulh yoluna gidebilir. Hatta sulh yoluna gittiğinde, karşı taraftan bir ivaz elde ederse, bu ivazı diğer paydaşlarla paylaşmak zorunda da değildir. Bu ivazı veren taraf

³⁵⁰ EREN, Borçlar Özel, s.744; N.YAVUZ, Borçlar C.2, s.2800.

³⁵¹ EREN, Borçlar Özel, s.744.

da sonradan diğer maliklerin dava açması halinde ivaz ödediğini söyleyerek kendini savunamaz.

İş sahibinin borçları bakımından da gerçek vekâletsiz iş görme ile ortak menfaati koruma yetkisi farklılıklar gösterir. Şöyle ki: TBK m.529/I'e göre *"İşsahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır."* Buna göre, iş gören işi görürken, gerekli özeni göstermiş ise beklenen sonuç gerçekleşmemiş olsa dahi, o iş için yapmış olduğu masrafları iş sahibinden talep edebilir. Oysa ortak menfaatin korunması amacıyla yapılan iş ya da işlem ile beklenen sonuç gerçekleşmemiş ise, eş deyişle ortak menfaat sağlanmamış ise, ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın yapmış olduğu masrafları talep etmesi söz konusu değildir.

TBK m.529/I uyarınca, gerçek vekâletsiz iş görmede, iş sahibi, iş görenin gördüğü iş sebebiyle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu zarar maddi bir zarar olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir³⁵². Ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın, bu sebeple bir zarara uğraması halinde diğer paydaşların bu zarardan sorumlu olması söz konusu değildir. Bu yönde herhangi bir yasal düzenleme olmadığı gibi, böyle bir sonuç ortak menfaatin korunması kavramının ruhuna da uymaz. Zira, paydaş kendi menfaatine olan bir işi görmek amacıyla hareket eder ve onun elde ettiği olumlu sonuçtan diğerleri de yararlanır. Ortak menfaati koruma yetkisinin anlamı budur. Diğer paydaşlar sadece olumlu sonuçtan yararlanırlar, olumsuz sonuçtan etkilenmezler. Bu açıdan bakıldığında da gerçek vekâletsiz iş görme ile ortak menfaati koruma yetkisinin birbirlerinden farklı oldukları açıkça görülmektedir.

Ayrıca gerçek vekâletsiz iş görmede, işin iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olma şartı, vekâletsiz iş görenin sonuçları bakımından aranmamakta; sadece iş başladığı anda girilen işin iş sahibinin menfaatine ve iradesine uygun olması

³⁵² EREN, Borçlar Özel, s.747.

yeterli sayılmaktadır³⁵³. Oysa TMK m.693/III ve TMK m.702/IV kapsamında girişilen işin sonuçları önemlidir. Örneğin ortak menfaatin korunması kapsamında bir dava açılmışsa, dava sonunda verilen karar, ancak paydaşların ya da ortakların lehine ise bu hüküm onları etkileyecektir. Mahkemece aleyhe verilen kararlar ise sadece davayı açan paydaş yönünden kesin hüküm teşkil edecek, diğerleri bundan etkilenmeyecektir³⁵⁴.

Özetle belirtmek gerekirse, TMK m.693/III ile paydaşa, TMK m.702/IV ile de ortağa verilen bu yetki kapsamında yürütülen işler, gerçek vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilemez³⁵⁵.

ii- Ortak menfaati koruma yetkisinin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığına ilişkin değerlendirme

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme³⁵⁶, bir kimsenin bilerek ya da bilmeyerek bir başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak amacıyla görmesi olarak tanımlanmaktadır³⁵⁷. İş görenin, başkasının işini görme iradesi yoktur. İş görenin bir başkasının işini kendi menfaati için görmesi gibi bir üçüncü kişinin menfaati için görmesi halinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur³⁵⁸.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede de gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi iş gören, başkasına ait bir işi görmektedir. Ancak gerçek vekâletsiz iş görmeden farklı olarak burada iş gören, iş sahibinin menfaatine ve onun tahmin edilen iradesine

³⁵³ TANDOĞAN, s.41.

³⁵⁴ MEIER-HAYOZ, Art.648, N.10; HAAB, Art.648, N.2; BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.37, Art.648, N.8; TEKİNAY, s.403; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.148; KAYAOĞLU, s.23; Yargıtay'ın 21/06/1944 Tarih ve 13-30/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 16/11/2011.

³⁵⁵ Ortak menfaati koruma yetkisinin vekâletsiz iş görme olmadığı görüşü için bkz. BERTAN, s.395.

³⁵⁶ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYİN HATEMİ, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme” Kurumuna İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000; AZRA ARKAN AKBIYIK, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999.

³⁵⁷ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1330.

³⁵⁸ EREN, Borçlar Özel, s.750.

aykırı olarak iş görmektedir³⁵⁹. Bu sebeple, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede “vekâletsizlik”, gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi “iş görme yükümlülüğünü öngören veya iş göreni işi görmeye yetkili kılan herhangi bir sözleşmenin ya da bir yasa hükmünün bulunmaması” anlamına gelmez; “hukuka aykırılık” anlamına gelir. Daha açık bir ifadeyle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede, iş gören bir başkasının işini hukuka aykırı olarak görmektedir. Bu nedenle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hukuki niteliği “haksız fiil” olarak kabul edilmektedir³⁶⁰.

Ortak menfaatin korunmasında da paydaş, yaptığı iş ya da işlemleri kendi menfaatine yapmaktadır. Ancak, gerçek olan vekâletsiz iş görmeye ilişkin açıklamalar yaparken bahsettiğimiz gibi ortak menfaati korumayı amaçlayan paydaş, bir başkasının işini değil, kendi işini görmektedir. Ayrıca, ortak menfaati koruma yetkisi, tamamen kanundan kaynaklanan bir yetki olup, bu yetkinin kullanılmasının hukuka aykırılık teşkil etmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle, ortak menfaati koruma yetkisinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilebilmesi söz konusu değildir.

Kanaatimizce TMK m.693/III hükmü ile TMK m.702/IV hükmünün birbirinden bir farkı yoktur; her iki hükmün de anlatmak istediği şey aynıdır. TMK m.693/III her ne kadar temsil yetkisinden söz etse de burada teknik anlamda bir temsilin söz konusu olmadığını yukarıda ifade etmiştik. TMK m.702/IV’te temsilden söz edilmemiş olması da, burada vekâletsiz iş görmenin söz konusu olduğu anlamına gelmemelidir. Ayrıca, ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğini paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti için ayrı ayrı değerlendirmek de doğru değildir. Açıkladığımız nedenlerle, ortak menfaati koruma yetkisinin ne gerçek anlamda vekâletsiz iş görme ne de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme niteliğinde olmadığı kanaatindeyiz.

c- Ortak Menfaati Koruma Yetkisinin Olağan Yönetim İş Niteliğinde Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

³⁵⁹ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1331.

³⁶⁰ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.1331; N.YAVUZ, Borçlar C.2, s.2791.

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, ortak menfaati koruma yetkisinin bir tek paydaş tarafından dahi kullanılabiliyor olması, akla olağan yönetim işlerini getirmektedir. Olağan yönetim işleri kapsamında paydaşlardan biri tek başına bütün paydaşların lehine olan iş ya da işlemleri yapabilmektedir. Bu açıdan olağan yönetim işleri bakımından paydaşın sahip olduğu yetki ile ortak bir paydada buluşan ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için öncelikle yönetim kavramından³⁶¹ ne anlamak gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yönetim kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda Medeni Kanunumuzda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Paylı mülkiyette yönetimi düzenleyen TMK m.689 vd. maddelerde dahi yönetim kavramından ne anlamak gerektiğine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Öğretide, Medeni Kanunun bu tutumu, yönetim kavramını tarif etmenin çok zor olmasıyla açıklanmıştır³⁶².

Öğretide bir görüş, asıl nesneye ilişkin olan tasarruf işlemleri ve esaslı ekonomik değişiklikler dışında kalan bütün işleri yönetim işi olarak değerlendirmektedir³⁶³. Başka bir görüş ise, yönetim işlerini geniş anlamda ele almakta ve bu işleri de yönetim işi olarak kabul etmektedir³⁶⁴. Biz de yönetim işlerini geniş anlamda ele alıyor ve esaslı ekonomik değişiklikleri de olağanüstü yönetim işi olarak kabul ediyoruz. Ancak tasarruf işlemlerini yönetim işinden ayrı değerlendirmek gerektiği fikrindeyiz.

Olağan yönetim işlerini çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak anlatmış olduğumuz için burada tekrarlamayacağız. Ancak, paydaşlardan her birinin olağan yönetim işlerini yapmaya, özellikle küçük onarımları yaptırmaya ve tarımsal işleri yürütmeye yetkili olduğunu (TMK m.690) hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

Ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi niteliğinde olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle her ikisinin de yetki mi yoksa görev mi olduğunu ayrı ayrı tespit etmenin uygun olacağı fikrindeyiz. Olağan yönetim işinin

³⁶¹ Yönetim kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.101 vd.

³⁶² **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.101.

³⁶³ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.104-105.

³⁶⁴ **ÖZMEN**, Paydaşıktan Çıkarma, s.32; **ESENER/ GÜVEN**, s.189; **AYBAY/ HATEMİ**, s.127.

paydaş için yetki mi yoksa görev mi olduğu hususunun tartışmalı olduğuna, olağan yönetim işini anlatırken değinmiştik. Ortak menfaati korumanın, paydaşlar için bir yükümlülük değil bir yetki olduğunu, hiçbir paydaşın bu yetkiyi kullanmaya mecbur olmadığını kabul etmek gerektiği fikrindeyiz. Paydaş, ortak menfaati koruma yetkisine tek başına sahiptir. Ancak bu yetkiyi kullanıp kullanmamakta serbesttir. Bu yetkiyi kullanmadığı için onun sorumluluğuna gidilemez. Gerek TMK m.693/III'ün, gerekse TMK m.702/IV'ün ifadesi bu yöndedir. Her iki hükümde de “*sağlayabilir*” sözcüğü kullanılmaktadır. Bu ifadeden paydaşın da, ortağın da, ortak menfaatin korunmasını sağlamaya mecbur olmadığı anlaşılmaktadır. Paydaş bu iş ya da işlemleri yapmaya zorlanamayacağı gibi, yapmadığı için onun sorumluluğuna da gidilemez³⁶⁵.

O halde olağan yönetim işinin yetki ya da görev olarak kabul edilmesine göre ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi niteliğinde olup olamayacağı hususunu değerlendirebiliriz. Eğer olağan yönetim işini “*yetki*” olarak kabul edersek, şimdiye kadar yapılan açıklamalar ışığında, ortak menfaati koruma yetkisi için de “*olağan yönetim işidir*” diyebiliriz. Ancak olağan yönetim işini görev olarak kabul edersek ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olduğunun kabulü mümkün olmayacaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, biz olağan yönetim işinin yetki olarak kabul edilmesinin daha isabetli olacağı fikrindeyiz. Sadece bu hususa göre değerlendirildiğinde, ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olduğu düşünülebilirse de aşağıda değineceğimiz hususlar fikrimizin bu yönde olmadığını ortaya koyacaktır.

Ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olduğu kabul edildiğinde, elbirliği mülkiyeti bakımından bu yetkiyi açıklamak oldukça zor olmaktadır. Elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyette olduğu gibi yönetim işlerinin sınıflandırılması söz konusu değildir. Elbirliği mülkiyetinde, aksine bir hüküm bulunmadıkça, bütün yönetim işleri ortakların oybirliği ile yapılır (TMK m.702/II). Özel bir düzenleme ile yetkilendirilmediği sürece ortağın tek başına yapabileceği bir yönetim işi bulunmamaktadır. Oysa TMK m.702/IV, ortağa tek başına hareket etme imkânı vermektedir. Ortak menfaati koruma yetkisini olağan yönetim işi olarak kabul edersek, elbirliği mülkiyetinde bu yetkinin oybirliği ile kullanılması gerektiği

³⁶⁵ KAYAOĞLU, s.28.

sonucuna ulaşırız ki, TMK m.702/IV'ün amacı bundan çok uzaktır. Ancak TMK m.702/II'de “*Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça...*” denilmektedir. TMK m.702/IV'ün, “*kanunda yer alan aksine bir hüküm*” olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Eğer TMK m.702/IV'ü, TMK m.702/II'nin bir istisnası olarak değerlendirirsek, ortak menfaati koruma yetkisinin de bir yönetim işi olduğunu kabul edebiliriz. O zaman ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi niteliğinde olduğunu, elbirliği mülkiyeti bakımından da açıklamak mümkün olabilir.

Olağan yönetim işlerini düzenleyen TMK m.690/II'ye göre “*Zorunlu ve ivedi işlerin yapılmasına ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, paydaşların çoğunlukla alacağı kararla olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı düzenleme getirebilir.*” Olağan yönetim işleri için TMK m.690/I'de paydaşlardan her birine verilmiş olan yetkinin, TMK m.690/II hükmü ile kaldırılması söz konusu olabilmektedir. Buna göre paydaşların çoğunlukla alacakları bir kararla olağan yönetim işleri bakımından paydaşların tek başlarına yetkili olamayacakları kararlaştırılabilmektedir. Olağan yönetim işleri için söz konusu olan bu husus, ortak menfaati koruma yetkisi bakımından söz konusu değildir. Paydaşlardan her biri ortak menfaatin korunmasını tek başına sağlayabilir. Ortak menfaati koruma yetkisinin paydaşların çoğunlukla alacakları bir kararla değil, oybirliği ile alacakları bir kararla dahi kaldırılması söz konusu değildir. Aynı şekilde ortak menfaati koruma yetkisinin, oyçokluğu/ oybirliği ile alınan bir kararla maliklerden sadece biri tarafından kullanılacağı kararlaştırılmış olsa bile bütün malikler tek başlarına ortak menfaati korumaya yönelik iş ya da işlemleri yapmaya yetkilidirler. Hatta bu yetkinin sadece maliklerden biri tarafından kullanılacağına ilişkin karar için bu yönde oy kullanmış olan malik dahi bu karara aykırı olarak ortak menfaati korumaya yetkilidir. Zira bu yetkinin kaldırılabileceğine dair bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, bu husus TMK m.693/III ve TMK m.702/IV hükümlerinin amacı ile de bağdaşmaz. O halde sadece bu açıdan bakıldığında dahi ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olarak kabul edilemeyeceği açıktır.

Ayrıca olağan yönetim işlerinde paydaş, küçük onarımları yapmak ve tarımsal işleri yürütmek gibi daha basit ya da zorunlu ve ivedi işler için tek başına yetkilendirilmiştir (TMK m.690). Ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek

malik tarafından yapılabilecek işler olağan yönetim işlerinin kapsamını aşabilir. Örneğin mirasbırakanın TMK m.705/II’de sayılan hallerden biri neticesinde bildirici tescile gerek olmaksızın mülkiyetini kazandığı bir taşınmazı TMK m.716/II uyarınca kendi adına tescil ettirmede, sahte vekâletle bir üçüncü kişi adına tescil gerçekleşmiş ise, mirasçılardan her birinin tek başına tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma yetkisi vardır. Bu yetkinin yönetim işi olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir.

Birlikte mülkiyet konusu malı tehlike ve zararlardan korumak için alınacak acil tedbirlerin olağan yönetim işi mi, yoksa ortak menfaatin korunması mı olduğu hususu tartışmalıdır. Arpacı, paylı mülkiyette olağan yönetim işlerini incelerken, ertelenmesi halinde zarar doğuracak olan acele ve zaruri iş ve tedbirleri olağan yönetim işlerinden saymaktadır. Yazar konuyu şu şekilde dile getirmektedir: “*Kanun, ‘gibi’ edatını kullanmak suretiyle alelade yönetim işlerinin sadece ‘ufak tefek tamirat’ ile ‘ziraat işleri’nden ibaret olmadığını da belirtmek istemiştir (MK.624/II). Doktrinde, ertelenmesi halinde zarar doğuracak olan acele ve zaruri iş ve tedbirlerin dahi buraya girdiği kabul olunmaktadır. Bize göre de, bu görüş isabetlidir. Zira, müşterek malın her türlü tehlike ve zararlardan korunması, bütün paydaşların yararınadır. Esasen, kanun, ‘ufak tefek tamirat’ ve ‘ziraat işleri’ gibi işlerin herbir paydaş tarafından diğerlerinin iştirakine gerek olmadan yapılabileceği hükmünü sevk etmekle, söz konusu görüşün haklılığını da belirtmiş sayılmalıdır. Gerçekten, paydaşların tek başlarına yetkili olmamaları yüzünden zamanında yapılamayan önemsiz bir onarım, ileride daha fazla zarara yol açabilecektir. Keza, tarım işleri için de durum aynıdır. Mesela, zamanında budanmayan bir bağın, müteakip yıllarda verim düşüklüğü göstereceği ortadadır. Şunu demek istiyoruz ki, müşterek nesnenin muhafazası, onun tehlike ve zararlardan uzak tutulması için yapılması gerekli işlerin de alelade yönetim işlerinden sayılmasını, bizzat MK.625/II hükmünün istediğini söylemek yanlış olmayacaktır.*”³⁶⁶. Tekinay’a göre ise, acele ve zaruri iş ve tedbirlerin alınmasını olağan yönetim işi olarak kabul etmek isabetsizdir; bu tedbirlerin alınması ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirilmelidir³⁶⁷. Birlikte mülkiyet konusu malı tehlike ve zararlardan korumak için alınacak acil tedbirlerin olağan

³⁶⁶ ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.129-130.

³⁶⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.591; TEKİNAY, s.403.

yönetim işi mi, yoksa ortak menfaatin korunması mı olduğu hususunun tartışılıyor olması bile bize olağan yönetim işi ile ortak menfaati koruma yetkisinin ayrı şeyler olduğunu düşündürmektedir.

Ayrıca ortak menfaati koruma yetkisini olağan yönetim işi olarak kabul etmenin kanunun düzenlemesine de uygun olmadığı fikrindeyiz. Zira kanun koyucu isteseydi, olağan yönetim işlerini düzenleyen ve küçük onarım ve tarımsal işler ile zorunlu ve acil işleri örnek olarak sayan TMK m.690'da ortak menfaati koruma yetkisine de yer verirdi. Elbette bu hükümde sayılan işler örnek niteliğinde olup, olağan yönetim işlerini bu sayılanlarla sınırlayamayız. Ancak ortak menfaati koruma yetkisinin TMK m.693/III'te ve TMK m.702/IV'te ayrıca düzenlenmiş olmasının bir anlamı olmalı. Kanaatimizce kanun koyucu bu hususu ayrıca düzenleyerek ortak menfaati koruma yetkisinin, olağan yönetim işinden farklı bir yetki olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi olarak da değerlendiremeyeceği kanaatindeyiz.

d- Kanaatimiz

Yukarıda açıklandığı üzere, ortak menfaati koruma yetkisinin temsil yetkisi, vekâletsiz iş görme ya da olağan yönetim işi niteliğinde olmadığı fikrindeyiz. Ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğini açıklamaya yarayacak başkaca bir kanuni düzenleme de akla gelmemektedir.

Bir görüşe göre ortak menfaati koruma yetkisi paydaş için ayrı bir yetki değildir³⁶⁸; her paydaşın kendi hakkını korumak için başvurduğu önlemlerden, niteliği gereği ortak şeyin tümüne yaygın olanlardan, diğer paydaşların da yararlanması söz konusudur³⁶⁹. Oğuzman bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “*Ortak menfaatleri koruma, paydaş için ayrı bir yetki değildir. Her paydaşın kendi haklarını korumak*

³⁶⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.322; KARAHASAN, Eşya, s.170; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.145, 260; AYAN, Mülkiyet, s.72.

³⁶⁹ MEIER-HAYOZ, Art.648, N.10; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.322; KARAHASAN, Eşya, s.170; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.145, 260; AYAN, Mülkiyet, s.72.

için başvuracağı önlemlerden niteliği gereği bölünemeyip, malın bütününe etkili olanlardan, diğer paydaşların yararlanmasını ifade eder. MK m. 693/son'daki 'paydaşlardan her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.' hükmü bu anlamdadır. Yoksa, kanun her paydaşa diğer paydaşları temsil yetkisi tanımış değildir."

Ortak menfaati koruma yetkisini, her paydaşın kendi haklarını korumak için başvurduğu ve niteliği gereği bölünemeyen ve eşyanın bütününe etkili olan önlemlerden, diğer paydaşların yararlanması olarak değerlendirmek gerektiğini düşünmekle birlikte *bu* yetkinin, paydaş için ayrı bir yetki niteliğinde olmadığı şeklindeki görüşe katılmıyoruz. Niteliği gereği bölünemeyen ve birlikte mülkiyet konusu eşyanın bütününe etki eden iş ya da işlemlerin bütün paydaşlarca değil de tek bir paydaş tarafından yapılabilen olması özellik arz eden bir husustur. TMK m.693/III'te ve TMK m.702/IV'te bu yetkinin ayrıca düzenlenmiş olmasının bir amacı olmalıdır. Bu yolda bir hüküm olmasaydı, birlikte maliklerden biri bazı yetkileri tek başına kullanamayacak ya da tek başına dava açamayacak idi. Nitekim TMK m.702/IV ile elbirliği mülkiyetinde ortaklara bu yetki verilmeden önce, birçok Yargıtay kararında³⁷⁰ elbirliği mülkiyetinde ortakların tek başına dava açamayacağına hükmediliyor idi. Ortak menfaati koruma yetkisinin paydaşlar için ayrı bir yetki niteliğinde olmadığını savunan yazarlar tarafından da, TMK m.702/IV'te yeni bir hükümle ortaklardan her birinin topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceğinin kabul edildiği; bu hükümle elbirliği mülkiyetinde özellikle acele durumlarda her bir ortağa gerekli önlemleri alabilme imkânı getirildiği, bu hükümden önce taşınmaza elatmanın önlenmesi davalarında ortakların tümünün rızasının arandığı ifade edilmektedir³⁷¹. O halde, gerek TMK m.702/IV ile elbirliği mülkiyetinde ortaklara gerekse TMK m.693/III ile paylı mülkiyette paydaşlara verilen bu yetki kanundan doğan özel bir yetkidir. Burada kanunun istisnai ve özel yetki ile oluşturduğu bir hak söz konusu olup ortak menfaati koruma yetkisini, kanundan doğan sui generis bir yetki olarak kabul etmenin en uygun çözüm olacağı kanaatindeyiz.

³⁷⁰ Elatmanın önlenmesi davası için ortakların tamamının rızasının arandığı Yargıtay'ın 11/10/1982 Tarih, E.1982/3 ve K.1982/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz.30/11/1982 tarihli ve 17884 sayılı RG.

³⁷¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.346.

§9 ORTAK MENFAATİN KORUNDUĞU ÖZEL HALLER

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunduğu haller için birçok örnek sayılabilir. Örneğin paydaş olmayanlara karşı istihkak davası açmak, paydaş olmayanların haksız saldırılarının giderilmesi için dava açmak, mülkiyet hakkının tespiti için dava açmak, komşu taşınmazın sahibinin mülkiyet hakkını aşmasını veya bu hakkını kullanırken taşkınlık yapmasını önlemek için dava açmak, zilyetliğin korunması için dava açmak gibi birçok örnek sayabiliriz³⁷². Ortak menfaati koruma yetkisi kavramına, bu yetkinin kapsamına, hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara yukarıda yer verdik. Ancak konunun tam olarak anlaşılabilmesi için ortak menfaatin korunduğu özel hallerin ayrıntılı olarak incelenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Konuyu; irade açıklamaları ile ortak menfaatin korunması, zilyetlik çerçevesinde ortak menfaatin korunması, mülkiyet hakkına dayalı olarak ortak menfaatin korunması, idari yollardan ortak menfaatin korunması ve kat mülkiyetinde ortak menfaatin korunması olarak beş ana başlık altında incelemeye çalışacağız.

I- İRADE AÇIKLAMALARI İLE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI

TMK m.693/III ve TMK m.702/IV kapsamında ortak menfaatin korunması bazen tek bir paydaş tarafından yapılan maddi bir fiilin, bir hukuki işlemin ya da hukuki işlem benzeri fiilin, diğerleri adına da sonuç doğurması şeklinde karşımıza çıkar. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ortak menfaatin korunabilmesi için bölünemeyen bir menfaatin söz konusu olması gerekir. O halde tek bir paydaş tarafından gerçekleştirilen maddi fiilin, hukuki işlemin ya da hukuki işlem benzeri fiilin, diğerleri adına da sonuç doğurabilmesi için söz konusu işlem ya da fiilin bölünemeyen objektif bir menfaate ilişkin olması gerekir.

³⁷² Bu örnekler ve daha fazlası için bkz. **BERTAN**, s.396; **AYAN**, Mülkiyet, s.73.

A- Maddi Fiiller İle Ortak Menfaatin Korunması

Hukuki sonuç, irade açıklamasına değil de iradi olarak meydana getirilen bir değişikliğe bağlanmışsa maddi fiilden söz edilir³⁷³. Başlığımız irade açıklaması ile ortak menfaatin korunması olmakla birlikte, bir irade açıklaması söz konusu olmasa da irade ile yaratılan bir değişikliğe hukuki sonuç bağlanması sebebiyle, maddi fiiller ile ortak menfaatin korunması konusunu da bu başlık altında incelemenin uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Objektif ve bölünmeyen bir ortak menfaat söz konusu ise, bu menfaatin bir maddi fiil ile korunması da söz konusu olabilir. Bu konuda akla çok örnek gelmemekle birlikte, ortak eşyaya yöneltilmiş bir saldırının def edilmesi için kuvvet kullanılması, ortak menfaatin maddi fiil ile korunmasına örnek olarak gösterilebilir. TMK m.981 kapsamında kendisine kuvvet kullanma hakkı verilen zilyedin mutlaka tek başına zilyet olması şart değildir. Bir mala müşterek ya da elbirliği halinde zilyet olanların her biri de, o malın gasp edilmesi ya da saldırıya uğraması halinde bunu önlemek ve malı korumak için kuvvet kullanabilir. Birlikte mülkiyet konusu eşyanın zilyetliğini korumak için kuvvet kullanılması halinde ortak menfaat bir maddi fiil yoluyla korunmuş olur. Zilyetliğin kuvvet kullanma yoluyla korunması hususu, aşağıda “Zilyetlik Çerçevesinde Ortak Menfaatin Korunması” başlığı altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada anlatılmayacaktır.

B- Hukuki İşlemler ile Ortak Menfaatin Korunması

İrade açıklaması, arzu edilen ve hukukun bu arzuya bağladığı bir sonuca yönelmişse bir hukuki işlem den söz edilir³⁷⁴. Bütün hukuki işlemler için ortak menfaatin korunması söz konusu değildir. Malın tamamına ilişkin tasarruf işlemlerinin paydaşlardan biri tarafından yapılamayacağını, bu işlemleri bütün paydaşların birlikte yapmaları gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Borçlandırıcı

³⁷³ OĞUZMAN/ BARLAS, s.174; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.85; ÖZTAN, s.87-88.

³⁷⁴ OĞUZMAN/ BARLAS, s.173; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.84; ÖZTAN, s.86.

işlemlerin (taahhüt muamelesi) ise tek bir paydaş tarafından geçerli olarak yapılabileceğini, ancak bunun diğerlerini bağlamayacağını da belirtmiştik.

Ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için hukuki işlemin hem tek bir paydaş tarafından yapılabiliyor olması, hem diğerleri için de sonuç doğurması, hem de bunun bütün hak sahiplerinin objektif ortak menfaatine uygun olması gerekir. Örneğin birlikte mülkiyet konusu eşya lehine irtifak hakkı tesis edilmesi bu kapsamdadır. Örneğin paydaşlardan sadece biri, başka bir taşınmaz üzerinde kendi taşınmazları lehine zorunlu geçit hakkı³⁷⁵ kurulmasını talep edebilir. Bu hem paydaşlardan biri tarafından yapılabilen, hem bütün hak sahipleri için sonuç doğuran, hem de hepsinin ortak menfaatine olan bir hukuki işlemdir.

Aynı şekilde taşkın inşaat söz konusu ise, komşu taşınmaza taşan kısım üzerinde, ortak taşınmaz lehine aynı hak tesis edilmesini paydaşlardan her biri tek başına talep edebilir³⁷⁶. Zira bu durumda da bölünemeyen ve bütün maliklerin menfaatine olan bir hukuki işlem söz konusudur. O halde, komşu taşınmaza taşan kısım üzerinde, ortak taşınmaz lehine aynı hak tesis edilmesi de ortak menfaatin korunması kapsamındadır. Komşu taşınmaza taşan kısım üzerinde irtifak hakkı tesisinin ivazlı olması da durumu değiştirmez. Ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın, irtifak hakkı için ödediği ivazı diğer paydaşlardan isteyebilip isteyemeyeceğini, isteyebilir ise bu talebini hangi hükme dayandırabileceğini aşağıda “Ortak Menfaatin Korunması Amacıyla Yapılan Masraflar” başlığı altında inceleyeceğiz.

Birlikte mülkiyet konusu eşya lehine, paydaşlardan biri tarafından aynı hak kurulmasının ancak aynı hakkın karşılıksız olarak tanınması ve diğerlerine hiçbir yükümlülük getirmemesi halinde mümkün olabileceği, aksi halde diğer paydaşların da onayına ihtiyaç olduğu savunulmaktadır³⁷⁷. Örneğin malik, zorunlu geçit hakkını (TMK m.747) ancak bir bedel karşılığında isteyebilmektedir. Bu görüşe göre, zorunlu geçit hakkının bir karşı edimi gerekli kılması nedeniyle bu hakkın bir tek paydaş

³⁷⁵ Geçit hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **MEHMET HANDAN SURLU/ GÜLAY ÖZTÜRK**, Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları, B.4, Ankara 2013.

³⁷⁶ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.589, dn 21.

³⁷⁷ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.589, dn 21.

tarafından ileri sürülebilmesi, diğer maliklerin menfaatleri ile bağdaşmayacaktır³⁷⁸. Kanaatimizce birlikte mülkiyet konusu taşınmaz lehine aynı hak tesis edilmesi, bütün hak sahiplerinin ortak menfaatine olan bir işlemdir. Paydaşlardan birinin tek başına, ortak taşınmaz lehine aynı hak tesis edebilmesi için bu aynı hakkın mutlaka karşılıksız olmasını aramamak gerektiği fikrindeyiz. Paydaşlardan her biri tek başına, ortak taşınmaz lehine olan zorunlu geçit hakkının ya da başka bir aynı hakkın tesisini isteyebilmelidir³⁷⁹. Zorunlu geçit hakkını düzenleyen TMK m.747'nin gerekçesi de bu yöndedir. Buna göre: “*Maddenin birinci fıkrasında kullanılan ‘malik’ deyimi paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini arttıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir.*”.

SURLU/ ÖZTÜRK, TMK m.693/III'ten hareketle paylı mülkiyette paydaşlardan birinin tek başına, ortak taşınmaz lehine zorunlu geçit hakkının tesisini isteyebileceğini savunurken, elbirliği mülkiyetinde zorunlu geçit hakkı için açılacak davalarda ortakların hep birlikte hareket etmesi gerektiğini söylemektedir. Yazarlar, “*Zorunlu Geçit Hakkı Davalarında Davacı*” başlığı altında yer alan “*Elbirliği Mülkiyetine (İştirak Halinde Mülkiyete) Konu Taşınmazlarda*” alt başlığı ile konuyu şu şekilde dile getirmektedir: “*TMK'nın 702/2 maddesi hükmü uyarınca, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortaklıkların oybirliğiyle karar vermeleri gerektiğinden, bunun doğal sonucu olarak bir davayı birlikte açmaları icap eder, ilke olarak ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı vardır. Ancak bir elbirliği ortağının tek başına dava açması halinde, açılan bu davaya devam edebilmesi için, öteki ortakların ya davaya olur vermeleri, ya da davanın miras şirketine atanacak temsilci vasıtasıyla sürdürülmesi zorunludur.*”³⁸⁰

Kanaatimizce paylı mülkiyette TMK m.693/III'ün paydaşa verdiği bu yetkiyi, TMK m.702/IV de ortağa vermektedir. Başka bir deyişle, paylı mülkiyete tabi taşınmaz lehine paydaşlardan her birinin tek başına zorunlu geçit hakkının tesisi için

³⁷⁸ ERGUN ÖZSUNAY, Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s.79-80, (Geçit Hakkı).

³⁷⁹ Benzer görüş için bkz. SURLU/ ÖZTÜRK, s.110.

³⁸⁰ SURLU/ ÖZTÜRK, s.112.

dava açabileceği şeklindeki çözüm tarzının elbirliği mülkiyeti bakımından da benimsenmesi gerekir ve ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında ortaklardan her biri tek başına elbirliği mülkiyetine tabi bir taşınmaz lehine zorunlu geçit hakkının tesisini isteyebilmelidir. Zorunlu geçit hakkı için hâkimce saptanan ivazı ödeyen paydaşın, kendi payından fazlası için diğer paydaşlara rücu edebilip edemeyeceğini “Ortak Menfaatin Korunması Amacıyla Yapılan Masraflar” başlığı altında inceleyeceğiz.

Zorunlu geçit hakkı kapsamında olmayan bir ivazlı geçit hakkı için paydaşlardan birinin tek başına hareket edemeyeceği; ancak söz konusu ivazı kendisinin ödemesi ve diğer paydaşlar için herhangi bir yükümlülüğün söz konusu olmaması halinde paydaşa tek başına hareket imkânı tanımak gerektiği fikrindeyiz. Aynı şekilde zorunlu geçit hakkı kapsamında olmamakla birlikte, bir ivaz gerektirmeyen geçit hakkını paydaşlardan birinin tek başına gerçekleştirebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin komşu parselin maliki, geçit hakkını hatra binaen (causa donandi; bağışlama sebepli), hiçbir karşılık beklemeden sağlamakta ise paydaşlardan biri tek başına bu geçit hakkının tescilini sağlayabilmelidir. Zira bu durumda bütün paydaşların ortak menfaatine olan, ortak taşınmazın kullanılabilirliğini, dolayısıyla değerini arttıran bir işlem söz konusudur. Paydaşlardan birinin ya da birkaçının kişisel sebeplerle komşu parselin malikinin bağışını kabul etmek istememesi, söz konusu geçit hakkı tesisi işleminin ortak menfaat kapsamında değerlendirilemeyeceği anlamına gelmez.

Zorunlu kaynak hakkı bakımından da zorunlu geçit hakkı için vardığımız sonuçlar aynen geçerli olup ortak menfaatin korunduğu bütün hukuki işlemlere örnek vermemiz mümkün olamayacağından, konuyu birkaç örnekle anlatmanın yeterli olduğu fikrindeyiz. Özetle, burada yer veremediğimiz, ancak bölünemeyen bir hususa ilişkin olan ve bütün maliklerin objektif ortak menfaatine olan bütün hukuki işlemlerin ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek malik tarafından dahi yapılabileceğini belirtmek isteriz.

C- Hukuki İşlem Benzeri Fiiller ile Ortak Menfaatin Korunması

Hukuki sonuç düşünölsün ya da düşünölmesin, pratik bir sonuca yönelmiş arzu açıklamasına hukuki sonuç bağlanmışsa, hukuki işlem benzeri fiilden bahsederiz³⁸¹. Akla gelen ilk örnekler ihbar ve ihtarlardır. Örneğin alacaklının ihtar yoluyla alacağını talep etmesi ile borçluyu temerrüde düşürme arzusu olmasa dahi, ihtarın borçluya ulaşması ile borçlu temerrüde düşer. Temerrüt alacaklının iradesinden bağımsız olarak doğan bir sonuç olduğundan, temerrüt ihtarı bir hukuki işlem değil, hukuki işlem benzeri fiil niteliğindedir³⁸².

Hukuki işlem benzeri fiillerin paydaşlardan biri tarafından yapılabilip yapılamayacağını ve bunun ortak menfaati koruma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemekten önce bazı soruların yanıtlanması konunun daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz. Örneğin birlikte mülkiyete konu olan eşya kiraya verilmiş ise, kiracının kira bedelini ödememesi halinde hak sahiplerinden birinin yapacağı ihtar kiracıyı temerrüde düşürür mü, yoksa bütün hak sahiplerinin hep birlikte mi ihtar çekmesi gerekir; paydaşlardan biri tarafından çekilen temerrüt ihtarı ile kira bedelini ödemeyen kiracı temerrüde düşerse, sadece ihtar çeken paydaşın payı oranındaki bir kira bedeli için mi temerrüdün sonuçlarına katlanır, yoksa temerrüt kira bedelinin tamamı için mi söz konusu olur vb. soruların yanıtlanması, hukuki işlem benzeri fiiller ile ortak menfaatin korunabilip korunmayacağına ilişkin bir kanaate varmamıza yardımcı olacaktır. Kira sözleşmesi açısından bu yanıtların ayrı bir önemi vardır. Uygulamada oldukça sık karşımıza çıkan ve kiraya verenin kiracıyı tahliye edebilmesi açısından yaygın olarak iki haklı ihtara dayalı tahliyede, tahliye imkân sağlayacak haklı ihtarların kimler tarafından gönderilmesi gerektiği de bu konuya verilecek yanıtla bağlantılı olacaktır.

Birlikte mülkiyet konusu eşyayı birlikte kiraya veren paydaşlardan herhangi birinin ortak menfaatler için çekeceği ihtardan diğerlerinin de yararlanabilip yararlanamayacağının tayini için kira sözleşmesine bakmak gerekir. Müteselsil bir

³⁸¹ OĞUZMAN/ BARLAS, s.174; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.84.

³⁸² OĞUZMAN/ BARLAS, s.174; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.84.

borçluluk ya da alacaklılık olup olmadığına göre ya da çekilen ihtarın bölünemeyen bir menfaate ilişkin olup olmadığına göre sonuca varılmalıdır³⁸³.

Sözleşme ile müteselsil alacaklılık öngörülmesi durumunda, bir tek paydaş tarafından çekilen ihtardan diğerlerinin yararlanabilip yararlanamayacağı sorusu kolayca yanıtlanacaktır. Zira müteselsil alacaklılıkta alacağın bölünemeyen ya da bölünebilir bir alacak olmasının bir önemi yoktur. Çünkü alacaklılar arası teselsülde her bir alacaklı, alacak bölünebilir olsa dahi edimin tamamının kendisine ifa edilmesini talep edebilir³⁸⁴. Bu durumda ihtarın bölünemeyen bir menfaate ilişkin olup olmadığını değerlendirmeye gerek kalmaksızın, paydaşlardan biri tarafından çekilen ihtardan diğer paydaşların da yararlanabileceği sonucuna ulaşabiliriz. Ancak bölünebilir nitelikteki bir alacağın, alacaklılar arası teselsül (TBK m.169) nedeniyle bir tek paydaş tarafından talep edilmesi ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemez.

Özellikle, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin sona ermesi halini düzenleyen TBK m. 352’de bahsi geçen ihtarların bir tek paydaş tarafından çekilmiş olması halinde, bu ihtarın bütün paydaşlar için bir

³⁸³ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.589 dn.21a; **TEKİNAY**, s.401, dn.21a. Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti bakımından müteselsil borçluluk ya da alacaklılık söz konusu ise bir tek paydaş ya da ortak tarafından çekilen ihtarın diğerleri için de sonuç doğuracağını söyleyebiliriz. Aksine bir düzenleme yoksa paylı mülkiyette paydaşların borçlar bakımından aralarında teselsül ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte, elbirliği mülkiyetinde kural olarak ortaklar borçlardan dolayı müteselsilen sorumludurlar (TMK m.641/I; TBK m.638- EBK m.534). Öğretide elbirliği mülkiyetinde borçlardan ötürü müteselsil sorumluluk yerine elbirliğiyle sorumluluğun daha uygun olacağı savunulmaktadır. Bkz. **SEROZAN**, s.248; Yazara göre: “*Aslında elbirliği ortaklığına alacaklardaki elbirliği alacaklılığına koşut olarak borçlardan ötürü elbirliğiyle sorumluluk yakışırdı. O zaman ortakların alacaklıları ortakları bir araya getirip kovuşturmak zorunda kalırlardı. Ne var ki yasa sırf alacaklıların hatırına, değişik bir yol izlemiş ve bu yolda alacakla borç arasında bir uyumsuzluk (asimetri) yaratmayı göze almıştır.*”. Borçlar bakımından paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti ayrı düzenlemelere tabi iken, kural olarak alacaklılık bakımından ikisi için de teselsül söz konusu değildir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların borçlardan müteselsilen sorumlu olacağını düzenleyen kanun koyucu, ortakların alacaklı olmaları halinde aralarında teselsül ilişkisinin olacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. Elbirliği ortaklığında ortakların elbirliği halinde alacaklı olduğu kabul edilmektedir. Elbirliği halinde alacaklılıkta elbirliği ilişkisine konu olan alacak tek bir alacaktır. Alacaklılar arası teselsülün aksine, birden fazla kimse bir tek alacak üzerinde, bölünmemiş ve ortak bir alacak hakkına sahiptir. Bkz. **FARUK ACAR**, Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003, s.90, (*Teselsül*). O halde, kural olarak gerek paylı mülkiyette gerekse de elbirliği mülkiyetinde paydaşlar ya da ortaklar bakımından alacaklılar arası teselsülden söz edemeyiz. Ancak bu kesin bir kural değildir, bunun aksine düzenleme yapılmasına engel yoktur.

³⁸⁴ **ACAR**, *Teselsül*, s.62.

hukuki sonuç yaratıp yaratmayacağı hususunun tespiti uygulamada karşılaşılan birçok probleme ışık tutacaktır.

Kiracının kira bedelini ödemede temerrüde düşmesi halinde birlikte hak sahiplerinin başvurabilecekleri yollar “*Seçimlik haklar*” başlıklı TBK m.125’te (EBK m.106’da) düzenlenmiştir. Buna göre paydaşlar kiracıdan ifa ve gecikme tazminatı isteyebilecekleri gibi; ifadan vazgeçip, ifa etmeme sebebiyle uğradıkları zararı isteyebilirler ya da sözleşmenin feshi yoluna gidebilirler.

Temerrüt ihtarıyla korunan menfaat, TBK m.125’te yer alan haklardan birini seçme hakkıdır. Temerrüt ihtarında bulunan paydaş, hukuki işlem benzeri bu fiili ile seçimlik hakları kullanma şansını bütün paydaşlar lehine yakalamış olur; seçimlik haklardan hangisinin seçileceği hususunda karar verme yetkisi bakımından diğer paydaşlara göre bir öncelik hakkı kazanmaz. Bu haklardan hangisinin nasıl seçileceği hususu iç ilişkiyi ilgilendirir. Hangi seçimlik hakkın kullanılacağı, duruma göre pay ve paydaş çokluğu ya da oybirliği ile alınacak bir kararla belirlenebileceği gibi, aksine bir anlaşma ile bu yetki paydaşlardan birine verilmiş de olabilir. Hangi seçimlik hakkın kullanılacağı konusunda karara varılamaması halinde hâkime başvurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Temerrüt sebebiyle sözleşmenin feshi paylı mülkiyet bakımından pay ve paydaş çoğunluğunun, elbirliği mülkiyeti bakımından ise oybirliğinin sağlanması ile mümkün olmaktadır. Kiracıdan kaynaklanan sebeplerle konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmenin sona ermesi halini düzenleyen TBK m. 352’de bahsi geçen ihtarların bir tek paydaş tarafından çekilmiş olmasının, paydaşların kiracının temerrüdü sebebiyle sözleşmenin feshi ve kiracının tahliyesi yoluna gitmeleri için yeterli olup olmadığı sorusuna Yargıtay olumsuz cevap vermektedir. Yargıtay’a göre paylı mülkiyette temerrüt nedeniyle tahliye davası açmak için pay ve paydaş çoğunluğu sağlanması ve temerrüt ihtarının da bu kişiler tarafından çekilmesi gerekir³⁸⁵. Anılan Yargıtay

³⁸⁵ Yargıtay 6. HD’nin 30/04/2001 Tarih, E.2001/2587 ve K.2001/2756 sayılı kararı. Söz konusu kararda Yargıtay bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: “*Müşterek mülkiyete tabi kiralananın tahliyesi ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile istenebilir. Olayımızda davanın dayanağını oluşturan temerrüt ihtarını tek başına davacı keşide etmiş ve davayı da tek başına açmıştır. Kiralananın 3/20 payına sahip olan davacının kira parasından kendi payına isabet eden bölümü tek başına davalıya gönderdiği ihtarla isteyebileceği kuşkusuzdur. Ancak kiralananın tahliyesi ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile istenebilir. Bu itibarla tahliye istemi*

kararının, paylı mülkiyette temerrüt nedeniyle tahliye davası açmak için pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması gerektiği kısmına katılmakla birlikte temerrüt ihtarı için de aynı çoğunluğun aranması gerektiği kısmına katılamıyoruz. Kanaatimizce temerrüt sebebiyle ya da başka herhangi bir sebeple tahliye davası açılabilmesi için pay ve paydaş çoğunluğu aramak gerekir. Zira paylı malın kiraya verilmesi gibi, kira sözleşmesinin feshi ve dolayısıyla tahliye davası açılması önemli yönetim işidir (TMK m.691). Ancak ihtarname için aynı çoğunluğu aramamak gerekir. Temerrüt sebebiyle açılacak olan tahliye davasının temelini kiracının temerrüdü; kiracının temerrüdünün temelini de temerrüt ihtarnamesi oluşturmaktadır. Tahliye davası için pay ve paydaş çoğunluğunu aramak, ihtarname için de aynı çoğunluğu aramak gereğini doğurmaz. Zaten tahliye davası için pay ve paydaş çoğunluğu sağlanmış ise, bu çoğunluğu oluşturan paydaşların daha önce gönderilmiş olan temerrüt ihtarnamesine icazet verdikleri kabul edilmelidir. Tahliye davası için gerekli çoğunluk sağlanamaz ise zaten temerrüt ihtarnamesinin oybirliği ile çekilmiş olması dahi bir önem taşımayacaktır. Bu nedenle temerrüt ihtarnamesi için pay ve paydaş çoğunluğunun aranmaması gerektiği, bir tek paydaş tarafından dahi çekilmiş olan ihtarnamenin kira bedelini ödemeyen kiracıyı temerrüde düşürebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hatta iki haklı ihtarı aynı paydaşın çekmesi de şart değildir. Birinci ihtarı paydaşlardan biri, ikinci ihtarı diğeri çekmiş olabilir. Yeter ki ihtarlar gerekli yasal şartları yerine getirmiş olsun. Birlikte mülkiyet konusu taşınmaz, paydaşlardan birine kiralanmış ise borcunu yerine getirmeyen paydaş için de aynı çözüm tarzının benimsenmesi gerekir.

Hukuki işlem benzeri fiillerin bir diğeri de ihbarlardır. Ortak menfaatin korunması, hukuki işlem benzeri fiil olan ihbarlar yoluyla da söz konusu olabilir. Örneğin paylı olarak alınan bir malın ayıplı çıkması halinde, paydaşlardan biri tarafından tek başına ayıp ihbarında bulunulması halinde bu ihbarın doğuracağı hukuki sonuçlardan diğeri paydaşların da yararlanması mümkün olabilir.

yönünden aktin feshini bildiren ihtarnamenin pay ve paydaş çoğunluğu tarafından keşide edilmesi ve davanın da aynı şekilde yürütülmesi gerekir.” Karar için bkz. BALCI, s.98. Aynı yönde Yargıtay 6. HD’nin 13/02/1975 tarihli ve E.929, K.965 sayılı kararı için bkz. KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.1602.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un 10 uncu maddesine göre: “*Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir.*” Buna göre, bir malı satın alan tüketici, malı teslim aldığı tarihten itibaren 6 ay içinde malın ayıplı olduğunu satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getiren tüketici, 6502 sayılı yasanın “*Tüketicinin seçimlik hakları*” başlıklı 11 inci maddesiyle kendisine tanınan haklardan birini seçme şansına sahip olur. Buna göre tüketicinin ayıplı maldan dolayı dört seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bu haklar:

- Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
- Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme ve
- İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme haklarıdır³⁸⁶.

Paylı olarak alınan bir malın ayıplı çıkması halinde, tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların kullanılması için ayıp ihbarında bulunulması, bütün paydaşların ortak menfaatinedir. Paydaşlardan birinin tek başına ayıp ihbarında bulunması ile

³⁸⁶ Bursa Barosu Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen “*Tüketici Sözleşmelerinde 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve 4077 Sayılı Yasa ile Karşılaştırma*” başlıklı çalışmada, tüketicinin ayıptan doğan seçimlik haklarına ilişkin 6502 sayılı kanun ile getirilen yenilikler şu şekilde dile getirilmiştir: “*4077 sayılı yasa da bulunmayan ‘aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde’ ve ‘İmkân varsa’ kriterlerinin niteliğindeki belirsizlik ise üçüncü fıkradaki ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılamayacağı durumların izahı ile kısmen giderilmiştir. İkinci fıkra da yapılan düzenleme ile tüketicinin dört seçimlik hakkından dolayı öncelikli sorumluluk satıcıya verilmiş olmakla birlikte, ‘ücretsiz onarım’ ve ‘malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi’ taleplerini üretici veya ithalatçıya karşı da yöneltmesi imkânı tanınmıştır. Tüketicinin, ‘ücretsiz onarım’ veya ‘malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi’ taleplerinin yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçıya müteselsil sorumluluk yüklenmiştir. Dördüncü fıkra ile ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur, hükmü getirilmiştir. Buna göre 4077 sayılı yasa ve ilgili yönetmeliklerde azami tamir süresi olarak öngörülen süre 6502 sayılı yasada 11. madde dördüncü fıkra da düzenlenmiş bulunmaktadır. 11. madde altıncı fıkra ile de tüketicinin ayıp dolayısıyla uğramış olduğu zararlar için BK hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabileceği; seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafta (satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilecektir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olacaktır.” s. 2-3, www.bursabarusu.org.tr.*

bütün paydaşların menfaati korunmuş olur. Ayıp ihbarıyla korunan menfaat, “*ayıptan doğan hakları seçme hakkı*”dır. Bu sebeple, ayıp ihbarı bir tek paydaş tarafından yapılmış olsa dahi bütün paydaşlar, sözleşmeden dönme, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme ve satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme hakları gibi bölünemez nitelikte taleplerde bulunabilecekleri gibi herkes kendi payı nispetince ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme hakkına da sahip olur. Temerrüt ihtarında olduğu gibi, ayıp ihbarında bulunan paydaş, hukuki işlem benzeri bu fiili ile seçimlik hakları kullanma şansını bütün paydaşlar lehine yakalamış olur; seçimlik haklardan hangisinin seçileceği hususunda karar verme yetkisi bakımından diğer paydaşlara göre bir öncelik hakkı kazanmaz. Bu haklardan hangisinin nasıl seçileceği hususu iç ilişkiyi ilgilendirir. Hangi seçimlik hakkın kullanılacağı, duruma göre pay ve paydaş çokluğu ya da oybirliği ile alınacak bir kararla belirlenebileceği gibi, aksine bir anlaşma ile bu yetki paydaşlardan birine verilmiş de olabilir. Hangi seçimlik hakkın kullanılacağı konusunda karara varılamaması halinde hâkime başvurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Sözleşmeden dönmeyi önemli bir yönetim işi olarak kabul etmek gerektiği, dolayısıyla paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu ile, elbirliğiyle mülkiyette ise oybirliği ile bu yola başvurulabileceği kanaatindeyiz. Ancak sözleşmeden dönmek için gerekli çoğunluğun ya da oybirliğinin sağlanmış olması yeterli olmalı, ayıp ihbarı için aynı çoğunluk aranmamalı, tek bir paydaşın dahi ayıp ihbarında bulunmuş olması yeterli kabul edilmelidir. Başka bir deyişle sözleşmeden dönmek için sağlanan çoğunluğun ya da oybirliğinin, bir tek paydaş tarafından yapılan ayıp ihbarına icazet verdiği kabul edilmelidir. Kısacası diğer geçerlilik şartları mevcutsa³⁸⁷, bir tek paydaşın ayıp ihbarında bulunması mümkün olmalıdır.

Tüketiciden ve ayıplı ifadan bahsetmişken, bir tüketici işlemi olarak konut satın alınması halinde, söz konusu konutun vaadedilen şartları haiz olmaması halinde başvurulacak yollar ile ortak menfaatin korunması hususuna da değinmekte fayda vardır. Örneğin birçok inşaat firmasının, konut projesine ilişkin broşürde vaad ettiği birçok ortak sosyal alana, projede yer vermeyerek taahhüdünü ihlal ettiğine

³⁸⁷ Örneğin ihbar; hukuka, ahlaka, kamu düzenine, gerekli şekil şartlarına uygun ise, ihbarda bulunan paydaş ehliyetli ise vb., bir tek paydaşın ayıp ihbarında bulunması, ayıp ihbarı ile doğacak hukuki sonuçtan diğer paydaşların da yararlanması için yeterli olur.

rastlanmaktadır. Böyle bir durumda, söz konusu firmadan konut satın almış olan bir tek tüketicinin dahi, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tek başına dava açması ve havuz, tenis kortu, spor salonu gibi ortak sosyal tesisin yapılmasına karar verilmesini isteme hakkı vardır. Sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesi ile bütün konut sahiplerinin menfaatini korunmuş olur. Aynı şekilde, inşaat firmasının konutların tapuda devrini yapmaya yanaşmaması halinde, tek bir tüketici dahi, toplu yapı kapsamında tüm bağımsız bölümlerin kişisel hak sahipleri adına tescilini isteyebilmelidir. TMK m.716'ya göre: “*Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.*” Kişisel hak sahibi tüketicinin, taahhüdünü yerine getirmeyen inşaat firması aleyhine sadece kendi adına değil, tüm kişisel hak sahipleri adına tescile zorlama davası (TMK m.716) açma hakkına sahip olması gerektiğini düşünmekteyiz. Böyle bir durumda tescile zorlama davasını ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirmek gerekir.

Özetlemek gerekirse, bölünemeyen, objektif ve ortak bir menfaatin korunması için gerekli olan hukuki işlem benzeri fiiller, bir tek paydaş tarafından yapılmış olsa dahi, bütün paydaşlar için olumlu sonuç doğururlar. Bu tür bildirimlerde bulunulmaması halinde, paydaşların katlanmak zorunda kalacakları olumsuz durum düşünüldüğünde; bir tek paydaş tarafından yapılmış olan hukuki işlem benzeri fiillerin, bütün paydaşlar için olumlu sonuç doğurması gerektiği şeklindeki çözümün doğruluğu daha net anlaşılabacaktır.

II- ZİLYETLİK ÇERÇEVESİNDE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI

Birlikte mülkiyetin eşya üzerinde doğurduğu zilyetlik ilginç sonuçlara gebe dir. Şöyle ki: Birlikte zilyetlik³⁸⁸ de birlikte mülkiyet gibi müşterek (ortak) zilyetlik ve

³⁸⁸ Bir kimse bir eşya üzerindeki dolaysız ya da dolaylı zilyetliğe tek başına sahipse tek başına zilyetlik söz konusu iken, bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin birden çok kişi tarafından kullanılması halinde birlikte zilyetlik söz konusu olur. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, bir eşya üzerinde bir kimse dolaylı zilyet iken diğeri dolaysız zilyet ise, bu durumda birlikte zilyetliğin değil, iki kişinin tek başına zilyetliğinin söz konusu olacağıdır. Mesela bir eşyanın kiraya verilmesi halinde, kiralayan dolaylı olarak, kiracı da dolaysız olarak tek başlarına zilyet olurlar. Ancak bir eşyanın üç kişiye kiraya verilmesi halinde, üç kişinin birlikte zilyetliği söz konusu olur. Bkz.

elbirliğiyle zilyetlik olmak üzere ikiye ayrılır³⁸⁹. Birlikte zilyet olan kişiler, bu zilyetliğe ilişkin fiili hâkimiyeti birbirlerine tabi olmadan kullanabiliyorlarsa “müşterek (ortak) zilyetlik³⁹⁰” söz konusu olurken; birlikte zilyetler fiili hâkimiyeti ancak beraber kullanabiliyorlarsa bu durumda “elbirliğiyle zilyetlik³⁹¹” söz konusu olur³⁹².

Eşya üzerindeki birlikte mülkiyet türü ile birlikte zilyetlik türünün farklı olması mümkündür. Başka bir deyişle elbirliğiyle mülkiyette mutlaka elbirliğiyle zilyetliğin, paylı mülkiyette mutlaka müşterek zilyetliğin söz konusu olduğu söylenemez. Örneğin babalarından miras kalan ve elbirliğiyle malik oldukları bir klasik otomobili, zaman esasına göre kullanan kardeşlerin zilyetliği müşterek zilyetlik olacaktır. Buna karşılık iki kişinin paylı olarak malik oldukları bir kasanın ancak iki anahtarla açılabilmesi, yani kasanın kullanılabilmesi için iki malikin biraraya gelmesi gerekiyor ise gerek kasa gerekse içindekiler üzerindeki zilyetlik elbirliğiyle zilyetliktir³⁹³.

Bir eşyayı fiilen elinde bulunduran kişi, sırf bu elinde bulundurma nedeniyle bir takım yetkilere sahiptir. İşte bu yetkilerin tümü zilyetlik hakkını oluşturmaktadır³⁹⁴. Zilyetliğin korunmasına yönelik iş ve işlemlerin yapılabilmesi için zilyet olmak gerekir. Zilyetliğin korunması mahkeme veya idari makamlar önünde olabileceği gibi, mahkeme dışında da olabilir³⁹⁵. Bütün bu koruma yolları ile kanun koyucu, bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın sadece zilyetliğin korunmasını

TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.56-57. Birlikte zilyetlik deyiminin elbirliğiyle zilyetlik için kullanımı için bkz. **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.85.

³⁸⁹ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.57; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.61.

³⁹⁰ Örneğin iki arkadaşın birlikte satın aldıkları otomobil için ayrı ayrı anahtarları var ise ve biri diğerine ihtiyaç duymadan otomobili kullanabiliyorsa müşterek zilyetlik söz konusudur.

³⁹¹ Örneğin iki kişinin bir banka kasasını birlikte kiralaması halinde, kasanın açılması için her iki zilyette ayrı ayrı bulunan iki anahtarın birlikte kullanılması gerekiyor ise, başka bir deyişle biri olmadan diğerinin kasayı açması mümkün değilse, elbirliğiyle zilyetlikten söz edilir.

³⁹² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.57-58; **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.61.

³⁹³ Örnek için bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.58.

³⁹⁴ **JALE G. AKİPEK**, Türk Eşya Hukuku, 1. Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, B.2, Ankara 1972, s.227, (*Zilyetlik*).

³⁹⁵ **EREN**, Mülkiyet, s.112.

amaçlamaktadır³⁹⁶. Bu sebeple kanun zilyede, hakkını koruması için üç imkân getirmiştir. Buna göre zilyet: 1) Gasp veya saldırı fiillerine karşı kuvvet kullanabilir. 2) Gasp edilen malın iadesini veya saldırıya son verilmesini mahkemeden isteyebilir. 3) Gasp edilen veya saldırılan mal taşınmaz ise, malın iadesi veya saldırıya son verilmesi için idari makamlara başvurabilir³⁹⁷.

Zilyetliğin korunması için başvurulacak yollar birbirinden bağımsız olup, birine başvurulmuş olması diğerine başvuruyu engellemez³⁹⁸. Ancak zilyetliğin korunması için dava açılmış ve mahkemece müdahalenin men'ine karar verilmiş ise, artık idari makamlara başvurma imkânı söz konusu olmaz. Çünkü müdahalenin men'ine ilişkin ilam icra memurluğu kanalıyla infaz edilebilir. İcranın infazı, sonucu itibarıyla idari makamların önleme kararından farklı değildir. Bu nedenle, taşınmazına yönelik haksız müdahalenin önlenmesi için mahkemeye başvuran ve önleme kararı alan taşınmaz zilyedinin şikâyetinin, idari makamlarca değerlendirilmesi mümkün değildir³⁹⁹.

Çalışmamızın konusu birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması olmakla birlikte, bu kısımda mülkiyetten doğan haklar değil zilyetlikten doğan haklar anlatılacaktır. Bu kısımda anlatılan koruma önlemlerine başvurabilmek için malik olmak şart olmamakla birlikte, biz maliklerin aynı zamanda zilyet olmalarından hareketle, zilyetliğe ilişkin haklardan yararlanabileceği, zilyetliğin korunması için

³⁹⁶ **HOMBERGER**, s.66; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.102; **AKİPEK**, Zilyetlik, s.228; **SİRMEN**, Eşya, s.66; **ESENER/ GÜVEN**, s.83; **ERTAŞ**, Eşya, s.45; **MEHMET ÜNAL/ VEYSEL BAŞPINAR**, Şekli Eşya Hukuku - Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, B.7, Ankara 2015, s.148; **MEHMET AYAN**, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, B.12, Konya 2015, s.87, (Zilyetlik).

³⁹⁷ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.102; **AYAN**, Zilyetlik, s.88, **SİRMEN**, Eşya, s.67.

³⁹⁸ **ESENER/ GÜVEN**, s.83-84; **SAYMEN/ ELBİR**, s.86; **KEMAL TAHİR GÜRSOY**, Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, AÜHFY No:257, Ankara 1970, s.84.

³⁹⁹ Danıştay 10. Dairesinin 24/05/1984 Tarih, E.1983/1169 ve K.1984/1084 sayılı kararı için bkz. **KÂNİ EKŞİOĞLU**, İdari Yoldan Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Tecavüz Eylemleri ile İlgili Ceza Kovuşturması, İstanbul 1987, s.112-113. Danıştay 10. Dairesinin 13/03/2002 Tarih, E.2000/3302 ve K.2002/722 sayılı kararı için bkz. **HÜSEYİN BİLGİN**, 3091 Sayılı Yasa Uyarınca Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin İdari Yoldan Önlenmesi, Ankara 2010, s.421. Mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararının da 3091 sayılı Kanun uyarınca zilyetliğe yönelik tecavüzlerin önlenmesi için idari makamlara başvuruya engel olacağına ilişkin Danıştay 10. Dairesinin, 07/05/2001 Tarih, E.1999/1476 ve K.2001/1625 sayılı kararı için bkz. **BİLGİN**, s.419-420.

gerekli olan önlemlere başvurabileceği düşüncesiyle ortak menfaatin korunması konusunu zilyetlik bakımından da incelemek istedik.

A- Genel Olarak Zilyetliğin Korunması

Zilyetlik hakkının ihlali, haklı bir sebep ya da zilyedin rızası olmaksızın onun eşya üzerindeki fiili kullanımına engel olmak şeklinde tanımlanabilir⁴⁰⁰. Bu ihlal gasp ya da saldırı şeklinde olabilir. Gasp, haklı bir sebep olmaksızın zilyedin şey üzerindeki fiili hâkimiyetinin, hukuka aykırı bir fiille ve zilyedin rızası olmaksızın sona erdirilmesidir⁴⁰¹. Zilyede karşı zor kullanarak ya da gizlice ya da zilyedin muvafakati dışında herhangi bir sebeple alınmış olan mallar gasp edilmiş sayılır⁴⁰². Taşınmazlarda gaspın genellikle taşınmazın kullanılmasının tamamen engellenmesi suretiyle olacağına ilişkin görüşe⁴⁰³ katılmıyoruz. Kanaatimizce taşınmazlarda gasp olmaz. Zira tapuda hak sahibi olarak gözüken malikin dolaysız zilyetliği devam eder. Bu yüzden de zilyetliği ancak saldırıya uğrayabilir. Taşınmaz tamamen işgal edilmiş olsa dahi, malikin zilyetliğinin gasp edilmiş olduğu söylenemez⁴⁰⁴.

Zilyedin fiili hâkimiyetine tamamen son verilmemekle birlikte, hukuka aykırı bir fiille ve onun rızası olmadan şeyi kullanması kısmen engellenmişse “saldırı”dan

⁴⁰⁰ AKİPEK, Zilyetlik, s.229; SİRMEN, Eşya, s.67.

⁴⁰¹ AKİPEK, Zilyetlik, s.229-230; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.102; HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU, Türk Medeni Hukuku, B.3, İstanbul 1963, s.667; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.81; AYAN, Zilyetlik, s.89; ÖZTAN, s.692.

⁴⁰² HOMBERGER, s.68; AKİPEK, Zilyetlik, s.229-230; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.102; GÜRİSOY, s.64; ESENER/ GÜVEN, s.83; SİRMEN, Eşya, s.69; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.152; SAFA REİSOĞLU, Tapu Siciline Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerde Zilyetlerin Gaspa Karşı Himayesi, Adalet Dergisi, Y.1958, S.1, s.50, (Zilyetlerin Himayesi); AYAN, Zilyetlik, s.89. Başkasına devredilen zilyetliğin, devir sebebi ortadan kalkmış olmasına rağmen iade edilmemesi halinde zilyetliğin gaspı söz konusu olmaz. Örneğin kira sözleşmesi sona ermesine rağmen kiracının, kiralananı iade etmemesi gasp olarak nitelendirilemez. Bu durumda gasp nedeniyle kuvvet kullanma imkânı olmayan kiraya veren, ya kira sözleşmesine dayanarak ya da istihkak talebi ile eşyayı geri alma yoluna gitmelidir. Bkz. AKİPEK, Zilyetlik, s.230; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.180; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.102, dn. 1; GÜRİSOY, s.65, 81.

⁴⁰³ AKİPEK, Zilyetlik, s.230; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.180. Örneğin A'nın arsasına bir gecekondu kurarak yerleşen B, A'nın taşınmazını kullanmasını tamamen engellemiş, başka bir deyişle A'nın arsasını gasp etmiş olur. Örnek için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.103.

⁴⁰⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.276.

söz edilir⁴⁰⁵. Fiilin saldırı ya da gasp niteliğinde olduğunun tespiti, haksız zilyete karşı açılacak olan davanın TMK m.982⁴⁰⁶'ye göre mi TMK m.983⁴⁰⁷'e göre mi açılacağına tespiti bakımından önemlidir.

Zilyedin rızası varsa, haksız zilyedin eşyayı ele geçirmesi ya da eşyaya müdahalede bulunması gasp ya da saldırı teşkil etmez. Ancak zilyedin rızası bulunmakla birlikte, rıza geçerli değilse yine gasp ve saldırının söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Kanaatimizce rızanın geçerli olup olmadığını tespit ederken tam fiil ehliyeti aranmamalı, ayırt etme gücünün varlığı halinde rızanın geçerli olacağı kabul edilmelidir⁴⁰⁹. Tehdit ile elde edilen rızanın geçerli bir rıza olmadığı, hata halinde ise rızanın geçerli olacağı hususunda görüş birliği mevcut olmakla birlikte,⁴¹⁰ hile konusunda görüş birliği sağlanabilmiş değildir. Bir görüşe göre hile ile alınan rıza

⁴⁰⁵ HOMBERGER, s.67; VELİDEDEOĞLU, s.668; AKİPEK, Zilyetlik, s.230; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.103; ESENER/ GÜVEN, s.83; GÜRSOY, s.61; SİRMEN, Eşya, s.67; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.152-153. Zilyetliğin huzur içinde kullanılmasına bir takım hareketlerle ya da sözle engel olunmasının zilyetliğe saldırı teşkil edeceğine dair bkz. AKİPEK, Zilyetlik, s.230. Zilyetliğe saldırı halinde eşya zilyedin fiili hâkimiyetindedir. Fakat yapılan saldırı ile zilyedin şeyi dilediğince kullanması engellenmekte, şeyin kullanılması güçleştirilmektedir. Gaspta ise eşya üzerindeki fiili hâkimiyet kaybolmakta, eşyanın kullanılması imkânı tamamen ortadan kalkmaktadır. Gaspta bu imkânlar ya başka birinin eline geçmiştir (örneğin hırsızın) ya da eşya artık üzerinde kimsenin zilyetlik kuramayacağı bir hale getirilmiştir (örneğin kırılmıştır ya da denize atılmıştır vs). Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Zilyetlik, s.230.

⁴⁰⁶ TMK m. 982- Zilyetliğin gasbında dava hakkı: “Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.”

⁴⁰⁷ TMK m.983- Zilyetliğe saldırıya dava hakkı: “Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir. Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.”

⁴⁰⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.82; SİRMEN, Eşya, s.67; ÜNAL/ BAŞPINAR, 154.

⁴⁰⁹ HOMBERGER, s.68; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.103; GÜRSOY, s.64; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.179; SİRMEN, Eşya, s.68; ERTAŞ, Eşya, s.49; REİSOĞLU, Zilyetlerin Himayesi, s.48; ÜNAL/ BAŞPINAR, 154. Zilyetlik rıza ile devredilmiş olmakla birlikte, bu devrin sebebinin geçerli olmaması halinde, özellikle malik olmayan zilyedin, zilyetliği geçerli olmayan bir sebeple devretmesi halinde “zilyetliğin sebepsiz iktisabı” söz konusu olur. Bu durumda zilyetliğin sebepsiz kazanılmasından doğan geri verme davası (Condictio possessionis) açılır. Bu konuda bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.100.

⁴¹⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.103; HOMBERGER, s.68; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.82; GÜRSOY, s.64; SİRMEN, Eşya, s.68; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.154.

geçerli değildir⁴¹¹; başka bir görüşe göre ise sadece tehdit halinde rızanın varlığından söz edilemez, hile ile alınan rıza geçerlidir⁴¹².

Fiilin gasp ya da saldırı teşkil etmesi için kusur şart olmadığı gibi, haksız zilyedin iyiniyetli olması dahi müdahalenin hukuka aykırılığını gidermeye yetmez. Örneğin haksız zilyet, malın kendisine ait olduğunu ya da zilyedin rızasının bulunduğunu zannediyor olsa dahi gasp ya da saldırı fiili söz konusu olabilir⁴¹³.

B- Zilyetliğin Korunması İçin Kuvvet Kullanma Yoluyla Ortak Menfaatin Korunması

Birlikte mülkiyet konusu mala yöneltilen gasp ve saldırıları önlemek ve ortadan kaldırmak amacıyla kuvvet kullanılması mümkündür. Her bir paydaşın bu konuda tek başına yetkili olup olmadığına geçmeden önce zilyetliğin korunması için kuvvet kullanma imkânına değinmekte fayda olduğunu düşünüyoruz.

Kuvvet kullanma imkânı “Savunma hakkı” başlıklı TMK m.981’de düzenlenmiştir. Buna göre: “*Zilyet her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak def edebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak koruyabilir...*” Her ne kadar maddenin başlığı “savunma hakkı” olsa da, kanun zilyede savunma hakkı vermekle kalmamış, malın gasp eden kişiden geri alınması için bir karşı saldırı imkânı da getirmiştir.

TMK m.981/I zilyetliği ihlal edilen kişiye bir savunma hakkı vermektedir. TMK m.981 ile tanınmış olan bu savunma hakkı, TBK m.64/I (EBK m.52/I) hükmü ile herkese tanınan ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran “haklı savunma (meşru müdafaa)”⁴¹⁴ hakkının özel bir türüdür⁴¹⁵. TMK m.981/I, TBK m.64/I’in özel bir hali

⁴¹¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.82; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.154.

⁴¹² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.103; GÜRSOY, s.64; SİRMEN, Eşya, s.68.

⁴¹³ HOMBERGER, s.69; GÜRSOY, s.65; ESENER/ GÜVEN, s.83; AYAN, Zilyetlik, s.89; ÜNAL/ BAŞPINAR, 153.

⁴¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. JALE GÜRAL, Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa, AÜHFD, Y.1949, C.6, S.1, s.179 vd.

olmakla beraber TBK m.64/I kapsamında haklı savunma hakkından faydalanabilmek için zarar tehlikesinin varlığı şarttır. Buna karşılık TMK m.981/I'deki savunma hakkından yararlanabilmek için böyle bir şart söz konusu değildir⁴¹⁶.

Birlikte mülkiyette maliklerden sadece birinin ya da bir kısmının rızasının bulunması, üçüncü kişinin birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelik müdahalesini haklı kılmaya yetmez. Zira fiili yararlanma anlaşması yapılmamış ise, paydaşlar tek başına fiili kullanmayı gerektirecek işlemleri yapamazlar. Gasp ve saldırı fiillerinde haksız zilyedin ortak şeyi ele geçirmesi ya da ortak şeye yönelik bir müdahalesi söz konusu olduğundan, böyle bir durumda birlikte mülkiyet konusu eşyanın fiili kullanımı söz konusu olur. Üçüncü kişinin fiilinin gasp ya da saldırı teşkil etmemesi için, rızanın paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğuyla (örneğin paylı mülkiyet konusu eşyanın kiraya verilmesi) ya da oybirliğiyle (örneğin paylı mülkiyet konusu eşyanın kullanım ödöncü sözleşmesi -TBK m.379 vd.- ile bir üçüncü kişiye zilyetliğin devri); elbirliği mülkiyetinde ise oybirliği ile verilmiş olması aranmalıdır. Elbirliği mülkiyetinde oybirliği ile verilen bir rıza varsa, bu durumda zaten bütün ortakların rızası bulunduğundan, bir saldırının ya da gaspın varlığından söz edilemez. Aynı şekilde, paylı mülkiyette rızanın oybirliği ile verilmesi halinde de bir saldırının ya da gaspın varlığından söz edilemez. Aynı şekilde, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunun yeterli olduğu (örneğin paylı malın kiraya verilmesi) bir özgüleme için gerekli çoğunluk sağlanmış ise rıza göstermeyen paydaşın artık paylı mala yöneltilmiş bir saldırı olduğu yönündeki ve ortak menfaatin korunması kapsamında tek başına hareket etme yetkisini haiz olduğu iddiası dinlenmez. Buna karşılık, kullanım ödöncü (ariyet) gibi paylı malın üçüncü bir kişiye özgülenmesi için oybirliği gerekiyor ise bir tek paydaş tarafından dahi buna rıza gösterilmemesi halinde rızanın varlığından söz edilemez. Paylı malın kullanım ödöncü ile üçüncü bir kişiye özgülenmesine razı olmayan paydaşın, paylı mala saldırı sebebiyle zilyetliği koruma yoluna başvurmasına imkân vermek gerektiği kanaatindeyiz.

⁴¹⁵ HOMBERGER, s.73; VELİDEDEOĞLU, s.667; GÜRSOY, s.68; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.104; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.265; AKİPEK, Zilyetlik, s.232; AYBAY/ HATEMİ, s.50; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.181; SİRMEN, Eşya, s.68; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.150; AYAN, Zilyetlik, s.88; ERTAŞ, Eşya, s.46.

⁴¹⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.104; SİRMEN, Eşya, s.68; ESENER/ GÜVEN, s.84; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.150; AYAN, Zilyetlik, s.90.

Zilyedin gasp ve saldırı fiillerine karşı kuvvet kullanma imkânından yararlanabilmesi için gasp eden ya da saldırıda bulunan kişinin kusurlu olması şart değildir⁴¹⁷. Örneğin ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin kusurundan söz edilemez. Ancak ayırt etme gücünden yoksun bir şahsın saldırıda bulunması halinde de zilyet kuvvet kullanarak malını koruyabilir⁴¹⁸. Başka bir ifadeyle, saldırıda bulunan kişinin küçük ya da akıl hastası olması söz konusu fiilin saldırı olarak nitelendirilmesine engel değildir⁴¹⁹.

Gasp ve saldırı halinde kuvvet kullanabilmek için gasp ve saldırı fiillerinin devam ediyor olması gerekir. Gaspden kişi malı ele geçirmiş ya da saldırı sona ermiş ise artık kuvvet kullanmak mümkün değildir. Artık malın gasp eden kişiden geri alınması veya saldırı nedeniyle uğranılan zararın tazmini için dava açılması gibi başka yollara başvurmak gerekecektir⁴²⁰. Ancak gasp fiili tamamlanmış olsa dahi, aradan zaman geçmemiş olması şartıyla, zilyedin malı gasp edeni yakalayarak geri alabilme imkânı vardır. O halde zilyedin kuvvet kullanabilmesi için gasp eden ya da saldıran kişinin ya suçüstü yakalanması ya da kaçarken yakalanması gerekir⁴²¹.

Yakın gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir gasp veya saldırı tehlikesinin önlenmesi için zilyedin gerekli emniyet tedbirlerini almasına müsaade edilmelidir. Ancak bu tedbirlerin savunmayı aşacak sonuçlar doğuracak nitelikte olmamaları gerekir⁴²².

⁴¹⁷ HOMBERGER, s.69; VELİDEDEOĞLU, s.668; SAYMEN/ ELBİR, s.82; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.180; SİRMEN, Eşya, s.67; AYAN, Zilyetlik, s.90; ERTAŞ, Eşya, s.47; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.150, 153.

⁴¹⁸ VELİDEDEOĞLU, s.668; HOMBERGER, s.68-69; SİRMEN, Eşya, s.66.

⁴¹⁹ GÜRSOY, s.62, 66. Fiilin gasp ya da saldırı teşkil etmesi için kusur şart olmamakla birlikte, bu gasp ya da saldırı nedeniyle uğranılan zararların tazmini için gasp ya da saldırı fiilini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması şarttır. Zira tazminat talebi TBK m.49 (EBK m.41) hükmüne tabidir. Bkz. AKİPEK, Zilyetlik, s.235; AYAN, Zilyetlik, s.98; HOMBERGER, s.83; ERTAŞ, Eşya, s.51.

⁴²⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.82; ÖZTAN, s.693; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.155; SAYMEN/ ELBİR, s.84.

⁴²¹ VELİDEDEOĞLU, s.669; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.266; ESENER/ GÜVEN, s.85; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.38; AKİPEK, Zilyetlik, s.233; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.183; SİRMEN, Eşya, s.68; ERTAŞ, Eşya, s.47. Öyle ki geri almayı, başlı başına zilyetliğe saldırı gibi gösterecek kadar uzun bir zaman geçmişse bu durumda kuvvet kullanma hakkından söz edilemez. Artık zilyet, zilyetliğin korunması için kuvvet kullanma dışında başka yollara (dava açmak gibi) başvurmalıdır. Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.106-107; ESENER/ GÜVEN, s.85; AYBAY/ HATEMİ, s.49; SİRMEN, Eşya, s.68; AYAN, Zilyetlik, s.93.

⁴²² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.104; AYAN, Zilyetlik, s.90; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.155-156. Örneğin tarlaya yabancıların girmesini engellemek için tarlanın etrafına

Kuvvet kullanma ister savunma, ister malı geri alma şeklinde olsun zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır (TMK m.981/II, son cümle). Kuvvet kullanma hakkının ölçüyü aşması halinde hakkın kötüye kullanılmasından söz edilir. Saldırıcıyı aşan bir kuvvet kullanılması halinde, artık saldırgan meşru müdafaa yoluna başvurulabilir⁴²³. Kanunun açıkça yasaklamasına rağmen zilyet haddinden fazla şiddet hareketi gösterirse, gasp eden ya da saldıran kişinin bu nedenle uğramış olduğu zararları tazmin etmek zorunda kalır⁴²⁴. Ancak durumun haklı gösterdiği derecede kuvvet kullanan zilyet, bu arada saldıranı verdiği zararlardan sorumlu değildir⁴²⁵.

Kuvvet kullanma yoluna başvurulabilmek için zilyet olmak yeterlidir. Hak sahibi olmak ya da iyiniyetli zilyet olmak şart değildir⁴²⁶. Gerek asli zilyetler, gerekse dolaylı dolaysız fer'i zilyetler kuvvet kullanma hakkına sahiptirler. Asli zilyedin gasp ya da saldırıya kalkışması halinde, fer'i zilyedin asli zilyede karşı dahi kuvvet kullanma imkânı vardır⁴²⁷.

TMK m.981 kapsamında kendisine kuvvet kullanma hakkı verilen zilyedin mutlaka tek başına zilyet olması şart değildir. Bir mala müşterek ya da elbirliği

elektrikli teller çekilmesi, mayın döşenmesi gibi tedbirler haklı savunmayı aşacak niteliktedir ve böyle tedbirlere imkân tanımak mümkün değildir. Aksi halde bir haklı savunma değil haksız fiil söz konusu olur.

⁴²³ **ESENER/ GÜVEN**, s.85.

⁴²⁴ **SİRMEN**, Eşya, s.69; **AYAN**, Zilyetlik, s.94; **ESENER/ GÜVEN**, s.85; **ERTAŞ**, Eşya, s.48; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, 156. Çünkü saldırıyı önleme amacını ve sınırını aşan savunma hukuka uygun değildir. Bu tür savunmalara “aşkın savunma” ya da “haklı savunmanın aşılması” denilmektedir. Haklı savunma hakkının sınırlarının aşılmaması gerekir. Bu konuda bkz. **EREN**, Borçlar Özel, s.608.

⁴²⁵ **HOMBERGER**, s.75; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.109; **FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY**, s.38; **AKİPEK**, Zilyetlik, s.233; **SAYMEN/ ELBİR**, s.84-85; **AYBAY/ HATEMİ**, s.50; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.183; **ESENER/ GÜVEN**, s.85; **ÖZTAN**, s.692; **REİSOĞLU**, Zilyetlerin Himayesi, s.51; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.156; **EKŞİOĞLU**, s.69; **AYAN**, Zilyetlik, s.94.

⁴²⁶ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.108, dn.5; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.151.

⁴²⁷ **AKİPEK**, Zilyetlik, s.231; **HOMBERGER**, s.71; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.181; **REİSOĞLU**, Zilyetlerin Himayesi, s.50; **SAYMEN/ ELBİR**, s.82; **AYAN**, Zilyetlik, s.91; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.151. Fer'i zilyedin, şeyi gasp eden ya da şeye saldırıda bulunan kişinin gerçek hak sahibi olduğunu bilmesi halinde kuvvet kullanamayacağını savunan yazarların eleştirisi için bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.108, dn.5. Zilyetliğin ihlal edilmesi halinde kuvvet kullanabilmek için mutlaka zilyet olmak, hiç değilse zilyet yardımcısı olmak gerekir. Ancak başkasının zilyetliğinin ihlali halinde, saldırganın ya da gasp eden kişinin def edilmesine tek başına gücü yetmeyen zilyede yardımcı olmaya bir engel yoktur. Bu konuda bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.109.

halinde zilyet olanların her biri de, o malın gasp edilmesi ya da saldırıya uğraması halinde bunu önlemek ve malı korumak için kuvvet kullanabilir⁴²⁸.

Kuvvet kullanma imkânından yararlanabilmek için zilyet olma zorunluluğundan bahsetmiştik. Bir eşyaya birlikte malik olanların da birlikte mülkiyet konusu eşyayı bir başkasının kullanımına bırakmış olsalar (kira, kullanım öduncü vb.) dahi asli zilyet sıfatı ile zilyetlikleri devam edecektir. O halde birlikte malik olanlar ister dolaylı ister dolaysız zilyet olsunlar birlikte mülkiyet konusu eşyaya yöneltilen gasp ya da saldırıyı önlemek için kuvvet kullanabilirler.

Birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelmiş olan saldırının önlenmesi ortak menfaatin korunmasıdır. Maliklerden birinin söz konusu saldırıya karşı sadece kendi payı bakımından kuvvet kullanması söz konusu değildir. Çünkü burada söz konusu olan menfaat bölünemez niteliktedir⁴²⁹. Saldırının önlenmesi ile birlikte mülkiyet konusu eşyanın bütünü korunmuş olur ve bu korumadan bütün hak sahipleri yararlanır.

Paylı malın yer ve zaman esasına göre pay oranında kullanılmasının mümkün olduğunu daha önce de ifade etmiştik⁴³⁰. Örneğin paylı mal bir taşınmaz olup bu taşınmaz dairelere ya da katlara ayrılmaya müsaitse, her bir paydaş kendi payının karşılığı olarak kendisine tahsis edilen kat ya da daireyi kullanabilecektir⁴³¹. Örneğin birinci kat A'ya, ikinci kat B'ye ve üçüncü kat da C'ye özgülenmiş olsun. Birinci kata yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda B'nin ya da C'nin bu müdahalenin önlenmesi için kuvvet kullanma yetkileri olup olmadığını, saldırının mülkiyet hakkına mı yoksa zilyetlik hakkına mı yönelik olduğuna göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Kanaatimizce mülkiyet hakkına yönelen saldırılar bakımından, saldırının paydaşlardan hangisine özgülenen kısma yönelik olduğuna bakmaksızın,

⁴²⁸ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.107; GÜRSOY, s.71.

⁴²⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.590.

⁴³⁰ Bu konuyu, “Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arası İlişkiler”i anlatırken “Yararlanma Yetkisi” başlığı altında ayrıntılı olarak anlattık.

⁴³¹ Örnek için bkz. ERDOĞAN, s.14; SİRMEN, Eşya, s.276-277; FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY, s.93; AKİPEK, Mülkiyet s.33-34; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.418.

paydaşlardan her birinin ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında kuvvet kullanma imkânının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira paylı malın, fiili kullanım anlaşması gereği yer ya da zaman esasına göre kullanılması, paydaşların paylı malın tamamı üzerindeki mülkiyet haklarını etkilemez. Paydaşların hepsi, kendilerine özgülenmiş olmayan kısım da dâhil, paylı malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaya devam ederler ve mülkiyet hakkından doğan her türlü yetkiyi kullanabilirler⁴³².

Zilyetliğe yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda, öncelikle paydaşların kendi aralarında yapmış oldukları fiili kullanım anlaşmasının, paydaşın kendisine özgülenmeyen bölüm üzerindeki zilyetlik hakkını engelleyip engellemediğini tespit etmek gerekir. Aşağıda anlatılacağı üzere paydaşların birbirleri aleyhine zilyetliğe dayanan davaları açmaları ancak sınırlı ölçüde mümkündür. Zilyetliğin gaspı halinde fiili kullanım anlaşması olup olmadığına bakılmaksızın, paydaşların birbirleri aleyhine dava açmaları mümkün iken⁴³³, zilyetliğe saldırı sebebiyle dava açılabilmesi için paydaşlardan her birinin zilyetlik alanlarının belirlenmiş olması gerekir⁴³⁴. Örneğin yukarıdaki örnekten hareketle, üç katlı bir binaya paylı olarak malik olan A, B ve C'nin, birbirlerinin zilyetliğinde bulunan katlara haksız müdahaleleri karşısında, zilyetliğine müdahale edilen paydaşın zilyetliğe ilişkin dava açma imkânı vardır. Buna karşılık böyle bir ayırım yok ise, zilyetliğe müdahalenin önlenmesi davasının açılması mümkün değildir. Çünkü paydaşların hepsi malın tamamına zilyettir⁴³⁵.

Paydaşların birine özgülenmiş bölüme, diğer paydaşların müdahale edememelerinin, o bölüme üçüncü kişiler tarafından yöneltilmiş olan saldırıya da müdahale edemeyecekleri anlamına gelip gelmeyeceğinin tespiti için öncelikle fiili kullanım anlaşmasının mahiyeti belirlenmelidir. Başka bir deyişle, fiili kullanım anlaşmasının sadece paydaşlar arasında kullanım alanını belirleyen ve iç ilişkiyi

⁴³² Yargıtay 1. HD'nin 06/11/2003 Tarih, E.2003/11778 ve K.2003/12202 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.121-122; Yargıtay 1. HD'nin 01/ 07/ 2003 Tarih, E.2003/ 6498 ve K.2003/7879 sayılı kararı için bkz. **GENÇCAN**, s.3947-3948 ya da www.corpus.com.tr, siteye giriş: 26/01/2012.

⁴³³ **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku, s.11; **EREN**, Mülkiyet, s.100.

⁴³⁴ **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku s.10; **GÜRSOY/ EREN/ CANSER**, s.410; **EREN**, Mülkiyet, s.100.

⁴³⁵ **SUNGURBEY**, Nesneler Hukuku, s.11; **GÜRSOY/ EREN/ CANSER**, s.410; **EREN**, Mülkiyet, s.100.

ilgilendiren nispi bir anlaşma mı, paydaşların kendilerine özgülenmeyen kısım üzerindeki zilyetlik haklarını sona erdiren bir anlaşma mı olduğu belirlenmelidir. Kanaatimizce bu anlaşma ile paydaşlar, kendilerine tahsis edilmeyen kısım üzerindeki zilyetlik haklarından vazgeçmezler; kira, kullanım ödücü vb. sözleşmelerde olduğu gibi, sadece o kısım üzerindeki dolaysız zilyetliklerinden vazgeçerler. Kısacası paydaşların her birinin zilyetlik alanının ayrı ayrı belirlenmiş olması, paydaşın kendisine özgülenmeyen kısım üzerindeki zilyetlik hakkının sona erdiği anlamına gelmez. Bu sebeple, zilyetlik alanları fiili olarak ayırt edilmiş ve fiziken eşya bölünmüş olsa da, her paydaşın paylı malın tamamı için zilyetlik hakkından doğan tedbirleri alma yetkisi vardır. O halde A'ya tahsis edilmiş olan birinci kata yönelik bir saldırı söz konusu olursa, B ve C de TMK m.693/III hükmünden yararlanarak ortak menfaatin korunması için gerekli önlemleri alabilirler⁴³⁶.

Sonuç olarak bir başkasının kullanımında olsa da, hâlâ onun mülkiyetinde bulunan ve buna bağlı olarak malik sıfatına dayalı olarak aslî zilyetliğini fer'i zilyet aracılığıyla sürdüren paydaşın zilyetliğine bir saldırı söz konusudur. Nasıl ki bir malik, kiraya verdiği ve bu nedenle dolaysız zilyet olmadığı malına ilişkin olarak zilyetlikten doğan hakları kullanabilecekse, paydaşlar da hâlihazırda dolaylı zilyet oldukları ortak mülkiyete konu eşyaya ilişkin ortak menfaati koruma hakkına sahip olmaya devam edecektir. Bu çözümün zilyetliğin idari yoldan korunması ve zilyetliğe yönelik saldırılar için dava açılması durumu için de uygun olduğu fikrindeyiz.

Birlikte mülkiyet konusu eşyaya yöneltelen saldırının önlenmesi bölünemez nitelikte olmakla birlikte, saldırıda bulunan kişiden istenilecek olan tazminat bölünebilir niteliktedir. Bu nedenle eşyaya yöneltelen saldırı nedeniyle talep edilecek

⁴³⁶ Karahasan'a göre, eşya bölünmeye elverişli ise ve bölümler paydaşlara özgülenmişse, paydaşlardan her biri kendisine özgülenmiş bölümle ilgili olarak zilyetlik davası açabilir. Yazar konuyu “ *Paylı mülkiyette eşyayı kullanmanın, paydaşlarca anlaşarak bir düzene sokulabilme olanağı vardır. Eğer eşya bölünmeye ve bölümler de bağımsız olarak kullanılmaya elverişli olup da bu bölümler, örneğin, binanın katları paydaşlara özgülenmiş ve zilyetliği bunlara bırakılmış ise, paydaşlardan her biri, kendisine özgülenmiş bölümle ilgili olarak zilyetlik davalarını üçüncü kişiye karşı açabilmelidir.*” şeklinde dile getirmiştir. Bkz. **KARAHASAN**, Eşya, s.172; **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.146. Bu ifadeden yazarın, fiili yararlanma anlaşması olduğunda, paydaşların, eşyanın sadece kendilerine özgülenmiş bölümü için zilyetliği koruma yoluna gidebilecekleri anlamı çıkarılmaktadır. Biz, fiili yararlanma anlaşması olsa dahi, paydaşların sadece kendilerine özgülenmiş kısım için değil, eşyanın tamamı için zilyetliği koruma yollarına başvurabilecekleri kanaatindeyiz. Paydaşlardan biri, diğer bir paydaşa özgülenmiş bölüme haksız bir saldırı olduğunda, kuvvet kullanarak bu saldırının önlenmesini sağlayabilmelidir.

olan tazminat için her paydaşın kendi payı oranında dava açması gerekir. Paydaşlardan birinin diğerleri adına da hareket ederek tazminatın tamamını talep edebilmesi mümkün değildir⁴³⁷. Kanaatimizce aynı husus elbirliği mülkiyeti için de söz konusudur. Bölünebilen talepler bakımından ortakların hep birlikte hareket etmeleri şartı aranmamalıdır. Ortaklardan her biri, iç ilişkide belirlenmiş olan payları oranında tazminat talep edebilmelidir⁴³⁸. Buna karşılık, ortaklardan birinin, bütün ortaklar adına hareket ederek tazminatın tamamını talep etmesi mümkün değildir.

C- Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasına Dayalı Olarak Ortak Menfaatin Korunması⁴³⁹

Zilyetliği korumaya yönelik hükümler (kuvvet kullanmaya ve dava açmaya ilişkin hükümler) hem taşınırlar hem de taşınmazlar için uygulanır. Ancak kanun koyucu taşınmaz zilyetliğinin korunması için özel bir düzenleme getirmiştir: Zilyetliğin idari yoldan korunması.

Zilyetliğin idari yoldan korunması sadece taşınmazlar bakımından söz konusudur. Bu husus 3091 sayılı 04/12/1984 tarihli “Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir⁴⁴⁰. Kanunun amacı taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini

⁴³⁷ **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.95; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.590; **EREN**, Mülkiyet, s.112; **KAYAOĞLU**, s.33; **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.149; **KÜLEY**, Temsil, s.414; **SEROZAN**, s.239; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.35; **SİRMEN**, Eşya, s.278; **AYAN**, Mülkiyet, s.46, 74. Tazminat talebinin bölünebilir nitelikte olduğuna ilişkin Yargıtay 4. HD’nin 17/01/1895 Tarih, E.1984/7821 ve K.1985/ 123 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.659-660 ya da **KARAHASAN**, Mülkiyet 2, s.1620; Yargıtay 4. HD’nin 26/03/1981 Tarih, E.2486 ve K.3936 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.660-661.

⁴³⁸ Aksi görüş için bkz. **KILIÇOĞLU**, s.375-376.

⁴³⁹ Zilyetliğin idari yoldan korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLGİN**, 1 vd.

⁴⁴⁰ Ülkemizde tapu siciline kayıtlı olmayan ve bu sebeple gerçek malikinin kim olduğu tapu sicilinden anlaşılmayan birçok arazi mevcuttu. Tapulu ya da tapusuz arazilerin zilyetliğine sık sık saldırılar olmakta, bu da sonu cinayete kadar gidebilen sorunlara yol açmakta idi. Bu nedenle özel bir kanun çıkarma zorunluluğu hâsıl olmuştu. İlk olarak 12/06/1933 tarihinde 2311 sayılı kanun kabul edilmiştir. Daha sonra 16/04/1952 tarihinde 5917 sayılı “Gayrimenkule Tecavüzün Def’i Hakkında Kanun” kabul edilmiş ve 2311 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. **VELİDEDEOĞLU**, s.673. Son olarak da 1952 tarihli kanun, 1984 tarihli bu kanunla yenilenmiştir.

sağlamaktır (m.1). Bu kanun hükümleri kıyas yoluyla olsa dahi taşınırlar için uygulanmaz⁴⁴¹.

3091 sayılı Kanun “Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi” başlığını taşıyor ise de, kanundaki amaç ve düzenleme kanunun başlığını aşmaktadır. Öyle ki, zilyetliğin söz konusu olmadığı kamu kurum ve kuruluşlarına ait veya bunlar tarafından idare olunan veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere (TMK m.715) ya da menfaati umuma ait taşınmaz mallara tecavüz de bu kanun kapsamına (m.1/III) alınmıştır. Söz konusu taşınmaz mallar üzerindeki hâkimiyet, özel hukuktaki “zilyetlik” kavramına dâhil olmayıp, kamu hukukuna dayanmaktadır⁴⁴². Ancak kanun koyucu bu taşınmazlar için de zilyetliğin idari yoldan korunması hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir⁴⁴³.

3091 sayılı kanun ile zilyetlik kavramına farklı bir anlam yüklenirken, bu yasaya ilişkin yönetmelik⁴⁴⁴ ile de tecavüz ve müdahale kavramlarına farklı anlamlar yüklenmiştir. Yönetmeliğin 11 inci maddesine göre tecavüz, taşınmaz malı zorla veya zilyedinden habersiz olarak işgal etmek veya ele geçirmek ya da taşınmazın aynında değişiklikler meydana getirmek; müdahale ise zilyedin taşınmaz mal üzerindeki mutlak hâkimiyetini kısmen veya tamamen ihlal etmektir. Görülüyor ki, yönetmelikte kullanılan “tecavüz” terimi ile aslında teknik anlamdaki gasp ve işgal; “müdahale” terimi ile de teknik anlamdaki saldırı kast edilmektedir. Yerleşmiş olan terimlerin böyle tersyüz edilmesi öğretide eleştirilmektedir⁴⁴⁵. Bu eleştirileri haklı bulmakla birlikte, bu bölümde, söz konusu terimleri 3091 sayılı kanunun ifade ettiği şekilde kullanacağız.

⁴⁴¹ **ESENER/ GÜVEN**, s.91; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.159; **SAYMEN/ ELBİR**, s.85; **AYAN**, Zilyetlik, s.105. Bu kanunun gemiler için uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu husustaki tartışmalar için bkz. **SADIK ARTUKMAÇ**, Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def’i ve Zilyetlik, İstanbul 1953, s.68. Biz bu kanunun, gemiler için uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Benzer görüş için bkz. **ARTUKMAÇ**, s.68.

⁴⁴² Fakat Kadastro Kanunu m.18 uyarınca hazine adına tespiti sonucu ya da özel bir kanun hükmü ile (örneğin mirasın Devlete intikalini düzenleyen TMK m.501) Devlet adına tapu siciline kaydedilen taşınmazlarda Medeni Kanuna tabi özel mülkiyet ve zilyetlik söz konusu olur.

⁴⁴³ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.90; **SİRMEN**, Eşya, s.75; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, 160.

⁴⁴⁴ Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli Ve Esaslarına Dair Yönetmelik (RG:18828 - 31/07/1985).

⁴⁴⁵ **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.162; **ERTAŞ**, Eşya, s.52-53; **BİLGİN**, s.41.

Taşınmaz mala yapılan tecavüz veya müdahalenin önlenmesi için, yetkili makamlara⁴⁴⁶ başvurmaya, o taşınmaz malın zilyedi, zilyet birden fazla ise içlerinden biri yetkilidir (m.3)⁴⁴⁷.

Tecavüz ve müdahale gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebileceği gibi tüzel kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir⁴⁴⁸. Örneğin bir belediyenin bir taşınmaza yönelik haksız müdahalede bulunması söz konusu olabilir⁴⁴⁹.

Aynı şekilde birlikte mülkiyet konusu taşınmazın zilyetliğini fiilen kullanan paydaş, zilyetliğe yöneltmiş haksız bir müdahale olduğunda, üçüncü kişilere karşı kullanabildiği bu imkânı diğer paydaşlara karşı da kullanabilmelidir. Böyle bir durumda haksız müdahalenin diğer malikler tarafından gerçekleştirilmiş olması bu yasanın uygulanmasına engel teşkil etmemelidir⁴⁵⁰. Zira o taşınmaz üzerinde pay sahibi olmak, müdahalenin haksızlığını ortadan kaldırmaz⁴⁵¹. Öğretide elbirliği mülkiyetinde ortakların haksız müdahalesinin bu kanun kapsamında suç teşkil etmeyeceği, bu nedenle ortakların birbirleri aleyhine idari makama başvuramayacağı görüşü de mevcuttur⁴⁵². Biz bu görüşe katılmıyoruz. Birçok Yargıtay kararında ortaklardan birinin, ortak maldan yararlanmasına engel olan diğer ortaklar aleyhinde

⁴⁴⁶ Taşınmaz mallara tecavüz veya haksız olarak müdahale edilmesi halinde; taşınmaz mal merkez ilçe sınırları içinde ise, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı; diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilir ve taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilir (3091 sayılı Kanun, m.2). Taşınmaza yönelik tecavüz veya müdahalenin önlenmesi için başvuru yetkili makamlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AYHAN UÇAR**, Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü, EÜHFD, C.12, S.3-4 (2008), s.281 vd.

⁴⁴⁷ Tecavüz veya müdahalenin yapıldığının öğrenildiği tarihten itibaren altmış gün içinde, idari makama başvuruda bulunulması gerekir. Ancak, tecavüz veya müdahalenin oluşundan itibaren bir yıl geçtikten sonra bu makamlara başvuruda bulunulamaz (3091 sayılı Kanun m. 4). Başvuru üzerine, karar vermeye yetkili kişiler veya bunların görevlendireceği bir veya birkaç memur tarafından yerinde soruşturma yapılır (3091 sayılı Kanun m.5). Soruşturma memuru, tarafların şahitlerini dinledikten sonra gerekli gördüğü takdirde tarafsız kişileri ve ilgisine göre hazine, özel idare ve belediye temsilcilerini, köy muhtar ve ihtiyar kurulu üyelerini de dinleyebilir. İfadeler, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki hükümler dairesinde yeminli olarak alınır. Soruşturma en geç 15 gün içinde tamamlanarak karara bağlanır (3091 sayılı Kanun m.6).

⁴⁴⁸ **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.163-164; **SAYMEN/ ELBİR**, s.85; **ARTUKMAÇ**, s.70; **BİLGİN**, s.43-44.

⁴⁴⁹ **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.163.

⁴⁵⁰ **EKŞİOĞLU**, s.79; **SİRMEN**, Eşya, s.268; **AYAN**, Zilyetlik, s.106; **ERTAŞ**, Eşya, s.54.

⁴⁵¹ **N. RUHİ ÖZÜARİ**, 5917 Sayılı Kanunun Sureti Tatbiki, Adalet Dergisi 1957, S.6, s.589.

⁴⁵² **ÖZÜARİ**, s.590.

elatmanın önlenmesi davası açabileceği, bunun için elbirliği şartının aranmayacağı ifade edilmektedir⁴⁵³. Dava açma imkânı verildiğine göre, daha kısa zamanda sonuç alabilecekleri, daha az masraflı, daha basit bir yola başvurma imkânı verilmemesini doğru bulmuyoruz⁴⁵⁴.

Zilyetliğin idari yoldan korunmasında da korunan sadece zilyetliktir, hak tartışmasına girilmez⁴⁵⁵. İdari makam tarafından verilen önleme kararları da kişinin hak sahibi olduğuna delil teşkil etmez⁴⁵⁶.

Zilyetliğin idari yoldan korunabilmesi için zilyetliğe müdahalenin haksız olması gerekir. Örneğin bir sözleşme ile taşınmazın kullanımını bir başkasına devretmiş olan malik, sözleşmenin sona ermesi halinde, onu kuvvet kullanma vb. yollarla çıkaramayacağı gibi idari makamlara başvurarak da çıkaramaz⁴⁵⁷.

Diğer zilyetliği koruma yollarında olduğu gibi, burada da zilyetliğe yönelik saldırının kusurlu olması ya da bir zarara yol açmış olması şart değildir⁴⁵⁸. 3091 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi, paydaşlardan birinin tek başına ortak taşınmaza yönelik saldırılar için idari koruma yoluna gidebileceğini açıkça düzenlemiştir. Buna göre

⁴⁵³ **KARAHASAN**, Eşya, s.152. Yargıtay HGK'nın 08/06/1984 Tarih, E.1/760 ve K.694 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.363-364; Yargıtay 8. HD'nin 13/04/1987 tarihli ve E.3959, K.4714 sayılı kararı için bkz. **SINMAZ/ KARATAŞ**, s.579; Yargıtay HGK'nın 01/12/1971 Tarih, E.5/632 ve K.737 sayılı kararı için bkz. **ÖZKAYA**, s.371-372.

⁴⁵⁴ Elbirliği mülkiyetinde ortakların diğer ortaklara karşı korunma talebinde bulunabileceğine ilişkin görüş için bkz. **UÇAR**, s.289-290; **ERTAŞ**, Eşya, s.54. Elbirliği ile malik olanların zilyetliklerinin hem üçüncü kişilere hem de diğer ortaklara karşı korunacağına ilişkin Antalya 2. İdare Mahkemesinin 21/12/2006 Tarih, E.2006/1538 ve K.2006/3050 sayılı kararı için bkz. **BİLGİN**, s.348-349. Söz konusu kararda bu husus şu şekilde dile getirilmiştir: "... yukarıya alınan yönetmelik hükmü uyarınca iştirak halinde mülkiyet sahibi olanların zilyetlikleri de hem üçüncü şahıslara hem de diğer hissedarlara karşı korunacaktır... Bakılan davada, davacının söz konusu taşınmaza tek başına değil, diğer mirasçılarla birlikte iştirak halinde zilyet olduğu ve barakalar yapmak suretiyle iştirak halinde malik olan şikayetçinin rıza ve muvafakatını almadan zilyetliğine tecavüz ve müdahalede bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı tarafından yapılan tecavüzün önlenmesi yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

⁴⁵⁵ **TEKİNANAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.132-133; **ÖZÜARİ**, s.587-588; **REİSOĞLU**, Zilyetlerin Himayesi, s.51; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.190; **AYAN**, Zilyetlik, s.105. 3091 sayılı Yasanın fiili zilyetliği koruduğu ve mülkiyet iddiasının 3091 sayılı Yasa uyarınca araştırılamayacağına ilişkin Danıştay 10. Dairesinin 28/10/1998 Tarih, E.1996/8604 ve K.1998/5472 sayılı kararı için bkz. **BİLGİN**, s.329-330. Benzer yönde Danıştay 10. Dairesinin 17/05/2001 Tarih, E.1999/935 ve K.2001/185 sayılı kararı için bkz. **BİLGİN**, s.333.

⁴⁵⁶ **ÖZÜARİ**, s.588.

⁴⁵⁷ **TEKİNANAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.133.

⁴⁵⁸ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.133.

birden fazla zilyet varsa idari makama başvuruyu içlerinden biri yapabilir. O halde birlikte mülkiyet konusu taşınmaza saldırı söz konusu olduğunda, paydaşlardan biri tek başına idari makama başvurabilecek ve idari koruma talep edebilecektir. 3091 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi olmasa idi dahi, paylı mülkiyette TMK m.693/III, elbirliği mülkiyetinde TMK m.702/IV hükümleri maliklerden her birine bölünemeyen ortak menfaatleri tek başına koruma yetkisi verdiği için, birlikte mülkiyet konusu taşınmaza yönelik haksız müdahalelerin önlenmesi amacıyla maliklerden her birinin tek başına idari makama başvurabilecekleri sonucuna ulaşabilirdik. Zira taşınmazın saldırılardan korunması, bölünemeyen bir menfaattir. Bu koruma, ister saldırgana kuvvet kullanma yolu ile sağlansın, isterse idari makam tarafından sağlansın ortak taşınmazın bütünü korunmuş olur. Maliklerden birinin sadece kendi payını koruması söz konusu değildir. İdari yoldan koruma işlemi başarıya ulaştığında bütün hak sahiplerinin menfaatleri korunmuş olur.

D- Zilyetlik Davalarına Dayalı Olarak Ortak Menfaatin Korunması

a- Genel Olarak

Zilyetliği ihlal edilen kişilerin, zilyetliği kuvvet kullanma yolu ile ya da taşınmazlarda idari yoldan koruma imkânları yoksa ya da bu yollara başvurmak istemiyorlarsa, başvurabilecekleri yol zilyetliğe dayalı davalardan birini açmaktır. Bu davaların amacı gasp edilen şeyin geri verilmesi ve zararın giderilmesi (TMK m.982/III) ile saldırının sona erdirilmesi, saldırı sebebinin önlenmesi ve zararın giderilmesidir (TMK m.983/II).

Zilyetlik davaları ile sadece zilyetlik korunduğundan, zilyedin zilyet olmak dışında aynı ya da şahsi bir hakkının bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur. Zilyetliği nasıl ele geçirdiğinin, hangi hakka dayanarak zilyet olduğunun da bir önemi yoktur⁴⁵⁹. Davacı sadece zilyet olduğunu ve bunun ihlal edildiğini ispat etmekle

⁴⁵⁹ AKİPEK, Zilyetlik, s.234; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.183; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.170; SAYMEN/ ELBİR, s.88. Zilyetlik davaları ile haksız zilyedin dahi korunuyor olması biraz adaletsiz gibi görünebilir. Ancak zilyetlik davasında hâkim sadece eski zilyetlik durumunun yeniden kurulmasına karar verir. Gasp edilen malın davacıya iadesine ya da saldırıya son verilmesine ilişkin olarak verilen karar, davalının dava konusu mal üzerinde bir hakkı bulunmadığının kabul edilmiş olduğu anlamına gelmez. Bu karar zilyetlik hususunda kesin hüküm

yetinir. Davalı ise kendini sadece davacının zilyet olmadığını ya da kendisinin davacının zilyetliğini ihlal etmediğini ileri sürerek savunabilir; eşya üzerinde hak sahibi olduğu iddiasını ileri sürerek kendini savunamaz⁴⁶⁰.

Gasp ve saldırıdan dolayı dava hakkı, zilyedin fiili ve faili öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her halde fiilin üzerinden bir yıl geçmekle düşer (TMK m.984). Buradaki süreler, madde metninden de anlaşılacağı üzere hak düşürücü sürelerdir⁴⁶¹.

teşkil etmez, zilyede mülkiyet hakkı vermez ve diğer tarafın mülkiyet iddiası ile dava açmasına engel olmaz. Bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.88; **AYAN**, Zilyetlik, s.98, 101, 104; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.112; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.171; **ERTAŞ**, Eşya, s.48; Yargıtay'ın 09/10/1946 Tarih, E.6 ve K.12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. **OLGAÇ**, s.822. Ayrıca daha zilyetlik davası devam ederken dahi, aynı hakkına dayanarak dava açan gerçek hak sahibi, kendisine karşı zilyetlik davası açan kişiye, dava konusu malın verilmesini ihtiyati tedbir (HMK m.389- HUMK m.101) yoluyla önleyebilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.112.

⁴⁶⁰ **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.267; **GÜRSOY**, s.76; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.171; **AKİPEK**, Zilyetlik, s.237. Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür (TMK m.982/I). Bunun sonucu olarak, hırsız ya da işgalci bile malike karşı zilyetlik davası açabilir. Bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.85; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.267; **FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY**, s.35; **ESENER/ GÜVEN**, s.87; **SİRMEN**, Eşya, s.70; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.171; **ERTAŞ**, Eşya, s.48. Zilyet yardımcıları, zilyetlik davalarını açamazlar. Bkz. **GÜRSOY**, s.75; **ESENER/ GÜVEN**, s.87; **ERTAŞ**, Eşya, s.50. Tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın devri zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşmektedir. O halde tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmazın zilyetliğini haricen satan kişinin zilyetlikten doğan davaları açma imkânı yoktur. Bkz. **ADİL ONARAN**, Gayrimenkul Zilyetliği ve Müdahalenin Men'i Davaları, Adliye Dergisi, Y.1944, s.1016. Zilyetlik davasında davalı, eşya üzerinde hak sahibi olduğunu ileri sürerek kendisini savunamaz. Ancak TMK m.982/II buna bir istisna getirmiştir. Buna göre davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. Bkz. **AKİPEK**, Zilyetlik, s.238; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.187; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.267; **FEYZİOĞLU/ DOĞANAY/ AYBAY**, s.41; **GÜRSOY**, s.75; **ESENER/ GÜVEN**, s.88; **SAYMEN/ ELBİR**, s.89, 90; **AYBAY/ HATEMİ**, s.53; **EKŞİOĞLU**, s.73; **AYAN**, Zilyetlik, s.99; **ERTAŞ**, Eşya, s.49. Şeyi davacıdan geri almayı gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat etmeye örnek olarak sahibinin adının yazılı olduğu nişan yüzüğünü ya da kitabı gösterebiliriz. Örnek için bkz. **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.267. Gasp halinde açılacak dava ile saldırı halinde açılacak dava arasındaki en önemli farkın bu hususta kendini gösterdiği kabul edilmektedir. Saldırının önlenmesi amacıyla açılan davada, davalının üstün bir hakka sahip olsa dahi bunu ileri süremeyeceği savunulmaktadır. Bunun gerekçesi ise istisnai hükmün genişletilemeyeceğidir. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **SAYMEN/ ELBİR**, s.88-89; **GÜRSOY**, s.81; **SİRMEN**, Eşya, s.73; **ÖZTAN**, s.696. Biz bu iki dava arasında böyle bir ayırım yapmanın uygun olmadığı fikrindeyiz. Her iki dava da zilyetlik hakkına dayanmaktadır. Saldırının önlenmesi amacıyla açılan davada, derhal ispat edebileceği bir üstün hakkı bulunan davalıya, bu hakkını ileri sürme imkânı vermemek, mahkemeleri gereksiz işgal etmekten başka bir sonuç doğurmaz. Benzer görüş için bkz. **AKİPEK**, Zilyetlik, s.241; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.190. Bu nedenle TMK m.982/II hükmünün kıyasen zilyetliğe saldırının önlenmesi amacıyla açılan davalar için de uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

⁴⁶¹ **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.188; **AYAN**, Zilyetlik, s.103; **SİRMEN**, Eşya, s.74; **ÖZTAN**, s.697; **ERTAŞ**, Eşya, s.51. TMK m.984'ü karşılayan EMK m.897 "... *dava müruru zamana uğrar*" şeklinde idi. Bu ifade kafa karıştırmakta, hükümde bahsi geçen sürenin zamanaşımı süresi mi, hak düşürücü süre mi olduğu hususunda tartışmalar bulunmakta idi. Bu tartışmalar için bkz. **GÜRSOY**, s.78-79. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğunun kabulü halinde, zamanaşımının durması ya da kesilmesi gibi sebeplerle bu davanın bir yıldan sonra açılması mümkün olacaktır. Oysaki zilyetlik

Zilyetliğe dayalı davalara ilişkin genel bilgiler verdikten sonra TMK m.982 ve TMK m.983 hükmündeki davaları ayrı ayrı ele alıp, ortak menfaati koruma yetkisini bu davalar kapsamında inceleyeceğiz.

b- Zilyetliğin Gaspında Dava Hakkı (Yedin İadesi Davası- TMK m.982) ile Ortak Menfaatin Korunması

Bu davayla amaçlanan iki husus vardır. Bunlardan ilki gasp edilen şeyin geri verilmesi iken, ikincisi gasp nedeni ile uğranılan zararın tazminidir. Yukarıda da (Genel Olarak Zilyetliğin Korunması başlığı altında) belirttiğimiz üzere, taşınmazlarda gasp olmayacağı kanaatinde olduğumuzdan, zilyetliğin gaspında açılan davanın da sadece taşınırılar için söz konusu olacağını düşünmekteyiz.

Bu davanın ilk amacı gasp edilen şeyin geri verilmesidir. Gasp edilen şey, birlikte mülkiyet konusu bir eşya ise, şeyin gasp eden kişinin elinden alınarak tekrar maliklere verilmesi bölünemez ortak menfaat niteliğindedir. Zira zilyetliği kaybedilen bir şeyin, tekrar ele geçirilmesi bütün maliklerin menfaatine olan bir sonuçtur. O halde paydaşlardan her biri tek başına gasp edilen malın geri verilmesi talebiyle zilyetliğin korunması davasını açabilir⁴⁶². Bu davanın lehe sonuçlanması halinde diğer paydaşlar da bundan yararlanabilir; aleyhe sonuçlanması halinde ise diğerlerinin dava hakkına zarar gelmez⁴⁶³.

davasının istisnai durumundan dolayı kısa zamanda açılması gerekir. Bu davanın her halde en geç bir yıl içinde açılması gerekir. Bu nedenle hükümde “*müruru zaman*” ifadesi devam ediyor olsa idi dahi, biz bu sürenin bir hak düşürücü süre olduğu fikrini savunurduk. Benzer görüş için bkz. **HOMBERGER**, s.91; **GÜRİSOY**, s.79; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.173; **AKİPEK**, Zilyetlik, s.240; **SAYMEN/ ELBİR**, s.91; **EKŞİOĞLU**, s.74; **REİSOĞLU**, Zilyetlerin Himayesi, s.53. TMK m.984 hükmü ile yapılan değişikliğin yerinde olduğu fikrindeyiz. Bu süreler gasp veya tecavüz fiillerine dayanılarak açılacak olan tazminat davaları için söz konusu değildir. Tazminat talepleri, TBK m.72 (EBK m.60)’deki haksız fiil zamanaşımı sürelerine tabidir. Bkz. **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.173; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.189; **AYAN**, Zilyetlik, s.104; **SAYMEN/ ELBİR**, s.92. Aksi görüş için bkz. **FUAT HULUSİ DEMİRELLİ**, Yedin Himayesine Teferrü Eden Birkaç Mesele, Adliye Ceridesi, Y.1938, s.738; **HOMBERGER**, s.92.

⁴⁶² Elbirliği ile zilyetlikte ortaklardan birinin bu davayı açabilmesi için diğer ortakların rızasını alması gerektiği görüşünü doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. Bu görüş için bkz. **ESENER/ GÜVEN**, s.87.

⁴⁶³ **KORKUT**, s.304; **EREN**, Mülkiyet, s.113; **SAYMEN/ ELBİR**, s.244; **SİRMEN**, Eşya, s.278; **ÖZTAN**, s.778.

Paydaşların üçüncü kişilere karşı açabilecekleri bu davayı, paydaşlardan biri kendi zilyetliğini tanımayan diğerlerine karşı da açabilir⁴⁶⁴. Ancak bu halde ortak menfaatin korunması söz konusu değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, iç ilişkide ortak menfaatin korunmasından söz edemeyiz. Ayrıca, zilyetliği tanınmayan malikin dava açması ile sadece kendi menfaati korunmuş olur⁴⁶⁵.

TMK m.982’de düzenlenmiş olan bu dava ile amaçlanan ikinci husus ise gasp nedeni ile uğranılan zararın tazminidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi tazminat talebi bölünebilir niteliktedir ve bölünebilir talepler ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirilemez. Paylı mülkiyet söz konusu ise paylı olarak malik olunan şeyin gaspı nedeniyle uğranılan zarar için herkes kendi payı oranında tazminat davası açabilir⁴⁶⁶. Elbirliği mülkiyeti bakımından da aynı sonuca varmak gerektiği; bölünebilir talepler bakımından, ortakların kendi payları oranında dava açabileceği kanaatindeyiz.

Açıklanan nedenlerle, zilyetliği gasp edilen eşyanın birlikte mülkiyet konusu bir eşya olması halinde; gasp edilen şeyin iadesi için TMK m.982’ye dayanarak açılacak olan dava ortak menfaat kapsamında tek bir paydaş ya da ortak tarafından

⁴⁶⁴ **BASLER KOMMENTAR**, Art.648, N.18; **HAAB**, Art.648, N.7; **BAUMANN**, s.41; **SİRMEN**, Eşya, s.71, 268; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.176; **AYAN**, Mülkiyet, s.45. Eğer birlikte zilyetler arasındaki ihtilaf zilyetliğe yönelik değil de zilyetliğin kullanılış tarzına yönelik ise bu durumda zilyetlik davası değil, zilyetliğin kurulmasına yönelik ilişkiye dayanan bir dava açılması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.86, dn.154; **TEKİNAY**, s.111. Gasp edilen şeyin geri verilmesine yönelik davanın, gasp eden kişinin külli haleflerine karşı da açılabileceğinde şüphe yoktur. Ancak gasp eden kişiden zilyetliği devralan üçüncü kişilere, yani gasp edenin cüz’i haleflerine karşı bu davanın açılabilip açılmayacağı hususu tartışılabilir. Kanaatimizce bu dava sırf gasp olayı için tanınmıştır. Zilyetliği devralan üçüncü kişilere karşı artık hakka dayanan davaların açılabilmesinin daha doğru olacağını düşünüyoruz. Bu görüş için bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.86-87; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.176; **AKİPEK/ AKINTÜRK**, s.186; **SİRMEN**, Eşya, s.71-72; **AYAN**, Zilyetlik, s.100-101; **ERTAŞ**, Eşya, s.50; **ÖZTAN**, s.695. Ortaklardan biri tarafından diğeri aleyhine açılan davalarda elbirliği şartı aranmaz. Bkz. **SİRMEN**, Eşya, s.292; **ÖZKAYA**, s.34. Yargıtay HGK’nın 24/01/1951 Tarih, E.34 ve K.12 sayılı kararı için bkz. **OLGAÇ**, s.536 ya da **AKGÜN**, s.536; Yargıtay HGK’nın 12/10/1994 Tarih, E.1994/305 ve K.1994/601 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.71-72.

⁴⁶⁵ Birlikte mülkiyette, maliklerden bir kısmının ortak maldan yararlanmasının diğer maliklerce engellenmesi halinde, malı kullanan maliklerden, kullanamayanların işgal tazminatı da isteyebileceği yönünde Yargıtay HGK’nın 25/12/1957 Tarih, E.2/70 ve K.67 sayılı kararı için bkz. **OLGAÇ**, s.534.

⁴⁶⁶ **MEIER-HAYOZ**, Art.646, N.95; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.35; **GÜRSOY/ EREN/ CANSER**, s.409; **AYİTER**, Eşya, s.91; **SEROZAN**, s.239; **SİRMEN**, Eşya, s.278; **AYAN**, Mülkiyet, s.46; **BELGESAY**, s.36.

açılabilir iken, gasp nedeniyle uğranılan zararın tazmini bu kapsamda değerlendirilemez.

c- Zilyetliğe Saldırının Önlenmesi Davası (TMK m.983) İle Ortak Menfaatin Korunması

Zilyetliğin saldırıya uğrayan kimse söz konusu saldırının sona erdirilmesi için dava açabilir. Bu davayı açabilmek için de zilyet olduğunu ispat etmek yeterlidir. Zaten hâkim de davacının zilyet olup olmadığını tespit eder ve zilyet olduğuna kanaat getirirse saldırıya son verilmesine karar verir. Bu karar zilyetlik hususunda kesin hüküm teşkil etmez, zilyede mülkiyet hakkı vermez ve diğer tarafın mülkiyet iddiası ile dava açmasına engel olmaz⁴⁶⁷.

Saldırı sona ermiş ya da erdirilmiş olmasına rağmen yeniden bir saldırı tehlikesi söz konusu ise saldırının önlenmesi için de dava açılabilir (TMK m.983/II). Daha önce saldırı olmamakla beraber bir saldırı tehlikesi var ise, bu durumda da önleme davasının açılacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁸.

Birlikte mülkiyet konusu bir eşyaya yöneltilmiş bir saldırının sona erdirilmesi ya da birlikte mülkiyet konusu mala yönelik muhtemel bir saldırının önlenmesi, bütün hak sahiplerinin menfaatinedir. Paydaşlardan birinin ortak eşyayı koruması, sadece kendi payı bakımından söz konusu olamaz. Bu nedenle, zilyetliğe yöneltilen bir saldırının sona erdirilmesi ya da muhtemel bir saldırının önlenmesi için açılacak olan dava (TMK m.983) sonucunda sağlanan korumadan bütün hak sahipleri yararlanır. Paylı mülkiyette TMK m.693/III, elbirliği mülkiyetinde TMK m.702/IV birlikte maliklerin her birine TMK m.983'te düzenlenmiş olan bu davayı tek başına açma yetkisini vermektedir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.88; AYAN, Zilyetlik, s.98, 104; Yargıtay'ın 09/10/1946 Tarih, E.6 ve K.12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. OLGAÇ, s.822.

⁴⁶⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.88; GÜRSOY, s.82; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.119; TEKİNAY, s.108; AKİPEK/ AKINTÜRK, s.189; SAYMEN/ ELBİR, s.88.

⁴⁶⁹ Paylı malın saldırıya uğraması halinde her paydaşın tek başına dava açabileceğini ve bundan diğer paydaşların da yararlanacağını belirtmekle birlikte bu imkânı olağan yönetim işi olarak kabul eden görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bu görüş için bkz. ESENER/ GÜVEN, s.187.

Paydaşlardan her biri üçüncü kişiye karşı açabileceği saldırının önlenmesi davasını, kendi zilyetliklerine saldırıda bulunan diğer paydaşlar için de açabilir⁴⁷⁰. Ancak paydaşların birbirleri aleyhine açacakları bu davanın ortak menfaati koruma kapsamında olmadığını belirtmek isteriz. Çünkü bu durumda açılacak dava ile bütün hak sahiplerinin ortak menfaati değil sadece zilyetliği saldırıya uğrayan paydaşın menfaati korunmaktadır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi tazminat talepleri bölünebilir nitelikte olduğu için, saldırı neticesinde uğranılan zarar için paylı mülkiyette paydaşların, elbirliği mülkiyetinde ortakların, kendi payları oranında tek başlarına dava açmaları mümkündür. Paydaşlardan biri tek başına tazminatın tamamını talep edemez. Aynı şekilde, paydaşlardan biri tarafından tazminat talebi ile açılmış olan davadan diğer paydaşlar yararlanamaz.

III- MÜLKİYET HAKKINA DAYALI OLARAK ORTAK MENFAATİN KORUNMASI

Mülkiyet hakkının içeriğini düzenleyen TMK m.683'e bakıldığında mülkiyet hakkının, sahibine, aktif ve koruyucu olmak üzere iki tür yetki sağladığı görülmektedir. Mülkiyetin olumlu içeriği olarak da adlandırılan aktif yetki, malike şeyi dilediği gibi kullanma, ondan dilediği gibi yararlanma ve onu dilediği gibi tasarruf etme imkânı vermektedir⁴⁷¹. Mülkiyetin olumsuz içeriği de denilen koruyucu yetki ise malike, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak ya da haksız elatmanın önlenmesi davalarını açma imkânı vermektedir⁴⁷².

TMK m.683/II'ye göre : “*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.*” Hükümde de belirtildiği gibi gerek istihkak davası, gerekse elatmanın önlenmesi (müdahalenin men'i) davası mülkiyet hakkından kaynaklanır. İstihkak ve elatmanın önlenmesi talepleri mülkiyet hakkından ayrı olarak

⁴⁷⁰ Yargıtay 1. HD'nin 14/07/2005 Tarihli, E.2005/824 ve K.2005/8963 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 01/08/2011.

⁴⁷¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.272-273.

⁴⁷² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.274.

düşünülemezler⁴⁷³. Bu davaların yanında mülkiyet hakkının varlığının mahkeme kanalıyla belirlenmesini sağlayan tespit davası da açılabilir. Sırasıyla bu davalara ilişkin genel bilgiler verdikten sonra, söz konusu davaları çalışmamızın konusu olan ortak menfaatin korunması kapsamında ele alacağız.

A- İstihkak Davası İle Ortak Menfaatin Korunması

a- Genel Olarak İstihkak Davası

İstihkak davası, malın dolaysız zilyetliğine sahip olmayan malik tarafından, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına dayanılarak, malik olmayan zilyede karşı açılan ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonulan şeyin iadesini sağlama amacı güden aynı bir davadır⁴⁷⁴. İstihkak davasının konusu bir taşınır eşya ise, dava sonunda alınacak ilamın icra edilmesi ile amaca ulaşılır. Ancak dava konusu eşya bir taşınmaz⁴⁷⁵ ise istihkak davasının işlevini, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının (TMK m.1025) yerine getireceği kabul edilmektedir⁴⁷⁶. Bu hususa aşağıda “Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası ile Ortak Menfaatin Korunması” başlığı altında değinilecektir.

⁴⁷³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.274; TEKİNAY, s.331; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.488; BERTAN, s.227 vd.; EREN, Mülkiyet, s.46.

⁴⁷⁴ GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 356; EREN, Mülkiyet, s.31. Benzer tanımlar için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.275-276; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480; AYAN, Mülkiyet, s.122. İstihkak davasının sadece malik tarafından değil, diğer aynı hak sahipleri tarafından da açılabileceği görüşü için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s.284; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485; ÖZKAYA, s.27.

⁴⁷⁵ Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için istihkak davası açılıp açılmayacağına ilişkin soruya verilecek cevap, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının ne zaman kazanılacağı sorusuna verilecek cevaba göre değişecektir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının hangi anda kazanılmış olduğu hususu tartışmalıdır. Mülkiyet hakkının tescilden önce kazanılmış olduğu kabul edilirse, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için de istihkak davası açılabileceği sonucuna ulaşılır. Davacının bu davada TMK m.713'teki şartların gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir. Bkz. AKİPEK, Mülkiyet, s.80; AYAN, Mülkiyet, s.124. Ancak mülkiyet hakkının tescilden sonra kazanılacağı fikri kabul edilirse, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için istihkak davasının açılmayacağı kabul edilmelidir. Zira istihkak davası açabilmek için malik olmak şarttır.

⁴⁷⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.276; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480; AYAN, Mülkiyet, s.123. Aksi görüş için bkz. AKİPEK, Mülkiyet, s.79; EREN, Mülkiyet, s.32. Bu görüşe göre tapu sicilinin düzeltilmesi davası bir eda davası niteliğinde olmadığından bu dava ile taşınmazın davacıya iadesi sağlanmaz.

TMK m.683'e dayanan istihkak davası, özellikle zilyetlik davasının süresinin geçmesi halinde çok önemlidir. TMK m.984'teki sürelerin geçmesi halinde, zilyetliği gasp edilen malikin başvurabileceği tek yol istihkak davası açmaktır⁴⁷⁷.

İstihkak davası bir eda davası niteliğindedir. Çünkü bu davada mülkiyet hakkının tespit edilmesi ile malın geri verilmesi talep edilir⁴⁷⁸. Bu dava ile hâkim sadece davacının mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığını tespit etmez, davacının iade talebinin haklı olup olmamasına göre bir karar verir. Davacının talebini haklı bulması halinde hâkim, iadeye yani bir edaya karar verir. Davayı kaybeden davalı zilyet de eşyayı iadeye mahkûm olur⁴⁷⁹.

İstihkak davası haksız zilyede karşı açılır. Eğer eşyayı elinde bulunduran kimsenin zilyetliği haklı bir sebebe dayanıyor ise, malikin istihkak talebinde bulunması söz konusu olmaz. Örneğin malikin kiracıya ya da kullanım ödöncü alan kişiye karşı, hukuki ilişki devam ettiği sürece, istihkak davası açması mümkün

⁴⁷⁷ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.481; **EREN**, Mülkiyet, s.34; **AYAN**, Mülkiyet, s.122. Taşınırılar bakımından zilyetliğe dayanan iade davasının yanı sıra menkul davası (taşınır davası) açmak mümkün olmakla birlikte, zilyetliği ele geçirmeden malik olunması halinde ya da mal elden rıza ile çıkmış olmakla birlikte şimdiki zilyet kötünietli değil ise menkul davası açılamaz. Bu durumda malik ancak istihkak davası açarak şeyin iadesini talep edebilecektir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.481. Malik menkul davası açarak şimdiki zilyedin iyiniyetli olmadığını kanıtlamak yerine doğrudan mülkiyet hakkına dayanabileceği istihkak davasını tercih edebilir. Başka bir deyişle, istihkak davası ile menkul davası yarışabilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.481-482. Kira, kullanım ödöncü gibi sözleşmelerin süreleri dolmasına rağmen malın iade edilmemesi halinde de malik ister sözleşme hükümlerine dayanarak isterse de istihkak davası açarak şeyin iadesini talep edebilir. Şeyin gaspı halinde de, gasp aynı zamanda haksız fiil teşkil edeceğinden malik, haksız fiile dayanan eski hale iadeyi talep edebileceği gibi istihkak davası açarak da bu sonuca ulaşabilir. Kısacası istihkak talebi, iadeyi hedefleyen aynı ve şahsi birçok taleple yarışabilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.481-482. İstihkak davası ile sebepsiz iktisap davasının yarışamayacağını da yeri gelmişken ifade etmek isteriz. İstihkak davasının en önemli şartı malik olmaktır. Sebepsiz iktisap davasını ise ancak mülkiyet hakkını kaybetmiş olan eski malik açabilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.482.

⁴⁷⁸ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.277; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.80; **AYAN**, Mülkiyet, s.123; **ÖZKAYA**, s.27.

⁴⁷⁹ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.483. İstihkak talebi aynı bir talep olduğu için herhangi bir süreye bağlı değildir. Bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.277; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.82-83; **ESENER/ GÜVEN**, s.179; Yargıtay HGK'nın 19/09/1962 Tarih, E.1/43 ve K.57 sayılı kararı. Karar şu şekildedir: “*Medeni Kanunumuza göre mülkiyet hakkı bütün aynı haklar gibi hak düşüren zamanaşımına bağlı değildir... Mahkemenin mülkiyete dayanan davayı, Borçlar Kanununa ilişkin zamanaşımı süresinin geçmiş olduğunu ileri sürerek reddetmiş bulunması kanuna aykırıdır.*” Karar için bkz. Ankara Barosu Dergisi, Y.1962, S.6, s.618. Ancak kazandırıcı zamanaşımı (TMK m.777) ile malın mülkiyetini kazanan kimseye karşı istihkak iddiasında bulunulamayacağı da açıktır.

değildir⁴⁸⁰. Ancak kira, kullanım öduncü gibi sözleşmelerin süreleri dolmasına rağmen eşyanın iade edilmemesi halinde malik ister sözleşme hükümlerine dayanarak isterse de istihkak davası açarak eşyanın iadesini talep edebilir. Bu durumda istihkak davası sözleşmesel taleple yarışır⁴⁸¹.

b- İstihkak Davası ile Ortak Menfaatin Korunması

Birlikte mülkiyette her bir malik, birlikte mülkiyet konusu eşyanın zilyetliğinin iadesini sağlamak amacıyla tek başına istihkak davası açabilir. Paydaşlardan biri diğerleri aleyhine de ortak zilyetliğin sağlanması amacıyla istihkak davası açabilir⁴⁸². Paydaşlardan birinin zilyetliğin tamamının iadesi için üçüncü kişiler aleyhine açacağı istihkak davasında, malın tamamının bütün paydaşlara iadesi istenmelidir⁴⁸³.

EMK zamanında elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin tek başına istihkak davası açamayacağı kabul edilmekte idi⁴⁸⁴. Paylı mülkiyette paydaşlardan birine tek başına istihkak davası açma imkânı tanınırken, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birine bu imkânın tanınmamasının sebebi, paylı mülkiyet için söz konusu olan EMK m.625/III'e benzer bir hükmün, elbirliği mülkiyeti için söz konusu olmaması idi. Elbirliği mülkiyetinde istihkak davasını ortakların hepsinin birlikte açmaları ya da seçecekleri ya da mahkemeye seçtirecekleri bir temsilci aracılığıyla açmaları gerektiği

⁴⁸⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.279; EREN, Mülkiyet, s.40.

⁴⁸¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.481-482. Davalının haksız zilyet olması yeterlidir, zilyetliğinin dolaylı veya dolaysız ya da asli veya fer'i zilyetlik olması gibi bir şart söz konusu değildir. Davacı, sadece dolaysız zilyede ya da sadece dolaylı zilyede karşı dava açma yoluna gidebileceği gibi, her ikisine birden de dava açabilir. Her ikisine birden dava açılması pratik açıdan daha avantajlı olacaktır. Zira zilyetlerden sadece birine karşı açılan istihkak davası sonucunda alınan ilam diğerini bağlamayacaktır. Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485. Eğer davalılar söz konusu eşyaya müşterek ya da elbirliği halinde zilyet iseler, davanın hepsine karşı açılması şarttır. Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485; AKİPEK, Mülkiyet, s.81. Zilyet yardımcılarına karşı dava açılmasına gerek yoktur. Bkz. GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.363; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.485. İstihkak davası açılmadan önce, haksız zilyet eşyayı bir üçüncü kişiye devretmiş ise, artık zilyetliği sona erdiği için ona karşı istihkak davası açılmaz; ancak tazminat talep edilebilir. Devir istihkak davası açıldıktan sonra gerçekleşmişse davacı davasını tazminat davasına dönüştürerek devam ettirebilir (HMK m.125-HUMK m.186). Bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.487.

⁴⁸² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

⁴⁸³ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

⁴⁸⁴ AKİPEK, Mülkiyet, s.80; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

savunulmakta idi⁴⁸⁵. Ancak öğretide bazı yazarlar bir ortağın tek başına dava açmamasının diğer ortaklar için zarara sebebiyet vermesi halinde oybirliği şartının aranmaması gerektiğini savunmakta idiler⁴⁸⁶. EMK zamanında bile oybirliği şartı yumuşatılmaya çalışılırken, TMK m.702/IV’ün açık hükmüne rağmen, istihkak davasını elbirliği mülkiyetinde maliklerin hep birlikte açabileceğini savunan görüşü⁴⁸⁷ doğru bulmadığımızı belirtmek isteriz. EMK m.630’u karşılayan TMK m.702’ye eklenen dördüncü fıkra ile elbirliği mülkiyetinde de ortakların tek başlarına istihkak davası açabileceği hususundaki tereddütlerin kalkmış olduğu fikrindeyiz.

İstihkak davası ile eşyanın haksız zilyetten geri alınması söz konusu olmaktadır. Eşyanın haksız zilyetten geri alınması ile bütün hak sahiplerinin menfaati korunmaktadır. Bu menfaat niteliği itibariyle bölünemeyen bir menfaattir. Zira paydaşlardan birinin sadece kendi payı oranında eşyanın geri verilmesini sağlaması söz konusu değildir. Mal bir bütün olarak iade edilir, bu durumdan da bütün hak sahipleri faydalanır. O halde paydaşlardan herhangi biri tek başına istihkak davası açarak, birlikte mülkiyet konusu eşyanın haksız zilyetten geri alınmasını ve böylece ortak menfaatin korunmasını sağlayabilir.

c- Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davası (TMK m.1025) ile Ortak Menfaatin Korunması

Uygulamada yanlış bir ifade ile “*tapu iptal davası*”⁴⁸⁸ olarak da adlandırılan, doğru tabir ile “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” ya da “tapu sicilinin düzeltilmesi davası”nın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar bu davanın bir tespit davası

⁴⁸⁵ AKİPEK, Mülkiyet, s.80; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.484.

⁴⁸⁶ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s.439; SİRMEN, Eşya Ders, s.286; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.644-645; TEKİNAY, s.440. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, istihkak davası açmak için elbirliği ile hareket etmeyi ararken, ortakların her birinin malı korumak amacıyla tek başına dava açabilip açamayacağını tartışırken oybirliğini aramanın amaca aykırı olacağını savunmaktadır. İstihkak davası da malı korumak amacıyla açılan bir dava olduğuna göre, bu dava için oybirliği şartını aramak da amaca aykırı olmaz mı? Burada bir çelişki vardır.

⁴⁸⁷ Bu görüş için bkz. ESENER/ GÜVEN, s.179. EMK zamanında doğru olarak kabul edilebilecek bu görüşün bugün savunulacak bir yanı kalmamıştır.

⁴⁸⁸ Bu terime ilişkin ağır ve haklı eleştiriler için bkz. ETEM SABÂ ÖZMEN / GÜLŞAH SİNEM AYDIN, Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.6, Y.2014, s.179 vd. (*Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi*).

olduğunu kabul etmektedir⁴⁸⁹. Bu görüşe göre, tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile davacı lehine herhangi bir ayni hak tesis edilmez; davacının hukuki durumunda bir değişiklik meydana gelmez. Sadece tapu kütüğündeki yolsuz kayıtla gerçek durum arasındaki aykırılık giderilmiş, bu suretle davacının bir ayni hakkının bulunduğu tespit edilmiş olur. Esasen davacı, taşınmazın zilyetliği kendisinde değilse, onu elde etmek için sicilin düzeltilmesi davasından başka bir de istihkak davası açmak zorunda kalır. Bu nedenle tapu sicilinin düzeltilmesi davası niteliği itibariyle bir tespit davasıdır⁴⁹⁰. Eren konuyu şu şekilde ifade etmektedir: “... *istihkak davası, bir eda; tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ise; bir tespit davasıdır. Bu dava ile sadece gerçek (maddi) hak durumu ile tapu kütüğündeki şekli durum arasında uygunluk sağlanır, mevcut çelişki ortadan kaldırılır, yolsuz tescil düzeltilir; ancak çekişmeli taşınmazın mülkiyetinin, yani malın geri verilmesi (iadesi) sağlanmaz. İşte malın geri verilmesini, zilyetliğin iadesini sağlamak için, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasıyla birlikte istihkak davasını da açmak şart ve gereklidir.*”⁴⁹¹.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁹², tapu sicilinin düzeltilmesi davası bir eda davasıdır. Bu davanın açılması halinde ayrıca istihkak davasının açılması çoğu zaman lüzumsuzdur. Bu davanın bir tespit davası olduğu kabul edilse dahi, bu dava ile birlikte ya da sonradan açılacak olan istihkak davası sadece tamamlayıcı bir rol oynayacaktır⁴⁹³. Malik, tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü sürece zilyetliği devam edecektir. Başka bir ifadeyle, tapuda malik olarak gözüken biri zilyetliğini kaybetmez, ancak zilyetliği saldırıya uğrayabilir. Taşınmaz tamamen işgal edilmiş olsa dahi malikin zilyetliği sona ermeyip, saldırıya uğramış olur. Bu durumda malikin açacağı dava tapu kaydının düzeltilmesi davası olmayıp, elatmanın önlenmesi davası olacaktır⁴⁹⁴. Buna karşılık gerçek malik, tapuda malik olarak gözükmüyor ise TMK m.992 kapsamında zilyet de olmayacaktır. Zilyetliğini, yolsuz kayıt sebebiyle

⁴⁸⁹ AKİPEK/ AKINTÜRK, s.352; EREN, Mülkiyet, s.32; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.326; ERTAŞ, Eşya, s.186.

⁴⁹⁰ AKİPEK/ AKINTÜRK, s.352; EREN, Mülkiyet, s.32; ÜNAL/ BAŞPINAR, s.326.

⁴⁹¹ EREN, Mülkiyet, s.32.

⁴⁹² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.276.

⁴⁹³ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.480.

⁴⁹⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya, s.276.

kaybetmiş olan gerçek malik, istihkak davası işlevi gören tapu kaydının düzeltilmesi davası ile hakkına kavuşabilecektir⁴⁹⁵.

Gerçek malik tarafından yolsuz tescil sebebiyle tapuda malik olarak görünen kişiye karşı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının hukuki niteliği istihkak davası olmakla birlikte, tapuda bir sınırlı ayni hakka ilişkin yolsuz bir tescil varsa sınırlı ayni hak sahibine karşı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davası ise haksız elatmanın önlenmesi davası niteliğindedir⁴⁹⁶.

Ortak menfaatin korunması bakımından tapu sicilinin düzeltilmesi davasına ilişkin, yani maliklerden birinin bütün taşınmaz hakkındaki yolsuz tescilin düzeltilmesini isteme hakkına ilişkin genel bir kaide koymak doğru değildir. Düzeltme talebinin bölünebilir nitelikte olup olmadığına ya da yolsuz kaydın paya ya da taşınmazın tamamına ilişkin olup olmadığına göre sonuca varmak gerekir. Düzeltme talebinin pay oranında bölünmesi mümkün ise her bir paydaş kendi payı için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açar, bu dava ile elde edilen sonuç diğer paydaşlara etki etmez. Örneğin paylı malın tamamı geçersiz bir sözleşme ile satılmış olsa; bu sözleşmenin geçersizliği nedeniyle yolsuz olan tescilin düzeltilmesini, her paydaş kendi payı için isteyebilir. Taşınmaz satışının pay oranında iptaline engel yoktur⁴⁹⁷. Yargıtay'a göre de, paydaş yalnızca kendi payı oranında düzeltim davası açabilir⁴⁹⁸.

Yolsuz tescil sadece paydaşlardan birinin payına ilişkin ise, paydaş sadece kendi payına ilişkin olarak tapu sicilinin düzeltilmesi davası açar. Örneğin, paydaşlardan birinin payı üzerinde, sahte vekâletname ya da sahte kimlik ile bir üçüncü kişi lehine taşınmaz rehni tesis edilmiş ise, açılacak olan tapu sicilinin

⁴⁹⁵ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.276. Ancak tapuda bir sınırlı ayni hak hususunda yolsuz tescil varsa, malikin açacağı tapu kaydının düzeltilmesi davası istihkak değil, elatmanın önlenmesi davası rolü oynar. Çünkü bu durumda TMK m.992 kapsamındaki zilyetlik kaybedilmiş olmaz, saldırıya uğramış olur. Bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.276-277, dn.17.

⁴⁹⁶ **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s.277, dn.17; **ÖZMEN/ AYDIN**, Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi, s.206; **ESENER/ GÜVEN**, s.146.

⁴⁹⁷ **TEKİNAY**, s.402; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.590.

⁴⁹⁸ Yargıtay HGK'nın 05/05/1965 Tarih, E.1/71 ve K.193 sayılı kararı için bkz. **KARAHASAN**, Eşya, s.120.

düzeltilmesi davası sadece o paya ilişkin olacaktır. Buna karşılık, yolsuz tescil birlikte mülkiyet konusu taşınmazın tamamına ilişkin ise ve düzeltme talebi bölünemeyen nitelikte bir talep ise paydaşlardan birinin, diğer paydaşların da yararına olacak şekilde tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak ortak menfaati koruması mümkün olabilir. Örneğin taşınmazın tamamı üzerinde yolsuz olarak kurulmuş olan bir irtifak hakkının kaldırılması bölünemez niteliktedir ve bu durumda paydaşlardan her biri tek başına, taşınmazın tamamı için tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açabilir⁴⁹⁹. Örneği somutlaştıralım: Sahte vekâletle bir su firması lehine birlikte mülkiyet konusu bir taşınmaz üzerinde kaynak hakkı kurulmuş ise, bu irtifak hakkının sağladığı aynı hak karinesini (TMK m.992) ortadan kaldırmak için maliklerden her biri haksız elatmanın önlenmesi niteliğinde olan tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açmaya tek başına yetkilidir. Hatta fiili kullanım anlaşması ile paydaşların kullanım alanları belirlenmiş olsa bile tüm paydaşlar yolsuz olarak tescil edilen irtifak hakkının kaldırılması için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaya yetkilidirler. Başka bir deyişle, kaynağın paydaşlardan birinin kullanım alanında kalması, diğer paydaşların tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmalarına engel değildir. Zira fiili kullanım anlaşması sadece paydaşların dolaysız zilyetlik alanını belirler; paydaşların taşınmazın her zerresinde mülkiyet hakkına sahip oldukları gerçeğini değiştirmez. Birlikte mülkiyet konusu taşınmaz üzerinde yolsuz tescille tesis edilen irtifakın kaldırılmasında bütün maliklerin objektif ortak menfaati söz konusu olduğundan, maliklerden her biri, diğer maliklere de etki edecek şekilde, tek başlarına tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaya yetkilidirler.

Özetle söylemek gerekirse, paya ilişkin bir hususun düzeltilmesi söz konusu ise herkes sadece kendi payı için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecek iken; taşınmazın tamamını ilgilendiren bir yolsuz kayıt varsa paydaşlar tek başlarına taşınmazın tamamı için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabileceklerdir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ **TEKİNAY**, s.402; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.591; **SİRMEN**, Eşya, s.278.

⁵⁰⁰ **WIELAND**, s.82; **ACEMOĞLU**, s.91; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.419; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.113. Aksi görüş için **TEKİNAY**, s.402; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.590; **AKİPEK**, Mülkiyet, s.27; **SİRMEN**, Eşya, s.278.

B- Elatmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men'i) Davası (TMK m. 683/II) ile Ortak Menfaatin Korunması

Bu konuya başlamadan önce belirtmek gerekir ki, hukukumuzda “elatmanın önlenmesi, “müdahalenin men'i” veya “ saldırının önlenmesi” gibi isimlerle anılan iki tür dava vardır. Bunlardan biri yukarıda incelediğimiz zilyetliğe saldırı halinde açılacak olan dava (TMK m.983), diğeri ise bu başlık altında inceleyeceğimiz ve mülkiyete saldırı halinde açılacak olan davadır (TMK m.683/II). Bu iki dava isim olarak benzetmekle birlikte temelde birbirlerinden farklıdırlar. Örneğin zilyetliğe saldırının önlenmesi davasında, mülkiyete dayanan elatmanın önlenmesi davasından farklı olarak hak tartışması yapılmaz; davayı açabilmek için zilyet olmak yeterli olup hak sahibi olma şartı aranmaz⁵⁰¹. Ayrıca zilyetliğe dayanan dava iki aylık ve bir yıllık hak düşürücü süreye tabi iken, mülkiyete dayanan davanın zamanaşımına uğraması ya da hak düşürücü süreye tabi olması söz konusu değildir. TMK m.2 hükmü saklı kalmak kaydıyla, haksız elatma devam ettiği sürece elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Çünkü bu dava bir aynı davadır⁵⁰². Biz karışıklığa meydan vermemek amacıyla zilyetliğe dayanan davaya “zilyetliğe saldırının önlenmesi davası”; mülkiyet hakkına dayanan davaya ise “elatmanın önlenmesi davası” demeyi tercih ediyoruz.

a- Genel Olarak Elatmanın Önlenmesi Davası

Elatmanın önlenmesi davası, malik tarafından, mülkiyet hakkına yöneltilen bir haksız elatmayı önlemek ve bunu sonlandırmak amacıyla açılan bir davadır⁵⁰³. İstihkak davasından farklı olarak burada eşya malikin zilyetliğinde bulunmaktadır;

⁵⁰¹ Elatmanın önlenmesi davası yerine, ispat kolaylığı bakımından zilyetliğe saldırının önlenmesi davasının açılması tercih edilebilir. Zilyetliğe saldırının önlenmesi davasında amaçlanan şey salt zilyetliğin korunması olduğu için davacı hak sahibi olduğunu ispat etmekle yükümlü değildir. Hatta davalının üstün hak sahibi olduğunu ileri sürmesinin de bir önemi yoktur. Elatmanın önlenmesi davasında ise davacının mülkiyet hakkını ispat etmesi gerekir. Ayrıca davalı da üstün hak sahibi olduğunu ispat ederek davayı def edebilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.489. Elatmanın önlenmesi davası ile sadece haksız müdahalenin önlenmesi talep edilebilir, bu müdahale sebebiyle doğan zararın giderilmesi talep edilemez. Bu nedenle de elatmanın önlenmesi davası yerine zilyetliğe saldırının önlenmesi davasının tercih edilmesi pratik açıdan daha yararlı olur. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.489-490.

⁵⁰² **AKİPEK**, Mülkiyet, s.85-86; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.497-498; **EREN**, Mülkiyet, s.46; **ÜNAL/ BAŞPINAR**, s.182; **AYAN**, Mülkiyet, s.129; **ÖZKAYA**, s.21; **SALİH ŞAHİNİZ**, Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma - İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006, s.107.

⁵⁰³ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.489; **ESENER/ GÜVEN**, s.181.

buna karşılık, malikin onu kullanması ya da ondan yararlanması engellenmekte ya da zorlaştırılmaktadır⁵⁰⁴.

Elatmanın önlenmesi davasını mülkiyet hakkına haksız olarak elatılan malik açar. Ayrıca sınırlı ayni hak sahiplerinin de elatmanın önlenmesi davası açabileceği kabul edilmektedir⁵⁰⁵. Elatmanın önlenmesi davasında davalı, mala haksız olarak elatan gerçek ya da tüzel kişidir. Davalının kusurlu olması şart değildir⁵⁰⁶. Bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun bir kişi aleyhine dahi elatmanın önlenmesi davası açılabilir⁵⁰⁷. Aynı şekilde paydaşlardan biri, kendi payına haksız olarak elatan diğer bir paydaş aleyhine de bu davayı açmaya yetkilidir⁵⁰⁸. Elbirliği mülkiyetinde de ortaklardan birinin diğer ortaklar aleyhine elatmanın önlenmesi davası açması mümkündür⁵⁰⁹.

Taşınırlarda elatmanın önlenmesi davasına pek sık rastlanmaz. Çünkü taşınırlarda mülkiyet hakkının ihlali genellikle eşyaya el koyma şeklinde gerçekleşir. Bu durumda da ya menkul davası (taşınır davası) ya da istihkak davası açılır. Elatma derecesine varmayan ihlaller de ani olup hemen sona erdiği için elatmanın önlenmesi

⁵⁰⁴ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.489; **ESENER/ GÜVEN**, s.181; **AYAN**, Mülkiyet, s.127; **ÖZKAYA**, s.19; **ŞAHİNİZ**, s.105.

⁵⁰⁵ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.498; **ESENER/ GÜVEN**, s. 182; **EREN**, Mülkiyet, s.48; **AYAN**, Mülkiyet, s.132; **ÖZKAYA**, s.34. Taşınmaz mülkiyetini, kazandırıcı zamanaşımı gibi tescil dışı bir sebeple kazanmış olan kişinin taşınmazına bir müdahale söz konusu olursa, elatmanın önlenmesi davası ile birlikte tescil davasının da açılması gerekir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.498-499. Taşınmaz satış vaadine dayanarak elatmanın önlenmesi davası açılmaz. Zira satış vaadi sözleşmesi ile aynı bir hak kazanılmaz. Satış vaadi sözleşmesi ile kazanılan şahsi hak da elatmanın önlenmesi davası açmaya yetmez. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.499. Elatmanın önlenmesi davası devam ederken davacının dava konusu malı bir başkasına devretmesi halinde, usul ekonomisi açısından yeni malikin davaya devam edebilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi halde eski malik tarafından açılmış olan dava, davacının sıfatını kaybetmesi nedeniyle düşecek; bu arada devam eden haksız müdahaleyi önlemek için yeni malik yeni bir dava açacaktır. Bu, usul ekonomisi bakımından doğru olmadığı gibi zaman kaybına da neden olacaktır.

⁵⁰⁶ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.502; **EREN**, Mülkiyet, s.49; **AYAN**, Mülkiyet, s.132. Doğrudan elatmasa dahi haksız müdahalede bulunan kişiyi teşvik eden ya da söz konusu haksız müdahaleye sebep olan kişilere karşı da bu dava açılabilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.502.

⁵⁰⁷ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.502; **AYAN**, Mülkiyet, s.132. Doğrudan elatmasa dahi haksız müdahalede bulunan kişiyi teşvik eden ya da söz konusu haksız müdahaleye sebep olan kişilere karşı da bu dava açılabilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.502.

⁵⁰⁸ **EREN**, Mülkiyet, s.47-48; **KARAHASAN**, Eşya, s.152. Yargıtay 1. HD'nin 14/07/2005 Tarih, E.2005/824 ve K.2005/8963 sayılı kararı için bkz. www.hukukturk.com, siteye giriş: 01/08/2011.

⁵⁰⁹ **EREN**, Mülkiyet, s.48.

davasının açılmasına imkân kalmaz⁵¹⁰. Ancak çok sık karşılaşılan bir durum olmasa da taşınırlar için de elatmanın önlenmesi davası açılması mümkündür. Örneğin park yeri bulamayan ve o sırada bariyerin açık olması sebebiyle bir apartmanın otoparkına aracını park eden otomobil malikinin, bu duruma sinirlenerek bariyeri açmayan ve otomobili alıkoyan apartman sakini aleyhine elatmanın önlenmesi davası açması mümkündür.

Elatmanın önlenmesine karar verilebilmesi için elatmanın hukuka aykırı olması gerekir. Elatma bir yasa hükmüne ya da sözleşmeden kaynaklanan bir ayni ya da şahsi hakka dayanıyorsa hukuka aykırı bir elatmadan söz edilemez⁵¹¹.

Elatmanın önlenmesi davası bir eda davası niteliğindedir. Çünkü bu dava, haksız bir elatmanın kaldırılmasına yönelik bir davadır ve dava sonunda hâkim davalıyı bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm eder⁵¹².

b- Elatmanın Önlenmesi Davası ile Ortak Menfaatin Korunması

Paylı mülkiyette TMK m.693/III, elbirliği mülkiyetinde TMK m.702/IV birlikte maliklerden her birine, tek başına elatmanın önlenmesi davası açma imkânı vermektedir⁵¹³. TMK m.702/IV'ün açık hükmüne rağmen, elatmanın önlenmesi davasını elbirliği mülkiyetinde maliklerin hep birlikte veya ortak bir temsilci vasıtasıyla açabileceğini savunan görüşü⁵¹⁴ doğru bulmuyoruz. TMK m.702/IV ile,

⁵¹⁰ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.491.

⁵¹¹ **ÖZKAYA**, s.20. Mülkiyete müdahalenin hukuka aykırı olup olmadığını hâkim öncelikle TMK m.730 ve TMK m.737 vd. maddeler uyarınca, bu hükümlerin yetersiz kalması halinde ise TMK m.1 uyarınca hukuk yaratma yetkisine dayanarak tespit edecektir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.491. Müdahalenin hukuka aykırılığının tespitinde, zarar gören şeyin yakın gelecekteki durumunun da dikkate alınması gerekir. Bu konudaki örnek için bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.493. Elatmanın önlenmesi davasının açılabilmesi için zarar doğmuş olması şart değildir. Bkz. **ÖZKAYA**, s.21; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.494; **ESENER/ GÜVEN**, s.181. Haksız elatma neticesinde zarar meydana gelmiş ise, bu zarar TBK m.49 (EBK m.41) uyarınca talep edilebilir. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.496; **ÖZKAYA**, s.21; **ŞAHİNİZ**, s.107.

⁵¹² **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.496; **ÖZKAYA**, s.21; **ŞAHİNİZ**, s.107. Elatmanın önlenmesi davası neticesinde davalıyı mahkûm eden kararın kesin hüküm mahiyeti sadece elatmanın önlenmesine ilişkindir. Söz konusu karar davacının mülkiyet hakkının tespiti bakımından kesin hüküm teşkil etmez. Davacı mülkiyet hakkının da ayrıca tespit edilmesini istiyor ise elatmanın önlenmesi davası ile birlikte ya da ayrı olarak bir tespit davası açmalıdır. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.496.

⁵¹³ **EREN**, Mülkiyet, s.47-48.

⁵¹⁴ Görüş için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.131.

elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin tek başına elatmanın önlenmesi davası açabileceği konusunda tereddüt kalmamıştır. Birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelik haksız elatmanın önlenmesi ile maliklerin hepsinin ortak menfaati korunmuş olur. Haksız elatmanın önlenmesi ile bir kısım maliklerin menfaati korunurken diğerlerinin menfaatinin korunmaması söz konusu olamaz; dava sonunda verilen karar ile birlikte mülkiyet konusu eşyanın tamamı korunmuş olur⁵¹⁵. Başka bir deyişle, elatmanın önlenmesi davası sonucunda elde edilecek lehe hükümle, bütün maliklerin objektif menfaati korunmuş olur.

Özetlemek gerekirse, TMK m. 693/III ve TMK m.702/IV karşısında, gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde ortak eşyaya yönelik haksız bir elatmanın önlenmesi için bütün maliklerin birlikte hareket etmesini aramak kanunun amacına uymaz. Tek bir malik tarafından açılan elatmanın önlenmesi davasının taraf ehliyeti sebebiyle usul yönünden reddi hukuka aykırı olup, davanın esasına girilmeli ve haksız bir elatmanın varlığının tespiti halinde elatmanın önlenmesine hükmedilmelidir. Bu hüküm ile birlikte mülkiyet konusu eşya bir bütün olarak korunmuş olur ve bu korumadan bütün malikler yararlanırlar.

c- Elatmanın Özel Bir Türü Olan Kamulaştırmasız Elatma Durumunda Ortak Menfaatin Korunması

Kamulaştırmasız elatma⁵¹⁶, birçok eserde bir kamu tüzel kişinin özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı, kamulaştırma işlemi yapmaksızın fiilen işgal etmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵¹⁷. Kamulaştırmasız elatmayı fiili elatma ile sınırlamayan ve taşınmaza fiili olarak elatılmamakla birlikte mülkiyet hakkının vermiş olduğu yetkilerin kanunda öngörülenin üzerinde aşırı sınırlanması halini de kamulaştırmasız elatma kavramına dâhil eden tanımın⁵¹⁸ daha uygun olduğu görüşündeyiz.

⁵¹⁵ Yargıtay 1. HD'nin 11/11/1991 Tarih, E.1991/9230 ve K.1991/12829 sayılı kararı için bkz. **BALCI**, s.110; **KÜLEY**, Temsil, s.415.

⁵¹⁶ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **SEZER ÇABRİ**, Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, EÜHFD, C.15, S.1-2 (2011), s.77 vd.

⁵¹⁷ **KEMAL GÖZLER**, İdare Hukuku Dersleri, B.17, Bursa 2015, s.734; **TURGUT TAN**, İdare Hukuku, B.4, Ankara 2015, s.595; **ENDER ETHEM ATAY**, İdare Hukuku, B.4, Ankara 2014, s.811.

⁵¹⁸ Tanım için bkz. **ÇABRİ**, s.87.

Kanaatimizce kamulaştırmatsız elatma, adından da anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkının idare kanalıyla ihlal edilmesidir. Anayasamız mülkiyet hakkını 35. madde ile güvence altına almıştır. Anayasamız, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, özel mülkiyette bulunan mallara ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla kamulaştırma yaptıktan sonra elatmalarına müsaade etmektedir (AY m.46). İdare, kendisine Anayasa tarafından tanınmış olan olanak ve yetkiyi kanuna uygun bir biçimde kullanmaksızın özel mülkiyete tabi bir taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz⁵¹⁹. O halde kamulaştırmatsız elatma Anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırı bir fiildir⁵²⁰. Kamulaştırmatsız elatmada bir idari işlem söz konusu değildir; idarenin mülkiyet hakkını ağır şekilde ihlal eden bir fiili söz konusudur⁵²¹. İdarenin, kamulaştırma işlemi olmaksızın özel mülkiyetteki bir taşınmaza elatması “haksız fiil”den başka bir şey değildir⁵²². Kamulaştırma kararı bulunmadan özel mülkiyetteki bir taşınmaza el koyan idare “haksız zilyet” durumundadır⁵²³. Kanaatimizce kamulaştırmatsız elatma davaları, Türk Hukuku için hukuka aykırılığın zirveye ulaştığı bir uygulamanın sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kamulaştırmatsız elatmaya ilişkin davaların temelini oluşturan şey Yargıtay’ın 16/05/1956 Tarih, E. 1 ve K. 6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıdır⁵²⁴. “*Acele Kamulaştırma*” başlıklı Kamulaştırma Kanunu’nun 27 nci maddesi ile savaş ve seferberlik gibi olağanüstü hallerde bile kamulaştırmanın nasıl yapılacağı düzenlenmişken, tüm hukuka aykırılıkları bünyesinde barındıran bir

⁵¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 10/04/2003 Tarih, E.2002/112 ve K.2003/33 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 10/08/2015.

⁵²⁰ GÖZLER, s.734; ATAY, s.811.

⁵²¹ GÖZLER, s.734.

⁵²² TAN, s.595; GÖZLER, s.734; ÇABRİ, s.84, 87. Kamulaştırmatsız el atmayı ceza hukuku açısından suç, borçlar hukuku açısından haksız fiil, eşya hukuku açısından taşınmaz mülkiyetine haksız elatma olarak değerlendiren görüş için bkz. ETEM SABÂ ÖZMEN/ EMEL ÜNAL, Kamulaştırmatsız El Atma Sonucu Dava Hakkının Kaybolmasına Dayalı Hakların 5999 Sayılı Değişiklikle Korunması, Erzan Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012, s. 639. Uyuşmazlık Mahkemesinin, 08/12/1986 Tarih, E.1986/50 ve K.1986/50 sayılı kararı için bkz. ŞAHİNİZ, s.42-43.

⁵²³ ŞAHİNİZ, s.122.

⁵²⁴ Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 02/02/2012. Karar özetle şu şekildedir: “*Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksizin gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, esas itibarıyla, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmü şahsiyeti aleyhine meni müdahale davası açmağa hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmü şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine ve isteyebileceği bedelin de mülkiyet hakkının devrine razı olduğu tarih olan dava tarihindeki bedel olduğuna 16.5.1956 tarihinde ilk toplantıda ittifakla karar verildi.*”

fiil karşısında Yargıtay'ın "bedele dönüştürme davası" adı altında yasalarda olmayan bir dava yaratmış olması anlaşılır gibi değildir.

Taşınmazına kamulaştırmamasız elatılan malik, elatan idareye karşı haksız elatmanın önlenmesi davası açabilir⁵²⁵. Birlikte mülkiyet konusu bir taşınmaza yönelik bir kamulaştırmamasız elatma söz konusu ise, maliklerden her biri tek başına elatmanın önlenmesi davası açabilir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi elatmanın önlenmesi davası açmak ortak menfaatin korunması kapsamındadır. Maliklerden her biri, söz konusu haksız elatmayı tek başına önleme imkânına sahiptir⁵²⁶. Haksız elatmanın bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirilmesi ile devlet ya da bir kamu tüzel kişisi tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur.

Taşınmazına kamulaştırmamasız elatılan kişi, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine elatmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, bu duruma razı olduğu takdirde taşınmazın değerinin tahsilini de isteyebilir⁵²⁷. Aynı şekilde taşınmazına kamulaştırmamasız elatılan malik TBK m.49 uyarınca haksız fiil nedeniyle tazminat davası da açabilir⁵²⁸. Taşınmazına kamulaştırmamasız elatılan malik ya da malikler, bu elatma dolayısıyla ecrimisil de isteyebilirler⁵²⁹. Malikler, ecrimisili elatmanın önlenmesi davası ile birlikte de isteyebilirler⁵³⁰. Ecrimisil, tazminat gibi parasal nitelikteki talepler bölünebilir nitelikte olup, ortak menfaat kapsamında değerlendirilemez. Birlikte mülkiyette bölünebilir talepler bakımından herkes kendi

⁵²⁵ **ŞAHİNİZ**, s.37, 122; **TAN**, s.595; **GÖZLER**, s.734; **EREN**, Mülkiyet, s.45 vd.; **ÇABRİ**, s.87; **ATAY**, s.811; Yargıtay'ın 16/05/1956 Tarih, E.1 ve K.6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 02/02/2012; Yargıtay HGK'nın 13/11/1971 Tarih, E.1969/1-84 ve K.1971/676 sayılı kararı için bkz. **ŞAHİNİZ**, s.123.

⁵²⁶ Paylı mülkiyete konu taşınmaza kamulaştırmamasız elatılması halinde paydaşların payları ile sınırlı olarak tek başlarına dava açabileceklerine ilişkin Yargıtay 5. HD'nin 06/08/2006 Tarih, E.2006/4072 ve K.2006/7004 sayılı kararı için bkz. **KAÇAK**, Usul, s.433-434.

⁵²⁷ **TAN**, s.595; **VELİ BÖKE**, Kamulaştırmamasız El Atma Davaları, B.2, Ankara 2006, s.94, (*Kamulaştırmamasız El Atma*); Yargıtay 5. HD'nin 06/11/2003 Tarih, E.2003/11522 ve K.2003/12923 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırmamasız El Atma, s.108-109; Yargıtay 5. HD'nin 25/06/2004 Tarih, E.2004/4982 ve K.2004/7350 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırmamasız El Atma, s.113-114; Yargıtay'ın 16/05/1956 Tarih, E.1 ve K.6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 02/02/2012.

⁵²⁸ **GÖZLER**, s.734; **ÖZMEN/ ÜNAL**, s.646-647, 652.

⁵²⁹ Yargıtay 5. HD'nin 16/04/2002 Tarih, E.2002/5797 ve K.2002/9194 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırmamasız El Atma, s.106-107.

⁵³⁰ **BÖKE**, Kamulaştırmamasız El Atma, s.94.

pay oranında dava açmaya yetkili olduğundan paydaşların ya da ortakların tek başlarına tazminatın ya da ecrimisilin tamamı için dava açma yetkileri yoktur⁵³¹.

Paydaşlardan biri kamulaştırmасız elatmanın iptali davası açıp, diğerleri de bedele, tazminata ya da ecrimisile ilişkin dava açarsa; bu davada hâkim, kamulaştırmасız elatmanın iptali davasını bekletici mesele yapmalıdır. Kamulaştırmасız elatmanın iptaline karar verilirse, hâkim bedel davasını reddetmeli; kamulaştırmасız elatmanın iptali davası reddedilirse, hâkim bedele ilişkin karar vermelidir.

C- Tespit Davası ile Ortak Menfaatin Korunması

Mülkiyet hakkı tespit davası ile de korunabilir. Malik tespit davası ile mülkiyet hakkının varlığının mahkeme kararıyla tanınmasını ister. Tespit davası müspet tespit davası şeklinde olabileceği gibi menfi tespit davası şeklinde de olabilir. Müspet tespit davasında malik kendisinin mülkiyet hakkının varlığının tespitini ister. Menfi tespit davasında ise malik ya malın zilyedinin o şeyin maliki olmadığına ya da kendi mülkiyet hakkının başka bir ayni hakla yüklü olmadığına tespit edilmesini ister⁵³².

Taşınmazın sınırlarının belirtilmesi veya Usul Hukukunun imkân verdiği ölçüde mülkiyet hakkının tespiti için gereken davalar da paydaşlardan her biri tarafından açılabilir⁵³³. Birlikte mülkiyet konusu eşyanın tamamına ilişkin bir hususun tespiti bölünemez niteliktedir ve ortak menfaatin korunması kapsamındadır. Bu nedenle, birlikte mülkiyet konusu eşyanın tamamına ilişkin bir hususun tespiti için maliklerden her biri tek başına dava açmaya yetkilidir. Ancak paya ilişkin bir hususun tespiti söz konusu ise, sadece o paydaş dava açabilir ve bu davanın sonucu diğer paydaşlara etki etmez.

⁵³¹ Yargıtay HGK'nın 31/01/1996 Tarih, E.1995/5-995 ve K.1996/26 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırmасız El Atma, s.181.

⁵³² **AKİPEK**, Mülkiyet, s.88; **EREN**, Mülkiyet, s.50.

⁵³³ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.589. Kadastro Kanunu Geçici 8 inci madde, böyle bir hakkın varlığının mahkeme tarafından tespitiyle kadastrounun yapılmasını sağlar.

IV- ORTAK MENFAATİN İDARİ YOLLARDAN KORUNMASI

Ortak menfaati koruma yetkisini, “*Birlikte mülkiyette bölünemeyen objektif ortak menfaati elde etmek amacıyla, üçüncü kişilere karşı girilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanmasıdır.*” şeklinde tanımlamış idik. Tanımda bahsi geçen üçüncü kişi gerçek kişi olabileceği gibi üçüncü kişinin bir özel hukuk tüzel kişisi ya da kamu hukuku tüzel kişisi olması da mümkündür. Öyle ki bazı durumlarda Devlete karşı dahi ortak menfaatin korunması gündeme gelebilir. Bu kısımda birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerden birinin ya da bir kaçının, diğerlerine de etki edecek şekilde idari işlemlerin iptali için dava açabilip açamayacağını ve idareye başvuru yapabildiğini yapamayacağını incelemeye çalışacağız.

A- İdari Davalar ile Ortak Menfaatin Korunması

İdari dava türleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2 nci maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında, idari dava türlerine kısaca değindikten sonra, hangi tür idari davaların ortak menfaatin korunması kapsamında tek bir paydaş tarafından dahi açılabilceği hususundaki kanaatimizi açıklamaya çalışacağız.

a- İptal Davaları⁵³⁴

İdari dava türlerini düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu’nun 2 inci maddesinin 1 inci fıkrasının a bendine göre; iptal davaları, idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan davalardır.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri nedeniyle hukuka aykırı olan idari işlemlerin iptalini talep edebilmek için bu idari işlem dolayısıyla bir menfaatin ihlâl edilmiş olması gerekir. Menfaati ihlâl edilen bir kişinin iptal davası açmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁵³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ATİLLA UYANIK**, İdari Yargıda İptal Davalarının Değerlendirilmesi, Mevzuat Dergisi, Y.6, S.61, Ocak 2003; **GÖZLER**, s.827 vd.; **TAN**, s.760 vd.

Bununla birlikte, idari işlemin birlikte malik olma sebebiyle birden çok kişinin menfaatini ihlal etmesi halinde, davanın birlikte maliklerden biri ya da birkaçı tarafından açılmasının yeterli olup olmadığının tespiti konumuzun temelini oluşturmaktadır.

İdari işlemin iptali talebi bölünemez nitelikte bir taleptir. Zira, idari işlemin iptali ile birlikte işlem hükümsüz hale gelir; paydaşlardan bir kısmı için işlem bir hüküm ifade etmezken diğer kısmı için işlemin geçerliliğini koruması söz konusu olamaz. Bu nedenle, birlikte mülkiyet konusu eşyayı ilgilendiren bir idari işlemin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olması sebebiyle birlikte maliklerin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde, bu işlemin iptali için maliklerden her biri tek başına iptal davası açmaya yetkilidir. Zira maliklerin objektif olarak zararına olan bir idari işlemin iptali ile ortak menfaat korunur. Maliklere bu imkânı vermemek, paylı mülkiyette TMK m.693/III'ün, elbirliği mülkiyetinde TMK m. 702/IV'ün amacı ile bağdaşmaz.

İdari işlemlerin çeşitliği nedeniyle, hangi idari işlemlerin iptali için açılacak olan davaların ortak menfaatin korunması kapsamında olduğunu tek tek saymak mümkün değildir. Örneğin birlikte mülkiyet konusu bir taşınmazı da içine alan bir alana ilişkin olarak taşınmazın durumunu kötüleştiren bir imar planının onaylanması, birlikte mülkiyet konusu taşınmazı da içine alan bir alanın doğal sit alanı ilan edilerek taşınmaz için yapı yasağı getirilmesi ya da taşınmazın hukuka aykırı olarak sahil şeridi içerisinde kalacak şekilde kıyı kenar çizgisi belirlenerek yapı yasağı getirilmesi, taşınmazın hukuka aykırı olarak kamulaştırılması vb. hallerde birlikte mülkiyet konusu malın değeri azalmakta ve bu tür idari işlemler bütün paydaşların aleyhine bir sonuç yaratmaktadır. Bu idari işlemlerin her birini ayrı başlık altında incelemek konunun gereksiz yere uzamasına neden olacağından iptali talep edilen idari işlemin, birlikte maliklerin hepsinin objektif olarak zararına olması halinde açılacak olan iptal davalarının ortak menfaatin korunması kapsamında olacağı şeklinde bir genel kaide belirlemekle yetineceğiz. Buna karşılık, özel olarak değinmek istediğimiz birkaç idari dava türü için ortak menfaatin korunmasını ayrıntılı olarak anlatmak isteriz. Örneğin uygulamada sıkça karşılaşılan bir dava türü olan kamulaştırma işleminin iptali davasını birlikte maliklerin tek başına açabileceği hususunun özellikle anlatılmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz. Aynı şekilde son yıllarda sıkça karşılaşılan ve

önümüzdeki zamanlarda da uygulaması çok olacak olan riskli yapıya ilişkin davalar bakımından da ortak menfaatin korunması konusunu özellikle incelemenin gerek öğreti gerekse uygulama için faydalı olacağı kanaatindeyiz.

i- Kamulaştırma Davalarında Ortak Menfaatin Korunması

Kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallara, Devlet ve kamu tüzelkişilerince el konulması şeklinde tanımlanabilir. Kanaatimizce kamulaştırma da mülkiyet hakkına yönelik bir tür elatmadır.

Usulüne uygun olmayan kamulaştırma işlemi, taşınmaz malikine dava açma hakkı verir. Kamulaştırma işlemlerinde mülkiyete yönelik kamu hukukundan kaynaklanan kısıtlamalara katlanma yükümlülüğü karşısında, paydaşların iki tür dava açma imkânı bulunmaktadır. Taşınmazı kamulaştırılan malik, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açabileceği gibi; kamulaştırma işleminde meydana gelebilecek maddi hatalara karşı adli yargıda düzeltim davası da açabilir (Kamulaştırma Kanunu m. 14/I). İdari işlem olarak kamulaştırmanın sakatlığına dayalı iptal davası ile kesinleşmiş bir kamulaştırma işleminden dolayı bedelin tartışıldığı dava (KK m.10) farklı sonuçlara tabidir.

Kamulaştırılan taşınmaz, birlikte mülkiyet konusu bir taşınmaz ise; elbirliği mülkiyetinde ortakların, paylı mülkiyette paydaşların tek başlarına hukuka uygun olmayan kamulaştırma işleminin iptali için dava açma hakları vardır (KK m.14/III)⁵³⁵. KK m.14/ III paydaşların tek başına dava açma haklarını açıkça düzenlemiştir. Ancak bu hüküm olmasa idi dahi, TMK m.693/III ve TMK m.702/IV hükümleri vasıtasıyla, usulüne uygun olmayan kamulaştırma işleminin birlikte mülkiyet konusu taşınmazın tamamı bakımından iptali için her bir paydaşın ya da ortağın tek başına dava

⁵³⁵ VELİ BÖKE, 4650 sayılı Kanunla Değişik-2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, B.3, Ankara 2008, s.557, (*Kamulaştırma*); Yargıtay 18. HD'nin 24/09/1998 Tarih, E.1998/7613 ve K.1998/9577 sayılı kararı için bkz. SAİT REZAKİ/ MUZAFFER TUTAR/ TAHSİN MURAT PULAK/ ÜMMÜHAN ARAS, Kamulaştırma Davaları, Açıklamalar-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, C.2, Ankara 1999, s.937; Yargıtay 18. HD'nin 29/05/1997 Tarih, E.1997/ 4248 ve K.1997/ 5509 sayılı kararı için bkz. REZAKİ/ TUTAR/ PULAK/ ARAS, s.946.

açabileceği sonucuna ulaşabilirdik. Zira daha önce de ifade ettiğimiz gibi kamulaştırma işlemi, mülkiyet hakkına devlet kanalıyla elatılmasıdır. Eğer bu elatma usulüne uygun olarak yapılır ise paydaşların yapabilecekleri hiçbir şey yoktur. Çünkü elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için elatmanın haksız olması şarttır. Hukuka uygun olan bir şeyin haksız olması söz konusu olamayacağından, kamulaştırma işlemi yasaya uygun olarak yapılırsa haksız bir elatma söz konusu olmaz. Ancak, kamulaştırma işlemi usulüne uygun olarak yapılmaz ise bu durumu haksız bir elatma olarak değerlendirmek mümkün olur.

KK m.12/5'e göre, paydaşlar arasında fiili yararlanma anlaşması bulunması halinde paydaşların sadece kendilerine özgülenen kısım için dava hakları vardır⁵³⁶. Kanaatimizce bu düzenleme, birlikte mülkiyetin yapısı ile bağdaşmamaktadır. Gerek paylı mülkiyette, gerekse elbirliği mülkiyetinde, maliklerin hakları ortak şeyin tamamına yayılmış durumdadır. Malikler arasında fiili kullanma tarzını belirleyen bir anlaşmanın olması da bu gerçeği değiştirmez. Fiili kullanma tarzını belirleyen bu anlaşma iç ilişkiyi ilgilendirir. Bu nedenle, kanaatimizce birlikte mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlar arasında fiilen taksim edilmiş olması halinde de, bütün maliklerin taşınmazın tamamı için kamulaştırma işlemine karşı tek başlarına dava açma imkânları vardır.

Yine KK m.12/5'e göre: “ *Kısmen kamulaştırılan paylı mülkiyete konu taşınmaz mal, evvelce paydaşlar arasında fiilen bölünerek bir veya birkaç paydaşın tasarruf ve yararlanmasına bırakılmış ve yapılan kısmi kamulaştırma bu yerin tamamını veya bir kısmını kapsıyor ise, bu durumda kamulaştırmaya ilişkin işlemler sadece bu paydaş veya paydaşlar hakkında yürütülerek kamulaştırma bedeli payları oranında kendilerine ödenir. Pay veya paydaşların sadece bu kısım için dava hakları vardır. Taşınmaz malın kamulaştırılmayan kısmı üzerinde hakları kalmaz ve adları paydaşlar arasından çıkarılır. Kamulaştırılan bu yerler tapu sicilinde idare adına tescil olunur.*” Yani bu hükme göre, paydaşlar arasında fiili taksim bulunması halinde, taşınmazın kısmen kamulaştırılması ve bu kısmi kamulaştırmanın paydaşlardan birine özgülenen kısma tekabül etmesi halinde, kamulaştırmaya ilişkin işlemler sadece bu paydaş

⁵³⁶ Paydaşlar arasında fiili yararlanma anlaşması bulunması halinde paydaşların dava haklarının kendilerine özgülenen yerin yüzölçümüne göre belirleneceği şeklindeki görüş için bkz. **REZAKİ/ TUTAR/ PULAK/ ARAS**, s.936.

hakkında yürütülecek, kamulaştırma bedeli payı oranında kendisine ödenecek ve kamulaştırma neticesinde bu paydaş birlikte mülkiyet birliğinden çıkarılacaktır⁵³⁷.

Kanaatimizce bu düzenleme birlikte mülkiyetin yapısı ile bağdaşmamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi paylı mülkiyette de elbirliği mülkiyetinde de, maliklerin hakları ortak şeyin tamamına yayılmış durumdadır ve fiili kullanma tarzını belirleyen bir anlaşmanın olması bu gerçeği değiştirmez. Kanaatimizce, kısmi kamulaştırmanın sadece maliklerden birine özgülenen kısım için söz konusu olması halinde de, olması gereken hukuk bakımından, kamulaştırma işlemi bütün malikler hakkında yürütülmelidir. Kendisine tahsis edilen kısım kamulaştırılan paydaş, birlikte mülkiyet birliğinden çıkarılmamalı ve kamulaştırma neticesinde geriye kalan kısımda bütün maliklerin birlikte hak sahipliği devam etmelidir.

Kamulaştırma işleminin iptali bölünemeyen ortak bir menfaattir ve birlikte mülkiyette ortak menfaati korumaya her bir malik tek başına yetkilidir. Aynı şekilde maliklerden biri tek başına kamulaştırma bedelinin arttırılmasını da talep edebilir. Zira kamulaştırma bedelinin artırılması bütün maliklerin yararınadır ve onlara hiçbir yükümlülük getirmez.

Son olarak KK m. 14'ün son fıkrasında yer alan “*Açılan davaların sonuçları dava açmayanları etkilemez*” şeklindeki ifadede ne anlamak gerektiği hususundaki fikrimizi açıklamak isteriz. Açılan davaların sonuçlarının dava açmayanları etkilemeyeceği hükmü kanaatimizce kamulaştırma işleminin iptali için açılan davaların lehe sonuçlarını kastetmemektedir. Hüküm, davanın aleyhe sonuçlanması halinde diğer maliklerin dava hakkına halel gelmeyeceğini işaret etmektedir. Kamulaştırma işleminin iptali bölünemez ortak menfaatin korunması kapsamındadır ve paydaşlardan biri dahi tek başına, usulüne uygun olmayan kamulaştırma işleminin, taşınmazın tamamı bakımından iptalini isteyebilir ve bu davanın sonuçlarından diğer malikler de yararlanır. Ortak menfaati korumanın anlamı da zaten paydaşlardan biri tarafından yapılan hukuki işlem ya da eylemden, açılan davadan vb. diğerlerinin de yararlanabilmesidir. Yani yapılan işlem, açılan dava vb. lehe olan durumlar bakımından diğer hak sahiplerini de etkiler. Başka bir deyişle, kamulaştırmanın iptali

⁵³⁷ Bu konuya ilişkin Yargıtay HGK'nın 25/01/1995 Tarih, E.1994/5-400 ve K.1995/15 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırma, s.552-553.

için açılan davaların kazanılması halinde, bundan diğer paydaşlar da yararlanır. Kamulaştırma işleminin pay oranında iptali söz konusu olamaz. Kamulaştırma işleminin iptali davasında başarıya ulaşarak ortak menfaati koruyan paydaşın bu tutumuna karşılık, bazı paydaşların kamulaştırma işleminin menfaatlerine daha uygun olduğunu, zaten paylı halin giderilmesi davası açacakları iddiasıyla kamulaştırma işlemi ile bu davaya gerek kalmadan bedele kavuşma yolunda fırsat yakaladıkları yönündeki iddiaları dinlenmemelidir. Aksi halde, iptal davası açan paydaş yönünden kamulaştırma işlemi iptal edilirken, diğer paydaşların paylarının kamulaştırılması gibi bir sonuç çıkar ki bu durumda idare, söz konusu taşınmaza iptal davası açan paydaş ile birlikte malik olur. Aşağıdaki paragrafta anlatılacağı üzere iptal davasını kazanan paydaşın payının bulunduğu bir taşınmazın kamu hizmetine özgülenmesi düşünülemeyeceğinden, idare amacına ulaşamayacağı bir pay edinmiş olur. Böyle bir çözüm tarzının benimsenmesi mümkün olmayacağı için, kamulaştırma işleminin kısmen iptaline hükmedilmesi de düşünülemez. Kamulaştırma işleminin iptali davasının kaybedilmesi halinde ise diğer paydaşların dava hakkı düşmez, aleyhe olan sonuç onları etkilemez.

KK m.14/son hükmünü, kamulaştırma işleminin iptali için açılan davalarda verilen kararların dava açmayan paydaşlara etki etmeyeceği şeklinde yorumlayan görüşe⁵³⁸ katılmamaktayız. Açılan davaların sonuçlarının dava açmayanları etkilemeyeceği şeklindeki yorum, uygulamada fahiş hatalı sonuçlara neden olabilmektedir. İdarenin birlikte mülkiyet konusu taşınmazın tamamını kamulaştırmak istemesi karşısında tek başına dava hakkı olan paydaşlardan bir kısmının iptal davası açmasına ve bu davayı kazanmasına karşılık, diğer kısmının dava açmaması mümkündür. Bu durumda idare, dava açmayarak kamulaştırma işlemini iptal ettirmeyen paydaşların payını edinirken, kamulaştırma işlemini iptal ettiren paydaşların payını edinememektedir. Bu, idarenin hiç de arzu etmediği bir sonuç yaratmaktadır. Zira bu durumda idare kamu hizmetine asla özgüleyemeyeceği bir pay veya elbirliği ortaklığı sahibi olmaktadır. Sonuç olarak ortada sakatlığı kesin hükme bağlanmış bir kamulaştırma işlemi ve bu sakat işleme dayalı olarak edinilmiş paylar söz konusu olmaktadır. İşte bu sonuç, kamulaştırma davalarına bakan yargı organlarının, birlikte mülkiyeti ve Kamulaştırma Kanununun ruhunu anlayamamış

⁵³⁸ **ERTAŞ**, Eşya, s.238, 260; **BÖKE**, Kamulaştırma, s.559; Danıştay 6. Dairesinin 09/04/1990 Tarih, E.1988/2607 ve K.1990/582 sayılı kararı için bkz. **BÖKE**, Kamulaştırma, s.565-566.

olmasından kaynaklanır. İşte bu konuda hatalı sonuçlara varan yargı organları, ortak menfaati koruma yetkisinin varlığından haberdar olsaydı, paydaşlardan biri tarafından açılan idari işlemin iptali davasında verilecek hükmün taşınmazın tamamı için etkili olacağını öngörerek, diğer paydaşlara karşı yürütülen kamulaştırma işlemini bu davanın sonucuna kadar bekletirdi.

Kanunda “*Satın alma usulü*” olarak nitelendirilen, ancak bize göre “*idarenin idari yolla devir teşebbüsünde bulunma yükümlülüğü*” olarak nitelendirilmesi gereken kamulaştırma usulünü düzenleyen KK m.8’de de bütün paydaşların temsilinin zorunlu olması gerektiği fikrindeyiz. KK m.8’e göre “*İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.*” Eğer kamulaştırılmak istenen taşınmaz birlikte mülkiyete konu bir taşınmaz ise, KK m.8’e göre yapılacak olan pazarlığa bütün maliklerin aynı anda davet edilmesi gerekir. Aksi halde, maliklerle ayrı ayrı pazarlık masasına oturan idare, anlaşmaya vardığı paydaşların paylarını tapuda tescille devralırken, anlaşmaya yanaşmayıp iptal davası açan ve başarıya ulaşan paydaşın ya da paydaşların paylarını iktisap edemeyecektir. Bu durumda da yine idarenin elinde kamu hizmetine özgüleyemeyeceği özel mülkiyet payları olacak ve yapılan işlemlerin idare açısından bir anlamı olmayacaktır.

ii- 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁵³⁹ Kapsamında Ortak Menfaatin Korunması

Bu konuyu iptal davaları başlığı altında incelememizin sebebi, riskli yapı tespiti işleminin iptali için açılacak olan davanın iptal davası niteliğinde olmasıdır. Ancak biz bu başlık altında sadece riskli yapı tespiti⁵⁴⁰ işleminin iptali ile ortak menfaatin korunması konusunu anlatmakla yetinmeyip genel olarak 6306 sayılı Kanun ve bu kanunun uygulama yönetmeliği kapsamında bir tek malik tarafından yapılacak işlemleri ve bu işlemlerin ortak menfaatin korunması kapsamında olup olmadığını da

⁵³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **NAFİ PAKEL**, 6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak-Şubat 2013, C.87, S.12, Y.2013, s. 275 vd., (*Kentsel Dönüşüm*).

⁵⁴⁰ Riskli yapı uygulamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **NAFİ PAKEL**, 6306 Sayılı Yasa ve Riskli Yapı Uygulaması, İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan 2014, C.88, S. 2, Y.2014, s.77 vd., (*Riskli Yapı*).

incelemeye çalışacağız. Zira 6306 sayılı Kanun kapsamında ortak menfaatin korunması konusunun bölünmeden, bir bütün olarak anlatılması daha uygun olur.

6306 sayılı Kanun kapsamında ortak menfaatin korunması hali en çok binanın riskli yapı olarak tespit edilmesinde ve bu riskli yapı tespiti işleminin iptalinde karşımıza çıkar. Konuyu açıklamaya başlamadan önce riskli yapı kavramından ne anlamak gerektiğine bakmak gerekir. 6306 sayılı Kanun, “Riskli yapı”yı şöyle tanımlamaktadır: “*Riskli alan içinde veya dışında olup, ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapılardır.*” (m.2/d; Uygulama Yönetmeliği, m. 3/g)⁵⁴¹.

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 3 üncü maddesi ile 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin 7 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, yapılarda risk tespiti, malikler ya da kanuni temsilcileri tarafından yaptırılır⁵⁴². Burada geçen “malikler” sözcüğünden ne anlamak gerektiği hususunda öğretide bir tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre⁵⁴³ bu ifadeden “bütün malikler” anlaşılmalıdır, diğer bir görüşe⁵⁴⁴ göre ise bir tek malik dahi binanın riskli olduğunun tespitini isteyebilir.

6306 sayılı Kanun kapsamında riskli yapı tespitinin bütün malikler tarafından yaptırılması gerektiği görüşünde olan Özsunay bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “*4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun ‘paylı mülkiyet’ adını verdiği; önceki TMK’nın ve halkın ‘müşterek mülkiyet’ olarak tanıdığı ‘birlikte mülkiyet’ rejiminde, ‘yapının malikleri birden fazla’dır.*

⁵⁴¹ Kentsel dönüşüm bakımından, “riskli yapı tespiti”ne konu olacak yapılar; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır. İnşaat halinde olup, ikamet edilmeyen yapılar ile metruk olması veya bir kısmının yıkılması nedenleriyle yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilemez (Uygulama Yönetmeliği, m. 7/1).

⁵⁴² Riskli yapı tespiti, ancak Bakanlıkça lisans verilmiş kamu kurum veya kuruluşlarına; üniversitelere ya da belirli niteliklere sahip firmalara (şirketler) yaptırılabilir (6306 sayılı Kanun, m. 3/I ve Uygulama Yönetmeliği, m. 6/1).

⁵⁴³ **ERGÜN ÖZSUNAY**, 6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2014, C.88, S.2014/6, s.42-45, (*Kentsel Dönüşüm*).

⁵⁴⁴ **GÜRSEL ÖNGÖREN/ N. İLKER ÇOLAK**, Kentsel Dönüşüm Rehberi, İstanbul 2015, s.196, dn.1.

Böyle olunca da, sadece bir 'paydaş'ın (yani maliklerden birinin) başvurusuyla 'riskli yapı tespiti'nin yaptırılabilmesi mümkün değildir. Zira, paylı mülkiyet rejiminde, 6306 sayılı Kanun anlamında 'binanın yıktırılıp yenisinin yaptırılması', her paydaşın yapabileceği 'olağan işlerden' veya 'oyçokluğuyla yapılabilecek önemli tasarruflar'dan olmayıp; tüm paydaşların oybirliğine dayalı 'olağanüstü tasarruflar'dandır. TMK m. 692, 'olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi'ni bütün paydaşların kabulüne bağlı kılmuştur.

Bu nedenle de, 'riskli yapı tespiti', ancak tüm paydaşların 'oybirliğiyle alacakları bir karar' üzerine yaptırılabilir. Zira burada, 'eşyanın tamamına ilişkin bir tasarruf' söz konusudur. Bu karar alınırken, tüm paydaşların 'dürüstlük kuralı' uyarınca hareket etmeleri ve paydaşlık hakkını 'kötüye kullanmamaları' gerekir (TMK m. 2). Uygulamada, bazı inşaat firmalarının aldatma amacına yönelik yanıltıcı beyanlarıyla; paylı mülkiyette, Türk Medeni Kanunu hükümleri göz ardı edilerek 6306 sayılı Kanunun 'tek bir paydaş'ın istemiyle harekete geçirilmesi hukuka aykırıdır.⁵⁴⁵

Riskli yapı tespitinin bir tek malik tarafından dahi yapılabileceği görüşünde olan Öngören/ Çolak, bu görüşü şu şekilde eleştirmektedir: "6306 sayılı Kanundaki 'yapı malikleri' ibaresi; Ergun Özsunay hocamızın İstanbul Barosu Dergisinin Kasım-Aralık 2014 tarihli bir yazısında; yapının tüm malikleri olarak Kat Mülkiyeti Kanununa dayanılarak kabul edilmiş, risk tespiti için oybirliği aranmalıdır yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. 6306 sayılı Kanun özel bir kanun olduğundan Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine karşı çelişen konularda uygulama üstünlüğüne sahiptir ve tek bir bağımsız bölüm malikinin talebiyle risk tespiti yapılabilmektedir."⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ ÖZSUNAY, Kentsel Dönüşüm, s.42. Paylı mülkiyet için konuyu bu şekilde açıklayan yazar elbirliği için de aynı sonuca varmaktadır. Şöyle ki: "Paylı mülkiyette olduğu gibi, TMK'undaki 'elbirliği mülkiyeti'nde de (m. 701 vd.) durum aynıdır. 'Elbirliği mülkiyeti', eski TMK'ndaki 'iştirak haklinde mülkiyet' (m. 692) kavramının karşılığıdır. TMK'na göre, 'kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşacak topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp, her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır' (m. 701/I ve II). Elbirliği mülkiyetinde, riskli yapı tespiti istemek için, öncelikle oybirliğine dayalı bir kararın bulunması aranmalıdır. Zira, MK 702/II'ye göre, 'Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim; gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir'. Söz konusu karar alınırken, elbirliğiyle malik olanların 'dürüstlük kuralı' uyarınca hareket etmeleri ve ortaklık durumunu "kötüye kullanmamaları" aranır (TMK m. 2)". Bkz. ÖZSUNAY, Kentsel Dönüşüm, s.43.

⁵⁴⁶ ÖNGÖREN/ ÇOLAK, s.196, dn. 1.

Kanaatimizce de risk tespiti bir tek malik tarafından yapılabilmelidir. Zira birlikte mülkiyet konusu binanın can güvenliği açısından riskli olması, bütün malikleri tehdit eden ortak bir sorundur. Herkes, yaşadığı binanın bir risk taşıyıp taşımadığının tespitini isteyebilmelidir. Kanaatimizce, risk tespiti bölünemeyen, objektif bir menfaat olup TMKm.693/III ve TMK m.702/IV'ten hareketle, ortak menfaatin korunması amacıyla her bir malik tek başına binanın riskli olup olmadığının tespiti için gereken işlemleri yapabilmelidir⁵⁴⁷. Aynı şekilde kat mülkiyetine tabi bir binadaki bir tek kat maliki de binanın riskli olup olmadığının tespiti için gereken işlemleri yapabilmelidir. *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.”* şeklindeki TMK m.23'te kendi tasarrufları ile olsa dahi kişilerin yaşam haklarına ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler yasaklanmıştır. 6306 sayılı yasanın düzenlenme amacı (hikmeti vücudu; ratio legis) da TMK m.23'te olduğu gibi kişilerin yaşam hakkını tehdit eden yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıyan bir yapıda yaşamlarına devam etmelerine engel olmaktır. Yapının riskli olup olmadığının tespiti idarece re'sen dahi yapılabiliyor (6306 sayılı Kanun m.3 /1) iken, riskli yapı tespitinin bütün maliklerce yapılması gerektiğini savunan görüşe katılmamız mümkün değildir. Bir tek paydaşın, ortağın ya da kat malikinin “Ben bu riskli binada yaşayarak yaşam hakkımın ve bedensel bütünlüğümün riskine katlanmak istemiyorum” şeklindeki düşüncesine saygı duyulmalıdır.

Riskli yapı tespitine karşı malikler veya kanunî temsilcilerince tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde itiraz edilebilir (6306 sayılı Kanun m.3/1; Uygulama Yönetmeliği m.7/6). Kanaatimizce, riskli yapı tespit raporuna karşı yapılacak itiraz da ortak menfaatin korunması kapsamında olup, maliklerden her biri tek başına itiraz yoluna gidebilir.

Risk tespitine yapılan itirazın olumlu yanıtlanmaması üzerine, riskli yapı tespiti işleminin iptali için dava açılabilir⁵⁴⁸. İşte bu dava, iptal davası niteliğinde olup

⁵⁴⁷ Birlikte mülkiyet konusu taşınmaza ilişkin olarak maliklerden birinin, riskli yapı kararı için, lisanslandırılmış kuruluşlara başvuru konusunda yetkili olmasını ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendiren görüş için bkz. **ÖZMEN/ AYDIN**, Birlikte Mülkiyet, s.31.

⁵⁴⁸ Teknik Heyetçe verilecek itirazın reddi kararlarına karşı açılacak davalarda, husumetin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na yöneltilmesi gerekir. Bkz. **ÖZSUNAY**, Kentsel Dönüşüm, s.30.

konunun iptal davaları başlığı altında anlatılmasının sebebini bu dava oluşturmaktadır. 6306 sayılı Kanun m. 6/9'a göre; *“Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir.”*⁵⁴⁹ İptal davalarında ortak menfaatin korunmasını anlatırken değinildiği üzere, idari bir işlem dolayısıyla bir eşyaya birlikte malik olanların ortak menfaati ihlal edilir ise, bu idari işlemin iptali için paydaşlardan her biri tek başına dava açabilir. Zira bir idari işlemin iptali bölünemez niteliktedir ve iptal ile birlikte idari işlem bütün malikler açısından hükümsüz hale gelir. Dolayısıyla, maliklerden birinin iptal davası ile elde ettiği hukuki sonuçtan bütün malikler yararlanır.

Binanın riskli olup olmadığının tespiti ortak menfaat kapsamında olduğu gibi, usule uygun olmayan bir risk tespitine yapılan itiraz ve bu itirazın olumsuz neticelenmesi sebebiyle açılacak olan iptal davası da ortak menfaatin korunması kapsamındadır. Sonuçta gerçeğin ortaya çıkmasında bütün maliklerin objektif ortak menfaati vardır. Bu nedenle çatışma halinde bile ortak menfaatin korunması gündeme gelebilir.

Uygulamada 6306 sayılı Kanun kapsamında açılan birçok dava olduğu düşünüldüğünde, özellikle kötü niyetle maliklerin (örneğin yükleniciden diğer maliklere göre daha fazla ödenek almak gibi art niyetle hareket eden maliklerin) birlikte dava açmak yerine ayrı ayrı dava açtıklarına rastlanmaktadır. Böylece birden çok idare mahkemesi bulunan illerde, ayrı ayrı idare mahkemelerinde dava açılarak yürütmenin durdurulması kararı alma şansı arttırılmak istenmektedirler. Aynı konuda farklı kararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, aralarında bağlantı bulunan bu davalar hakkında idare mahkemelerin bağlantı kararı⁵⁵⁰ vermesi (İYUK m.38 vd.) ve sonradan açılan davaların ilk açılan davanın görüldüğü mahkemeye gönderilmesi en uygun çözümdür.

⁵⁴⁹ 6306 sayılı Kanun, idare mahkemesinde açılacak davalarla ilgili olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen 60 günlük dava açma süresini 30 güne indirmiştir. Binanın yıktırılması sonucunu doğuran bir işlemle ilgili olarak doğrudan doğruya yurttaşların mülkiyet hakkını etkileyen bir konuda dava süresinin yarıya indirilmesi eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. **ÖZSUNAY**, Kentsel Dönüşüm, s.29.

⁵⁵⁰ İdari yargıda balantı kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **MELİKŞAH YASİN**, İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007, s.60.

6306 sayılı Kanunda, riskli alanlarda bulunan ya da riskli alanlar dışında kalan ancak riskli yapı raporu verilen yapıların maliklerine belirli süreler için kira yardımı yapılabileceğini düzenlenmiştir (m.5)⁵⁵¹. Kira yardımına ilişkin talepler bölünebilir nitelikte olduğundan, herkes kendi payı oranında talepte bulunur, maliklerden birinin kira yardımı talebinden diğer maliklerin yararlanması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan kira yardımları için yapılan başvurular ortak menfaatin korunması kapsamında değildir.

b- Tam Yargı Davaları⁵⁵²

Tam yargı davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılır (İYUK m.2/I,b). İptal davaları sadece idari işlemler için açılabilen iken, tam yargı davaları hem idari işlemler için, hem de idari eylemler için açılabilir⁵⁵³. Vergi davaları ve idari sözleşmelerden kaynaklanan davalarla birlikte tazminat davaları da tam yargı davası türleridir⁵⁵⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki konusu tazminat talebi olan tam yargı davalarının ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek paydaş tarafından açılmayacağı açıktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, tazminat talepleri bölünebilir niteliktedir ve bölünebilir talepler ortak menfaatin korunması kapsamına girmez. Tazminat talebiyle tam yargı davasını her malik kendi payı oranında açabilir ve bu dava sonucunda elde ettiği sonuç diğer maliklere etki etmez.

Bununla birlikte, konusu bölünemeyen bir menfaate ilişkin olan davalarının ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek paydaş tarafından dahi açılabilmesi sonucuna varmak gerekir. Tam yargı davalarına ilişkin ayrıntılı bilgi vermek konumuzun dışında kaldığından burada sadece tam yargı davaları ile ortak menfaatin korunup korunamayacağına ilişkin genel bir kaide belirlemekle yetineceğiz. Eğer tam

⁵⁵¹ Kira yardımına ilişkin ayrıntılar 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 16/1-4'de açıklanmıştır. Ayrıca Kira Yardımı Uygulamaları Kılavuzu için bkz. www.csb.gov.tr.

⁵⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. **EMEL DAL/ UĞUR Y. DEMİR**, Tam Yargı Davaları, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, 2006-4, s. 69 vd.; **GÖZLER**, s.836 vd.; **TAN**, s.954 vd.

⁵⁵³ **DAL/ DEMİR**, s.70.

⁵⁵⁴ **DAL/ DEMİR**, s.70; **YASİN SEZER/ UĞUR BULUT**, İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016, s.219.

yargı davasının konusu bölünebilir nitelikte bir menfaat ise, her bir malik kendi payı oranında hareket eder; eğer tam yargı davasının konusu bölünemeyen nitelikte objektif bir menfaat ise maliklerden her biri tek başına hareket edebilir ve dava sonucunda elde ettiği lehe hükümden diğer malikler de yararlanır.

B- İdari Başvurular Kapsamında Ortak Menfaatin Korunması

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 11 inci maddesine göre “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.” Hükümden de anlaşılacağı üzere, ilgililer idari davalar yoluyla elde edebilecekleri menfaatler için dava açmadan önce idareye başvurma hakkına sahiptirler. İdari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması gibi taleplerle idareye başvurulabileceği gibi, bir takım faaliyetlerin yürütülebilmesi ya da bazı iş ve işlemlerin yapılabilmesi için gerekli olan izin ve ruhsatlar için de idareye başvuru söz konusu olabilir.

Birlikte mülkiyet konusu bir eşyayı ilgilendiren bir hususa ilişkin olarak idareye başvuru söz konusu olduğunda, başvuru ile elde edilecek sonucun objektif olarak bütün maliklerin menfaatine olması halinde idareye başvuru yoluyla da ortak menfaatin korunması söz konusu olabilir.

İdareye başvuru çok çeşitli sebeplerle söz konusu olabildiği için, burada tek tek hangi sebeple idareye başvurunun ortak menfaatin korunması kapsamına dâhil olup olmadığının sayılması mümkün olmamakla birlikte; bütün paydaşların lehine olan, objektif ve bölünemeyen bir hususa ilişkin olan bir menfaatin sağlanması amacıyla yapılan idari başvuruların ortak menfaatin korunması kapsamında olduğuna ilişkin genel bir kural belirlemek mümkündür. Örneğin zilyetliğin korunması başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiş olan “zilyetliğin idari yoldan korunması” için idareye yapılan başvuru, idari başvuru kapsamında ortak menfaatin korunmasına çok iyi bir örnektir. Birlikte mülkiyet konusu taşınmaza yönelik saldırıların idare kanalıyla

önlenmesi için idareye yapılan başvuru ile zilyetlik korunmuş olur ve bu koruma bütün maliklerin ortak menfaatinedir. Bu nedenle, bir tek paydaş tarafından dahi idareye başvuru yapılabilir, bu başvuru ile elde edilen sonuçtan bütün paydaşlar yararlanır.

KK m.7/son hükmünce “*İdare tarafından, şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10 uncu maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna dair mahkemeden alınacak belge tapu idaresine ibraz edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir.*” Bu şerh tapu idaresince re’sen silinmediği takdirde, kamulaştırılan taşınmaz birlikte mülkiyete konu bir taşınmaz ise, ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında maliklerden her birinin tek başına şerhin terkinini isteme hakkı vardır. Bunun gibi idarece haksız olarak konmuş olan şerhlerin terkinini de ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek malik tarafından dahi talep edilebilmelidir. Örneğin, vergi dairesi tarafından herhangi bir icra emri, ödeme emri gönderilmeden, vergi alacağı olduğu gerekçesiyle taşınmaz üzerine konulan haciz şerhinin terkinini maliklerden her biri tarafından talep edilebilir. Söz konusu şerhin terkinini ile bütün maliklerin objektif ortak menfaati korunmuş olur.

Başka bir örnek de KK Geçici 6 ncı madde uyarınca idareye yapılan uzlaşma başvurularıdır⁵⁵⁵. Maddeye göre “*Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere, bu madde kapsamına giren talepler için dava açmadan önce idareye başvurmak dava şartıdır. Başka bir deyişle, uzlaşma yoluna başvurmadan dava açmak mümkün değildir. O halde, bu madde kapsamına giren birlikte mülkiyet konusu bir taşınmaza ilişkin uzlaşma başvurusunu ortak menfaatin korunması kapsamında maliklerden biri dahi tek başına yapabilmelidir. Aksi halde,

⁵⁵⁵ KK Geçici 6 ncı madde uyarınca idareye başvuruya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZMEN/ÜNAL**, s.665 vd.

bütün maliklerin menfaatine olan bir husus için, TMK m.693/III ve TMK m.702/IV'ün amaçladığı sonuç saf dışı bırakılmış olur.

Parasal talepler bölünebilir nitelikte olduğu için, herhangi bir sebeple (örneğin 6306 sayılı kanun kapsamında taşınmazları yıkılan maliklere yapılan kira yardımı başvurusu) idareye yapılan başvurular ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemez. Herkes kendi başvurusu neticesinde elde ettiği sonuçtan sadece kendisi yararlanır, bölünebilir talepler için yapılan idari başvurular diğer maliklere fayda sağlamaz.

V- KAT MÜLKİYETİNDE ORTAK MENFAATİN KORUNMASI

Kat mülkiyeti, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkan konut sıkıntısını gidermek amacıyla kabul edilmiş özel bir taşınmaz mülkiyeti türüdür⁵⁵⁶. Kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olan bağımsız bölümlerinin, yapının bütününden ayrı olarak mülkiyet hakkının konusu olabildiği bir kurumdur (KMK m.1/ I). Kat mülkiyeti, bağımsız bölümler, bu bölümlere bağlanmış ortak yerler ve arsa payından oluşan bir bütünü ifade eder⁵⁵⁷. Bu başlık altında, kat mülkiyetinin niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi verilmeden, kat mülkiyeti bakımından ortak menfaatin korunması kısaca anlatılacaktır.

TMK m.704/I,3 ve KMK m.15 hükümlerince kat mülkiyetindeki bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluştururlar. Bağımsız bölümlerin paylı mülkiyete ya da elbirliğiyle mülkiyete konu olması halinde, başka bir deyişle bağımsız bölümlerin birden çok malik tarafından edinilmesi halinde çalışmamızın başından bu yana yaptığımız bütün açıklamalar kat mülkiyetindeki bağımsız bölümler için de geçerli olacak; birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması bakımından vardığımız sonuçlar kat mülkiyetindeki bağımsız bölümler için hiçbir değişiklik arz etmeyecektir. Buna karşılık KMK m.16/I uyarınca, kat malikleri KMK m.4'te

⁵⁵⁶ EREN, Mülkiyet, s.144.

⁵⁵⁷ EREN, Mülkiyet, s.147.

tanımlanmış olan ortak yerler üzerinde ortak mülkiyet⁵⁵⁸ hükümlerine göre malik olurlar. O halde, kat malikleri ortak yerler üzerinde paylı olarak maliktirler. Başka bir deyişle, kat mülkiyetinde ortak yerler üzerindeki anlaşmazlıklarda paylı mülkiyet esaslarına göre hareket edilmesi gerekmektedir.

KMK m.9'un "*Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır.*" şeklindeki ifadesinden hareketle, ortak yerler bakımından kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında aksine bir hüküm yoksa ortak menfaatin korunması bakımından da genel hükümlere göre bir sonuca varmak gerekir. O halde, ortak yerlere ilişkin bir menfaatin korunması bakımından her bir kat malikinın tek başına yetkili olduğu sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır. Örneğin, ortak yerlere ilişkin haksız bir saldırı olduğunda her bir kat maliki tek başına bu saldırının önlenmesi ya da sona erdirilmesi için gereken iş ya da işlemleri yapmaya, dava açmaya vb. yetkilidir. Aynı şekilde kat maliklerinden her biri, ortak yerlerle ilgili olarak bütün kat maliklerinin objektif olarak menfaatine olan bir sonuç için hukuki işlem benzeri fiilleri ya da hukuki işlemleri yapmaya tek başına yetkilidir.

Paylı mülkiyette, paydaşların birbirleri aleyhine açtığı davalar bakımından ortak menfaatin korunmasından söz edilemeyeceği, bu hususun iç ilişkiyi ilgilendirdiği sonucuna varmış idik. KMK m.16/II'ya göre kat malikleri, kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi ortak yerlerde her kat malikine ait arsa payı ile oranlı olarak kullanım hakkına sahiptirler. Bağımsız bölüm maliklerinden birinin diğer kat maliki aleyhine garaj, kömürlük vb. ortak yerlere haksız elatması gibi hallerde kat maliklerinin birbirleri aleyhine başvuracakları önlemler, açacakları davalar bakımından da paylı mülkiyette vardığımız sonuca vararak, bu tür işlemlerin ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemeyeceği fikrine ulaşıyoruz. Ancak bağımsız bölümlerden birine birden çok kişi malik ise, yani bağımsız bölüm üzerinde birlikte mülkiyet söz konusu ise, başka bir bağımsız bölüm maliki tarafından birlikte

⁵⁵⁸ Hükümde "ortak mülkiyet" tabiri kullanılmaktadır. O zamanki tabiri ile "müşterek mülkiyet" tabirinin kullanılmasından kaçınılmış ise de kat mülkiyetinin temelinde yatan arsa payı kavramı tipik bir paylı mülkiyettir. Kat mülkiyetinde arsa payı ve ortak yerlerin hukuki niteliğinin paylı mülkiyet olduğu yönündeki görüş için bkz. **AYAN**, Mülkiyet, s.460, 461.

mülkiyet konusu bağımsız bölüm aleyhine binadaki ortak yerlere haksız elatılması halinde, bağımsız bölümün birlikte maliklerinden her birinin ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında diğer kat maliki aleyhine tek başına dava açabileceği ya da her türlü iş ya da işlemi yapabileceği açıktır. Konuyu bir örnekle somuştırıyalım. Şöyle ki: A, kat mülkiyetine tabi bir apartmanın 2 numaralı dairesine malik olsun, 5 numaralı dairenin maliki D'nin, apartmanın otoparkında 2 numaralı daireye ait araçlar için ayrılmış alana yönelik haksız saldırısı karşısında A tarafından D'ye karşı açılacak olan saldırının önlenmesi davası kat mülkiyetindeki iç ilişkiyi ilgilendirir. Başka bir deyişle A, D'ye karşı açmış olduğu davada bütün kat maliklerinin ortak menfaatini koruduğu iddiasında bulunamaz. Eğer apartmanın otoparkına, apartman sakini olmayan E tarafından bir haksız saldırı olsaydı, E'nin haksız saldırısına son verilmesi bütün kat maliklerinin objektif ortak menfaatine olacağı için, A'nın E'ye karşı tek başına açmış olduğu saldırının önlenmesi davasının ortak menfaati koruma olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır⁵⁵⁹. Bununla birlikte 2 numaralı daireye A tek başına değil de B ve C ile birlikte malik ise, 5 numaralı daire maliki D'nin 2 numaralı dairenin otoparkına yönelik haksız saldırısının önlenmesi için A, B ve C'den sadece biri D'ye karşı dava açmaya yetkilidir. Zira 2 numaralı dairenin otoparkına yönelik haksız saldırıya son verilmesi A, B ve C'nin ortak menfaatinedir. Başka bir deyişle, A, B ve C'nin birlikte malik oldukları bağımsız bölüme ilişkin ortak menfaatin korunması, diğer bir bağımsız bölüm malikine karşı da söz konusu olabilir. Aynı şekilde yukarıdaki örnekte, A, B ya da C'den her birinin tek başına E'ye karşı haksız saldırının önlenmesi davası açması da mümkündür.

Yapılan açıklamalar ve verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere kat mülkiyetinde dualist bir yapı söz konusudur: bağımsız bölüm ve ortak yerler. Ortak yerler paylı mülkiyete tabi iken, bağımsız bölümler üzerinde tek kişi mülkiyeti söz konusu olabileceği gibi paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti de söz konusu olabilir. Kat mülkiyetinde bağımsız bölümlerin birlikte mülkiyete tabi olması halinde, bir paylı mülkiyet ilişkisinde (ortak yerler) paydaşlardan birinin, paylı mülkiyet birliği ya da elbirliğiyle ortaklık (bağımsız bölüm malikleri) şeklinde karşımıza çıkabildiğini görüyoruz.

⁵⁵⁹ Her ne kadar yönetici, vekil sıfatıyla bu tedbirleri almaya yetkili ise de, her bir kat maliki de ortak yerlere yönelik olan ve kat maliklerinin objektif ortak menfaatine uyan bütün iş ve işlemleri yapmaya, tedbirleri almaya ve gerekirse dava açmaya tek başına yetkilidir. Ortak yerler paylı mülkiyete tabi olduğuna göre, TMK m.693/III her bir kat malikine bu yetkiyi vermektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAK MENFAATİ KORUMA YETKİSİNİN USUL HUKUKU

AÇISINDAN İNCELENMESİ

Bu bölümde ortak menfaati koruma yetkisini usul hukuku açısından inceleyeceğiz. Yukarıda da bahsedildiği üzere ortak menfaatin korunması, birlikte mülkiyette bölünemeyen objektif ortak menfaati elde etmek amacıyla, üçüncü kişilere karşı girişilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanmasıdır.

Ortak menfaatin korunması çeşitli şekillerde gündeme gelebilir. Ortak menfaatin korunduğu özel haller anlatırken de değinildiği gibi, ortak menfaatin korunması hukuki işlemler ya da hukuki işlem benzeri fiiller yoluyla olabileceği gibi, kuvvet kullanma, idari yollara başvurma ya da dava açma gibi çeşitli imkânlarla da söz konusu olabilmektedir. Bu bölümde, dava açmak başta olmak üzere ortak menfaatin korunması için başvurulabilecek bu çeşitli imkânlar usul hukuku çerçevesinde incelenecektir. Örneğin birden çok paydaşın dava açması halinde aralarında nasıl bir dava arkadaşlığı söz konusu olacağı, maliklerden birinin açtığı davaya diğerinin müdahale edebilip edemeyeceği, maliklerden birinin daha sonra aynı konuya ilişkin yeni bir dava açması halinde derdestlik itirazında bulunulup bulunulamayacağı, davayı kazanan malikin dava için yapmış olduğu masrafları diğerlerinden talep edebilip edemeyeceği gibi hususlar incelenecektir.

§10 DAVA ARKADAŞLIĞI

Birlikte mülkiyetin özelliklerinden biri de birlikte mülkiyet konusu şeye ilişkin hususlarda birlikte hareket etme gereğidir. Özellikle elbirliği mülkiyetinde, birkaç istisna dışında, ortakların tek başlarına hareket imkânı bulunmamaktadır. Bu özellik kendini ortak şeye ilişkin davalarda da göstermektedir. Burada “*dava arkadaşlığı*” kavramı ile karşılaşırız.

Ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında paydaşlardan birinin tek başına hareket imkânına sahip olduğundan, tek başına dava açabileceğinden bahsetmiştik.

Ancak bu, ortak menfaatin korunması amacıyla açılan davalarda bir tek paydaşın tek başına dava açmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Ortak menfaatin korunması söz konusu olduğunda maliklerden biri tek başına dava açabileceği gibi, birkaçı ya da bütün malikler birlikte de dava açabilir. Birden çok paydaşın aynı husus için dava açmaları halinde dava arkadaşlığı söz konusu olur. Konuyu ortak menfaatin korunması kapsamında incelemeyen önce dava arkadaşlığına ilişkin genel bilgiler vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Dava arkadaşlığı, birlikte dava açılması türlerinden biri olan sübjektif dava birleşmesinin diğer adıdır. Burada davacı ya da davalı tarafta birden fazla kişi vardır ve bunlar davada birlikte hareket ederler⁵⁶⁰. Dava arkadaşlığı zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır.

I- ZORUNLU DAVA ARKADAŞLIĞI

A- Genel Bilgi

Maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken durumlarda zorunlu dava arkadaşlığı vardır (HMK m.59). Davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı (aktif dava arkadaşlığı) söz konusu ise hepsinin birlikte dava açması gerekir; davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı (pasif dava arkadaşlığı) söz konusu ise davanın davalıların hepsine karşı açılması gerekir⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ KURU, Usul, C.3, s.3284; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.493; KURU, Ders Kitabı, s.367; HAKAN PEKCANITEZ/ OĞUZ ATALAY/ MUHAMMET ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.3, Ankara 2015, s.200; ULUKAPI, s.25.

⁵⁶¹ KURU, Usul, C.3, s.3286; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul s.494; KURU, Ders Kitabı, s.368; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.140; ERCAN, s.161; ULUKAPI, s.59-60.

B- Zorunlu Dava Arkadaşlığı Halleri

Hangi hallerde zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olacağı hususu maddi hukuka (örneğin TBK, TMK) göre belirlenir. Bu haller maddi bakımdan ve şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a- Maddi Bakımdan Zorunlu Dava Arkadaşlığı

Maddi bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında, dava konusu hukuki ilişkiye birden fazla kişi ortaktır ve mahkeme bütün ilgililer için tek bir karar verir. Dava arkadaşları arasında sıkı bir ilişki vardır ve hepsi davada aynı şekilde ve hep birlikte hareket etmek zorundadırlar. Mahkeme, bütün dava arkadaşları için tek bir karar verir; dava arkadaşlarından biri için davanın kabulüne karar verirken, diğeri için davanın reddine karar vermesi mümkün değildir⁵⁶².

Elbirliği mülkiyetinde, kanunda ya da sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir (TMK m.702/II). Dava açmanın da TMK m.702/II anlamında hukuki bir tasarruf niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁶³. Kanaatimizce dava açmak bir tasarruf işlemi değil bir usulî işlemdir⁵⁶⁴. Ancak dava sonucunda gerçeğe

⁵⁶² KURU, Usul, C.3, s.3286; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s.495; KURU, Ders Kitabı, s.368; ULUKAPI, s.60; ERDAL TERCAN, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, s.181; TİMUÇİN MUŞUL, Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler), B.2, Ankara 2009, s.126; ERCAN, s.164.

⁵⁶³ KURU, Usul, C.3, s.3287; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.495; KURU, Ders Kitabı, s.368. Yargıtay 8. HD'nin 14/10/2002 Tarih, E.2002/7194 ve K.2002/7317 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "... elbirliğiyle mülkiyette gerek yönetim ve gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Dava açma işlemi de bir tasarruf işlemi olduğuna göre, tüm ortakların birlikte davayı açmaları gerekir." Karar için bkz. KAÇAK, Usul, s.454.

⁵⁶⁴ Yargıtay'ın 11/10/1982 Tarih, E.1982/3 ve K.1982/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının Karşı Oy kısmında dava açmanın bir tasarruf işlemi olmadığı şu şekilde dile getirilmiştir: "... bizce dava, tasarrufun genel anlamı içinde dahi düşünülemez. Dava, tasarrufun kapsamı dışında kalan bir işlemdir. Bu bakımdan, anılan maddede yazılı ve ortakların, birlikte malik oldukları yer üzerinde tasarruf yetkilerini kullanmalarında oybirliği aranması gereken karara ilişkin kural, dâva açma işlemini kapsamaz. Çünkü tasarruf sözcüğünü, her türlü işlemi kapsayacak biçimde yorumlamak, genel dilbilgisine uymayacağı gibi, hukuk terminolojisine de aykırı düşer.

...

Bu durumda, taşınmazlar üzerindeki «tasarruf» teriminden, almak, satmak, rehnetmek, kiralamak, üzerinde birşey yapmak veya yıkmak, sürmek, ekmek, dikmek, sökmek, ürün toplamak gibi eylemleri ve işlemleri anlamak gerekir. Bu tür eylem ve işlemler, mal üzerindeki egemenliğin belirtileridir.

uymayan bir hüküm verilebilmesi ihtimali dava açılması bakımından da tasarruf işlemlerine ilişkin düzenlemelerin uygulanmasını haklı kılabılır⁵⁶⁵. Bu nedenle, elbirliği mülkiyetinde ortakların ortak şeye ilişkin bir dava açmak istemeleri halinde (ortak menfaatin korunması amacıyla dava açılması istisna olmak üzere) hep birlikte hareket etmeleri, yani davayı hep birlikte açmaları gerekir. Aynı şekilde elbirliğiyle mülkiyet konusu eşya için dava açmak isteyenler de davayı bütün ortaklara karşı açmalıdırlar⁵⁶⁶.

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması kapsamının dışında kalan ve bölünmeye elverişli olmayan hak ve talepler için açılacak olan davanın, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğuyla (TMK m.691/I), elbirliği mülkiyetinde ise oybirliği (TMK m.702/II) ile açılması gerekir.⁵⁶⁷ Örneğin paylı mal kiraya verilmiş ise, ihtiyaç sebebiyle kiracının tahliyesi için pay ve paydaş çoğunluğu ile dava açılması gerekir⁵⁶⁸. Burada paydaşlar arasındaki ilişki zorunlu dava arkadaşlığıdır⁵⁶⁹.

Olayımızda, yani ortaklardan birisinin dava açıp tek başına yürütmesinde, mal üzerinde herhangi bir yenilik ve değişiklik getiren böyle bir durum yoktur. Aksine, başka bir kişinin ortak mal üzerinde eylemli bir tasarrufa kalkışması vardır.

Bundan zarar gördüğünü ileri süren ortak ise, elatmanın önlenmesi davası açmakla bu eylemli tasarrufa karşı çıkmış, ona «dur» demiştir. Yani elatmadan önceki durumun bozulmamasını, eski halin sürdürülmesini istemiştir. Dava açmakla taşınmaz üzerinde bir değişiklik yapılmış ya da bir yenilik getirilmiş değildir. Ortağın davranışı aktif değil, pasif bir irade açıklamasından ibarettir.

Yasada, şu ya da bu yönde bir değişiklik yapılınca kadar «tasarruf» teriminin anlamını bu doğrultuda belirlemek suretiyle ortaklardan birisinin tek başına elatmanın önlenmesi davası açmasının ve öteki ortaklardan icazet almaksızın sonuna kadar davayı sürdürmesinin olanak içinde bulunduğu yolundaki kabulde, yasa metnini zorlamak veya yasama organının görev ve yetki sınırına girmek gibi bir nitelik düşünülemez. Keza, Medeni Kanunun dizgesinin (sisteminin) bozulması olasılığı da yoktur.

Aksine, bilimsel açıklamalara dayalı, akla ve toplum gereksinimlerine uygun bir yorum ile yargı organının yasadaki bir boşluğu doldurması söz konusu olacaktır. Sonuç: Dava, bir istek, bir dilek, bir başvurudan ibarettir. Dava açan kişi, başkasının ortaya çıkardığı bir değişik durumu yargıç önüne getiriyor. Ama, onu çözmek, bir sonuca bağlamak gücünden yoksundur. Bu durumda dava açmak, tüzel bir işlemdir, asla bir tasarruf değildir. Bu konuda bir tasarruf, ancak mahkemenin kesin hükmünden sonra yapılacak uygulama sırasında söz konusu olabilir. Bu nedenlerle, «tasarruf» terimine geniş anlam verilerek oluşturulan içtihat birleştirme kararına katılamadım.” Karar için bkz. 30/11/1982 tarihli ve 17884 sayılı RG.

⁵⁶⁵ **ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM**, s.141.

⁵⁶⁶ **KURU**, Usul, C.3, s.3287; **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.495; **KURU**, Ders Kitabı, s.369; **POSTACIOĞLU/ ALTAY**, s.328-329; **ERCAN**, s.162.

⁵⁶⁷ **KURU**, Usul, C.3, s.3384.

⁵⁶⁸ Yargıtay 6. HD’nin 19/02/1997 Tarih, E. 1133 ve K. 1284 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3382-3383. Kira sözleşmesinde birden fazla kiraya veren varsa, kiracının tahliyesi için açılacak olan davayı, kiraya verenlerin hep birlikte açmalarının zorunlu olduğu savunulmaktadır. Bkz. **ERCAN**, s.162; **ULUKAPI**, s.94, 98; Yargıtay 6. HD’nin 22/06/1968 Tarih, E. 2321 ve K. 3178 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3290. Bu görüşe göre, bu bakımdan kiralanan şeye elbirliği halinde malik olmak ile paylı malik olmak arasında bir fark yoktur. Çünkü tahliye davası,

Bu nedenle zorunlu dava arkadaşlığına ilişkin özel usul hükümleri söz konusu olur. Örneğin davadan feragat için davayı açan paydaşların hep birlikte hareket etmeleri gerekir; paydaşlardan bazılarının davadan feragat etmesi diğerlerinin davayı takip etmelerine engel değildir⁵⁷⁰.

Birlikte mülkiyet konusu taşınmazın kiraya verilmesi halinde, kiracının tahliyesi için birlikte dava açma zorunluluğu (zorunlu dava arkadaşlığı) arayan Yargıtay, kiracıdan kaynaklanan sebeplerle konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmenin sona ermesi halini düzenleyen TBK m.352 kapsamında kiracıya çekilen iki haklı ihtar için de maliklerin birlikte hareket etmeleri gerektiğini kabul etmektedir⁵⁷¹. Yargıtay’a göre, birlikte mülkiyet konusu taşınmazı birden fazla kişi kiraya vermiş ise, iki haklı ihtarın hepsi tarafından çekilmesi gerekir. Kiraya verenlerin bir kısmı tarafından gönderilen ihtarname sonuç doğurmaz. Aynı şey temerrüt ihtarını için de söz konusudur⁵⁷².

Daha önce de “*Hukuki İşlem Benzeri Fiiller ile Ortak Menfaatin Korunması*” başlığı altında belirttiğimiz üzere biz bu konuda farklı düşünmekteyiz. Kanaatimizce temerrüt sebebiyle ya da başka herhangi bir sebeple tahliye davası açılabilmesi için paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu, elbirliği mülkiyetinde ise oybirliği gerekir.

mülkiyet hakkına değil kira sözleşmesine dayanmaktadır. Bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3292; **ULUKAPI**, s.94.

⁵⁶⁹ **KURU**, Usul, C.3, s.3384.

⁵⁷⁰ Yargıtay 1. HD’nin 11/10/1985 Tarih, E.1985/10810ve K.1985/10863 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*İştirak halinde mülkiyete bağlı taşınmazın ortakları birlikte dava açtıktan sonra, birisinin davadan vazgeçmesi, davanın yürütmesine engel değildir.*” Karar için bkz. www.kazanci.com, siteye giriş: 06/12/2015. Yargıtay HGK’nın 17/03/1964 Tarih, E. 6/18 ve K. 7 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3384.

⁵⁷¹ Yargıtay 6. HD’nin 30/04/2001 Tarih, E.2001/2587 ve K.2001/2756 sayılı kararı. Söz konusu kararda Yargıtay bu hususu şu şekilde dile getirmiştir: “*Müşterek mülkiyete tabi kiralananın tahliyesi ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile istenebilir. Olayımızda davanın dayanağını oluşturan temerrüt ihtarını tek başına davacı keşide etmiş ve davayı da tek başına açmıştır. Kiralananın 3/20 payına sahip olan davacının kira parasından kendi payına isabet eden bölümü tek başına davalıya gönderdiği ihtarla isteyebileceği kuşkusuzdur. Ancak kiralananın tahliyesi ancak pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile istenebilir. Bu itibarla tahliye istemi yönünden aktin feshini bildiren ihtarnamenin pay ve paydaş çoğunluğu tarafından keşide edilmesi ve davanın da aynı şekilde yürütülmesi gerekir.*” Karar için bkz. **BALCI**, s.98. Aynı yönde Yargıtay 6. HD’nin 13/02/1975 tarihli ve E.929, K.965 sayılı kararı için bkz. **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.1602; Yargıtay 6. HD’nin 08/11/1971 Tarih, E. 4950 ve K. 4679 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3290.

⁵⁷² Yargıtay 6. HD’nin 04/06/1968 Tarih, E.982 ve K. 2818 sayılı kararı ve Yargıtay 6. HD’nin 25/03/1971 Tarih, E. 991 ve K. 1388 sayılı kararı için bkz. **KURU**, Usul, C.3, s.3290.

Zira paylı malın kiraya verilmesi gibi, kira sözleşmesinin feshi ve dolayısıyla tahliye davası açılması önemli yönetim işidir. Ancak ihtarname için aynı çoğunluğu aramamak gerekir. Temerrüt sebebiyle açılacak olan tahliye davasının temelini kiracının temerrüdü; kiracının temerrüdünün temelini de temerrüt ihtarnamesi oluşturmaktadır. Ancak, tahliye davası için pay ve paydaş çoğunluğunu aramak, ihtarname için de aynı çoğunluğu aramak gereğini doğurmaz. Zaten tahliye davası için pay ve paydaş çoğunluğu sağlanmış ise, bu çoğunluğu oluşturan paydaşların daha önce gönderilmiş olan ihtarnameye icazet verdikleri kabul edilmelidir. Tahliye davası için gerekli çoğunluk sağlanamaz ise zaten ihtarnamenin oybirliği ile çekilmiş olması dahi bir önem taşımaz. Ortada bölünemeyen bir menfaat olduğuna göre TBK m.352 kapsamında kiracıya çekilecek olan iki haklı ihtar için paydaşlardan birinin tek başına yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Paydaşlardan biri tarafından çekilen ihtarlardan diğerleri de yararlanmalıdır. Hatta iki haklı ihtar aynı paydaşın çekmesi de şart değildir. Birinci ihtar paydaşlardan biri, ikinci ihtar diğeri çekmiş olabilir. Yeter ki ihtarlar gerekli yasal şartları yerine getirmiş olsun.

b- Şekli Bakımdan Zorunlu Dava Arkadaşlığı

Bazen maddi bir zorunluluk bulunmasa da kanun birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmaktadır. Buradaki amaç gerçeğin daha iyi ortaya çıkmasını ve taraflar arasındaki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamaktır. İşte bu halde şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur⁵⁷³. Şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığında dava arkadaşları arasındaki ilişki çok sıkı değildir. Dava arkadaşları davada hep birlikte hareket etmek zorunda değildir⁵⁷⁴. Dava arkadaşları aynı işlemleri yapmak zorunda olmadıkları gibi mahkeme de bütün dava arkadaşları için aynı şekilde ve tek bir karar vermek zorunda değildir. Mahkeme dava arkadaşlarından birine karşı açılan davayı kabul edebilirken, diğerine karşı açılmış olan davayı reddedebilir. Kısacası bu halde davalılar kanundan kaynaklanan şekli bir

⁵⁷³ KURU, Usul, C.3, s.3310; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.496; KURU, Ders Kitabı, s.370; TERCAN, s.184; ULUKAPI, s.60, 102.

⁵⁷⁴ KURU, Usul, C.3, s.3310; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.496; KURU, Ders Kitabı, s.370; ULUKAPI, s.60.

zorunluluktan dolayı dava arkadaşı olurlar. Bu yüzden adına “şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı” denilmektedir⁵⁷⁵.

Şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı özel kanun hükümlerine dayanır. Bu özel hükümler sadece davalılar için söz konusudur; davacılar bakımından şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu değildir⁵⁷⁶. Nesebin reddi davasının çocuk ile anasına karşı birlikte açılması zorunluluğu (TMK m.286/I); tapusuz taşınmazlar için olağanüstü zamanaşımına dayanarak açılan tescil davasının Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişisine veya tapuda malik gözüken kişinin mirasçılara karşı birlikte açılması zorunluluğu (TMK m.713/III); yaş, ad, soyad ve diğer nüfus kayıt düzeltme davalarının, ilgililerin hepsine ve nüfus memuruna karşı açılması zorunluluğu (Nüfus Kanunu m.46/I) gibi hükümler şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığına örnek olarak gösterilebilir⁵⁷⁷.

II- İHTİYARİ DAVA ARKADAŞLIĞI

A- Genel Olarak

İhtiyari dava arkadaşlığı HMK m. 57 vd. hükümlerde düzenlenmiş olup; buna göre davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması, ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması⁵⁷⁸ halinde birden çok kişi birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açılabilir.

⁵⁷⁵ KURU, Usul, C.3, s.3310; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.496; KURU, Ders Kitabı, s.370.

⁵⁷⁶ KURU, Usul, C.3, s.3310; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.496; KURU, Ders Kitabı, s.371; ERCAN, s.163; ULUKAPI, s.60, 102.

⁵⁷⁷ Bu örnekler ve daha fazlası için bakınız: KURU, Usul, C.3, s.3310 vd.; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.496-497; KURU, Ders Kitabı, s.371; ULUKAPI, s.103 vd.

⁵⁷⁸ HMK m.57 ile, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin “birbirine benzer” olması halinde de ihtiyarî dava arkadaşlığına olanak tanınmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EJDİR YILMAZ, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Akara Barosu Dergisi, Y.69, S.2011/2, s.228.

Zorunlu dava arkadaşlığı halleri dışındaki dava arkadaşlığı ihtiyari dava arkadaşlığıdır. Birlikte dava açma hakkına sahip olan kişiler, davalarını birlikte açmak zorunda (zorunlu dava arkadaşlığı) değil iseler, davalarını ayrı ayrı açabilecekleri gibi, isterlerse hep birlikte de açabilirler; birlikte dava açmaları halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı doğar⁵⁷⁹. Davalılar bakımından da aynı husus söz konusudur. Örneğin müteselsil borçluluk söz konusu ise, alacaklı isterse borçlulara ayrı ayrı dava açar, isterse borçlulardan birkaçına ya da borçluların tümüne dava açar. Borçlulardan birkaçına ya da hepsine dava açılır ise, davalı taraf için ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur⁵⁸⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır. Bu davaların birlikte görülebilmesi için, davalar arasında bir bağlantı olması şarttır. İhtiyari dava arkadaşlığı ancak kanunda (HMK m.57) belirtilen hallerde mümkün olabilir.⁵⁸¹ Dava konusu hak veya borcun ortak olması, ortak bir işlem ile birden çok kişinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı ya da benzer olması gibi hallerde ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olabilir (HMK m.57).

B- İhtiyari Dava Arkadaşlığında Uygulanan Özel Usul Hükümleri

Zorunlu dava arkadaşlığı gibi ihtiyari dava arkadaşlığı da bazı özel usul hükümlerine tabidir. Örneğin davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu ise dava bu davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir (HMK m.7/I). Davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu ise, davacılar davalarını bir dilekçe ile açarlar. Bütün davacıların ad, soyad, adres vb. bilgilerine dilekçede ayrı ayrı yer verilir⁵⁸².

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşı sayısı kadar dava vardır ve bu davalar birbirlerinden bağımsızdır. Bu nedenle dava arkadaşlarından her biri diğerinden

⁵⁷⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.499; KURU, Ders Kitabı, s.375.

⁵⁸⁰ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.500; KURU, Ders Kitabı, s.375; ERCAN, s.159.

⁵⁸¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.500; KURU, Ders Kitabı, s.375; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.315-316; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.201.

⁵⁸² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.503-504; KURU, Ders Kitabı, s.378; ERCAN, s.161.

bağımsız olarak hareket edebilir (HMK m.58). İhtiyari dava arkadaşlarının hepsi davanın incelendiği duruşmaya davet edilir. Duruşmada dava arkadaşlarından birinin yaptığı açıklamalara diğerleri de katılabilecekleri gibi, her bir dava arkadaşı diğerinden farklı bir iddiada da bulunabilir⁵⁸³. İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olduğu için, dava ehliyetine, taraf ehliyetine sahip olmak gibi dava şartları her bir dava arkadaşı bakımından ayrı ayrı incelenir⁵⁸⁴.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarından her biri kendi kişisel iddia veya savunma vasıtalarını ya da bütün dava arkadaşları için söz konusu olan iddia ve savunma vasıtalarını tek başına ileri sürebilir. Dava arkadaşlarından hepsi için söz konusu olan bir def'i de sadece bu def'iyi ileri süren dava arkadaşları bakımından hüküm ifade eder; def'iyi ileri sürmeyen dava arkadaşları bu def'inin sonuçlarından yararlanamazlar. Başka bir deyişle, dava arkadaşlarından biri ya da birkaçı tarafından ileri sürülen def'iler, diğer dava arkadaşları tarafından da ileri sürülmüş sayılmazlar⁵⁸⁵. Buna karşılık itirazlar için aynı şey söz konusu değildir. Dava arkadaşlarından biri tarafından ileri sürülmüş olan itirazdan, bu itirazı ileri sürmemiş olan diğer dava arkadaşları da yararlanır. Zira itirazlar hâkim tarafından re'sen değerlendirilir⁵⁸⁶. İhtiyari dava arkadaşlarından birinin ileri sürdüğü ilk itirazdan sadece kendisi yararlanır, diğer dava arkadaşları yararlanamazlar⁵⁸⁷. Süreler, ihtiyari dava arkadaşlarından her biri için ayrı işler⁵⁸⁸.

İhtiyari dava arkadaşlarından birinin ikrarı yalnızca kendisi için kesin delil teşkil eder, diğer dava arkadaşları bu ikrardan etkilenmez⁵⁸⁹. Dava arkadaşlarından her

⁵⁸³ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504; KURU, Ders Kitabı, s.378-379; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.319.

⁵⁸⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.202.

⁵⁸⁵ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504; KURU, Ders Kitabı, s.379; ERCAN, s.160.

⁵⁸⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; KURU, Ders Kitabı, s.379; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.319.

⁵⁸⁷ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; KURU, Ders Kitabı, s.379; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.202.

⁵⁸⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; ERCAN, s.160; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.202.

⁵⁸⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; KURU, Ders Kitabı, s.379; ERCAN, s.160.

birinin dava konusunu başkasına devretmesi, davadan feragat etmesi, davayı kabul etmesi, karşı taraf ile sulh olması diğer dava arkadaşlarının davasını etkilemez⁵⁹⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olsa da tahkikat safhası ortaktır. Örneğin davalar aynı duruşmada incelenir, dava arkadaşlarından birinin sunduğu deliller bütün davalar için delil olarak kabul edilir⁵⁹¹.

İhtiyari dava arkadaşlığında mahkeme tek bir hüküm vermekle birlikte, her bir dava arkadaşı için farklı kararlar verebilir. İhtiyari dava arkadaşlarından her biri, sadece kendisi için kanun yoluna başvurabilir; kanun yoluna başvurmeyen dava arkadaşları bakımından hüküm kesinleşir⁵⁹².

III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI HALİNDE DAVA ARKADAŞLIĞI

Kural olarak gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse de paylı mülkiyette bölünmeye elverişli olmayan hak ve talepler bakımından maddi anlamda zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Zorunlu dava arkadaşlığı hem davacı olma hem de davalı olma durumlarında söz konusudur. Başka bir ifadeyle, paylı mülkiyette paydaşlar, elbirliği mülkiyetinde ortaklar, bölünemeyen bir hak ya da talep için dava açmak istediklerinde hep birlikte hareket ederler ve onlara karşı bir dava açılması gerektiğinde davacı, davasını hepsine karşı açar.

Maddi anlamda zorunlu dava arkadaşlığı, bölünemeyen hak ve talepler bakımından davalı olma durumunda istisnasız söz konusudur. Başka bir deyişle, birlikte mülkiyet konusu eşyanın tamamına ilişkin bir taleple dava açmak isteyen üçüncü kişi maliklerin hepsine birden dava açmak zorundadır. Bu durumda malikler bakımından zorunlu dava arkadaşlığı (pasif dava arkadaşlığı) söz konusudur⁵⁹³. Zira

⁵⁹⁰ KURU, Ders Kitabı, s.378.

⁵⁹¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505-506; KURU, Ders Kitabı, s.380; ERCAN, s.161.

⁵⁹² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.506; KURU, Ders Kitabı, s.381-382; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.320; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.139; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.202; ERCAN, s.160.

⁵⁹³ BASLER KOMMENTAR, Art.648, N.8; HAAB, Art.648, N.2; MEIER-HAYOZ, Art.646, N.68-70; EREN, Mülkiyet, s.99, 113. İcra takibinin de bütün paydaşlar aleyhine yürütülmesi gerekir. Bkz. HAAB, Art.648, N.2.

bir tek paydaş aleyhine dava açılması ve bu paydaşın davayı iyi takip edememesi ihtimali karşısında diğer paydaşların hak kaybına ya da başka herhangi bir zarara uğramaları söz konusu olabilir⁵⁹⁴. Bu sonuç, yasanın amacına da birlikte mülkiyetin yapısına da uygun değildir.

Davalı olma durumunda zorunlu dava arkadaşlığının istisnasız söz konusu olacağını ifade ettik. Ancak müteselsil borçluluk hali, davayı paydaşların hepsi aleyhine açmak gerektiği kuralının istisnası olarak kabul edilebilir. Kanaatimizce müteselsil borçluluk halinde, borçluların hepsi aleyhine dava açma zorunluluğunun bulunmaması, zorunlu dava arkadaşlığı prensibinin istisnası olmaktan öte teselsülün genel karakteri gereğidir. Müteselsil borç ilişkisinde, birden fazla borçlu alacaklıya karşı edimin tamamından sorumludur ve bir ya da birkaç borçlunun ifası ile ifa edilen miktarda, diğer borçlular da borçtan kurtulurlar⁵⁹⁵. Müteselsil borç ilişkisinde alacaklı istediği borçluyu takip edebileceği gibi, birden fazla borçluya ya da borçluların tamamına da başvurabilir⁵⁹⁶. İşte teselsülün bu özelliği gereği, birlikte mülkiyet ilişkisinden kaynaklanan bir müteselsil borç durumunda da alacaklı, maliklerin tamamı aleyhine dava açmak zorunda olmayıp, bir ya da birkaç paydaş takip etmek yolunu tercih edebilir.

Bölünemeyen hak ve talepler bakımından davalı olma durumunda istisnasız söz konusu olan zorunlu dava arkadaşlığı, davacı olma durumunda bu kadar kesin değildir. Bölünmeye elverişli olmayan hak ve taleplerden ortak menfaate ilişkin olmayanlar için (örneğin kiracının tahliyesi için) bir dava açılması söz konusu olduğunda malikler yine hep birlikte hareket etmek zorundadırlar⁵⁹⁷. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan ortak menfaatin korunması hususu ise, maliklerin bölünemeyen hak ve talepler için hep birlikte hareket etme zorunluluğunun en önemli istisnasını oluşturmaktadır. Bir önceki bölümde ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere,

⁵⁹⁴ Paylı mülkiyette husumetin bütün paydaşlara yöneltilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay HGK'nın 26/10/2005 Tarih, E.14-608 ve K.2005/608 sayılı kararı için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.2006/1, s.225 vd.

⁵⁹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, C.2, s.454; N. YAVUZ, Borçlar C.1, s.918.

⁵⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, C.2, s.454; N. YAVUZ, Borçlar C.1, s.918.

⁵⁹⁷ “Hep birlikte hareket” ifadesiyle, paylı mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğunun söz konusu olduğu haller de anlatılmak istenmektedir.

bölünemeyen ortak menfaatler için her bir malik tek başına hareket etme imkânına sahiptir (TMK m.693/III ve TMK m.702/IV).

Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz gibi, birlikte mülkiyette maliklerden her biri tek başına; ortak menfaati ilgilendiren hukuki işlemler yapabilir, ortak menfaate ilişkin hukuki işlem benzeri filleri yapabilir, birlikte mülkiyet konusu şeyin zilyetliğine yöneltilmiş bir haksız saldırıyı önlemek için kuvvet kullanabilir, zilyetlik davaları açabilir, ortak şey bir taşınmaz ise saldırının sona erdirilmesi için idari koruma isteyebilir, istihkak davası açabilir, elatmanın önlenmesi davası açabilir, kamulaştırma işleminin iptali için dava açabilir, kamulaştırmasız elatmanın önlenmesi için dava açabilir, mülkiyet hakkının tespiti için dava açabilir, tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir, idari işlemlerin iptali için dava açabilir vb.

Ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerden birinin tek başına dava açabiliyor olmasının onun davayı tek başına açmak zorunda olduğu anlamına gelmeyeceğini belirtmeye gerek dahi yoktur. Birlikte maliklerden birinin tek başına yapabileceği işlemleri, birden çok malik ya da maliklerin hepsinin birlikte yapabileceklerinde şüphe yoktur. Zira ortak menfaatin korunması için maliklerden her birine tek başına hareket etme imkânının verilmesi ile amaçlanan şey, maliklerden birini yetkilendirerek diğer maliklerin saf dışı bırakılması değil, herhangi bir sebeple bütün maliklerin bir araya gelmesinin mümkün olmadığı hallerde hepsinin menfaatine olan bir iş ya da işlemin gerçekleştirilebilmesidir.

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerin birlikte dava açmaları halinde dava arkadaşlığı söz konusu olur. Maliklerin birlikte dava açmaları zorunlu olmadığı için burada zorunlu dava arkadaşlığı değil ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.

HMK m.57/I, a'ya göre “*Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması*” halinde ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce bu hüküm, elbirliği mülkiyetinde ortak menfaatin korunması kapsamında olmayan davalar bakımından söz konusu olup, TMK m.702/IV’ün uygulanmayacağı anlamına gelmez.

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerin birlikte dava açmaları halinde, ihtiyari dava arkadaşlığı için söz konusu olan özel usul hükümleri uygulanır. Malik sayısı kadar dava söz konusu olduğundan ve bu davalar birbirlerinden bağımsız olduğundan paydaşlardan her biri diğerinden bağımsız hareket edebilir (HMK m.58). Maliklerin hepsi davanın incelendiği duruşmaya davet edilir. Maliklerden birinin yaptığı açıklamalara diğerleri de katılabilecekleri gibi, her bir malik diğerinden farklı bir iddiada da bulunabilir⁵⁹⁸. Maliklerden her biri davadan feragat edebilir, davalı ile sulh olabilir; birinin davadan feragat etmesi ya da davalı ile anlaşması diğer malikleri bağlamaz. Mahkeme her bir dava için ayrı ayrı hüküm tesis eder.

İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olduğu için, dava ehliyetine, taraf ehliyetine sahip olmak gibi dava şartları her bir malik bakımından ayrı ayrı incelenir⁵⁹⁹. Süreler, maliklerden her biri için ayrı ayrı işler⁶⁰⁰.

İhtiyari dava arkadaşlığında, dava arkadaşlarından her biri kendi kişisel iddia veya savunma vasıtalarını ya da bütün dava arkadaşları için söz konusu olan iddia ve savunma vasıtalarını tek başına ileri sürebilir. Maliklerden hepsi için söz konusu olan bir def'i de sadece bu def'iyi ileri süren malik bakımından hüküm ifade eder; def'iyi ileri sürmeyen paydaş ya da ortak bu def'inin sonuçlarından yararlanamaz. Yani maliklerden biri ya da birkaçı tarafından ileri sürülen def'iler, diğer malikler tarafından da ileri sürülmüş sayılmazlar⁶⁰¹. Buna karşılık itirazlar için aynı şey söz konusu değildir. İtirazlar hâkim tarafından re'sen değerlendirileceği için maliklerden biri tarafından ileri sürülmüş olan itirazdan, bu itirazı ileri sürmemiş olan diğer malikler de yararlanır⁶⁰². Maliklerden birinin ileri sürdüğü ilk itirazdan sadece kendisi yararlanır, diğer malikler yararlanamazlar⁶⁰³.

⁵⁹⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504; KURU, Ders Kitabı, s.378.

⁵⁹⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504.

⁶⁰⁰ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505.

⁶⁰¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.504; KURU, Ders Kitabı, s.379.

⁶⁰² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; KURU, Ders Kitabı, s.379.

⁶⁰³ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505.

Paydaşlardan ya da ortaklardan birinin ikrarı diğerlerini bağlamaz⁶⁰⁴. Birlikte maliklerden her birinin dava konusunu başkasına devretmesi, davadan feragat etmesi, davayı kabul etmesi, karşı taraf ile sulh olması diğer maliklerin davasını etkilemez⁶⁰⁵.

İhtiyari dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olsa da tahkikat safhası ortaktır. Örneğin davalar aynı duruşmada incelenir, paydaşlardan ya da ortaklardan birinin sunduğu deliller bütün davalar için delil olarak kabul edilir⁶⁰⁶.

İhtiyari dava arkadaşlığında mahkeme tek bir hüküm vermekle birlikte, her bir dava arkadaşı için farklı kararlar verebilir. Maliklerden her biri, sadece kendisi için kanun yoluna başvurabilir; kanun yoluna başvurmayan paydaş ya da ortak bakımından hüküm kesinleşir⁶⁰⁷.

Bölünemeyen ortak menfaatler için malikler tek başlarına dava açmaya yetkilidirler. Ancak bölünemeyen ortak menfaat bakımından davalı olma durumunda aynı şeyi söyleyemeyiz. Örneğin paylı mülkiyet konusu taşınmazı satış vaadiyle satan paydaşların, alıcı lehine tescile yanaşmamaları halinde, alıcı ortak menfaati koruyacağı düşüncesiyle sadece paydaşlardan birine karşı dava açamaz. Üçüncü kişilerin paylı malın tamamına ilişkin açacakları davada, paydaşların hepsini hasım göstermeleri gerekir. Burada zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Davacı bir tek paydaş aleyhine dava açamaz⁶⁰⁸. Zira bir tek paydaş aleyhine dava açılması ve bu paydaşın davayı iyi takip edememesi ihtimali karşısında, diğer paydaşların hak kaybına ya da başka herhangi bir zarara uğramaları söz konusu olabilir. Tek bir paydaş aleyhine dava açılması, yasanın amacına da, paylı mülkiyetin yapısına da uygun değildir. Paylı mülkiyet için söz konusu olan bu husus, elbirliği mülkiyeti için evleviyetle söz konusudur. Davanın bütün malikler aleyhinde açılmasının yanında, davanın sonucunu etkileyecek işlemlerin de bütün malikler tarafından yapılması gerekir. Örneğin maliklerden birinin, ortaklık aleyhine açılmış olan davayı kabul

⁶⁰⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505; KURU, Ders Kitabı, s.379.

⁶⁰⁵ KURU, Ders Kitabı, s.378.

⁶⁰⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.505-506; KURU, Ders Kitabı, s.380.

⁶⁰⁷ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.506; KURU, Ders Kitabı, s.381-382.

⁶⁰⁸ GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s.409, 420; EREN, Mülkiyet, s.99, 113; SİRMEN, Eşya, s.278; AKİPEK, Mülkiyet s.35; KARAHASAN, Eşya, s.177-178; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.152; ACEMOĞLU, s.91; BERTAN, s.382; ÜSTÜNDAĞ, s.367; AYAN, Mülkiyet, s.46.

etmesi⁶⁰⁹ ya da hakkı değiştirici nitelikteki olayı ikrarı⁶¹⁰ diğer malikleri bağlamaz. Böyle bir işlem hukuki sonuç doğurmaz.

Dava konusu edim, niteliğinde bir değişiklik veya değerinde esaslı bir azalma olmaksızın parçalara bölünebiliyorsa ayrı ayrı talep edilebilir. Bu nedenle birlikte mülkiyette bölünebilir talepler için her malik kendi payı oranında tek başına dava açmaya yetkilidir. Maliklerden biri tek başına dava aarsa burada dava arkadaşlığından söz edemeyiz. Eğer maliklerden bir kısmı ya da hepsi, bölünebilir talepler için birlikte dava aarlarsa bu durumda da ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur⁶¹¹.

Konuyu bitirmeden önce paylı mülkiyette yönetim işleri bakımından paydaşların diğerlerini temsil ettięini⁶¹², bu nedenle bir yönetim işi ile alakalı uyuşmazlık nedeniyle dava açılması gereken hallerde, sadece o yönetim işini yapan paydaş ya da paydaşların değil, yönetim içine katılmayan hatta önemli yönetim işi için olumsuz oy kullanan paydaşların dahi dava açma yetkisi olduğunu belirtmek isteriz. Örneğin, A, B ve C'nin paylı olarak sahip oldukları bir dairenin çatısı akmakta ve yoğun yağmur nedeniyle acilen müdahalede bulunulması gerektiğinden A, atı tamiratı için ustayla eser sözleşmesi yapmış olsun. Ustanın işi gereği gibi yapamaması halinde B ve C'nin sözleşmenin tarafı olmadığı, bu nedenle dava açamayacağı söylenemez. Zira A söz konusu sözleşmeyi hem kendi hesabına hem de B ve C'yi temsilen onlar hesabına yapmıştır. A, B ve C, ortak menfaati korumak amacıyla tek başlarına dava açabilecekleri gibi birlikte dava açmak istemeleri halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır. Ayrıca önemli bir yönetim işi kapsamında olan bir iş ya da işlem nedeniyle üçüncü kişilerle yaşanan problemlerin çözümü için de paydaşlardan herhangi birinin tek başına dava açmaya yetkili olmasının da mümkün olduğu haller olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin önemli yönetim işi kapsamında olan büyük bir tamirat için pay ve paydaş çoğunluğuyla alınan bir karar neticesinde karara

⁶⁰⁹ Yargıtay 8. HD'nin 20/10/1992 Tarih, E.4112 ve K.13885 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.953-954.

⁶¹⁰ Yargıtay 7. HD'nin 12/03/1975 Tarih, E.1974/1470 ve K.1975/1422 sayılı kararı için bkz. **UYAR**, C.1, s.980-981.

⁶¹¹ **KURU**, Usul, C.3, s.3382; **ULUKAPI**, s.63-64.

⁶¹² **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.130. İvedi hallerde paydaşlardan birinin bütün paydaşlar adına hareket ettiği, bu durumda paylı mülkiyet birliğinin kanuni temsilcisi olduğu yönündeki görüş için bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art.647, N.78.

katılan paydaşların bir eser sözleşmesi yapmış olması ve yüklenicinin işi gereği gibi yapmaması halinde, karara katılmamış olsa dahi paydaşlardan her birinin tek başına dava açmasına imkân vermek gerektiği kanaatindeyiz. Zira paydaşlar söz konusu eser sözleşmesini bütün paydaşları temsilen yapmışlar ve işin gereği gibi yapılmaması halinde bu sonuçtan bütün paydaşlar zarar görmektedir. O halde, yüklenici aleyhine açılan dava ile başarıya ulaşılması halinde, bütün maliklerin menfaati korunmuş olur. Ancak kira sözleşmesinin feshinin ve tahliye davası açılmasının önemli yönetim işi olduğunu ve paydaşların tek başına dava açma yetkilerinin bulunmadığını söylemeye gerek dahi yoktur. Özetle belirtmek gerekirse, eğer dava açmak için bir karar yeter sayısı (örneğin tahliye davası açabilmek için pay ve paydaş çoğunluğu gerekir) öngörülmemiş ise ve dava ortak bir menfaate ilişkin ise, bu davanın temelinde yatan sebebin önemi yoktur. Bu sebep, olağan yönetim işinden kaynaklanan bir sebep olabileceği gibi, önemli ya da olağanüstü bir yönetim işinden kaynaklanan bir sebep de olabilir.

§11 DAVAYA MÜDAHALE

Ortak menfaatin korunması kapsamında her bir paydaşın ya da ortağın tek başına dava açma yetkisini haiz olduğunu yukarıda izah ettik. Bu başlık altında ise, maliklerden biri tarafından açılan davaya diğer maliklerin müdahil olup olamayacağı, müdahil olmaları mümkün ise bunun asli müdahale⁶¹³ mi, fer'i müdahale mi olacağı vb. hususlar anlatılmaya çalışılacaktır.

Davaya müdahale, taraflar arasında görülmekte olan davaya, taraflardan birine yardımcı olmak üzere onun yanında üçüncü bir kişinin katılması şeklinde olabileceği gibi, üçüncü kişinin davanın taraflarına dava açarak müdahale etmesi de mümkündür⁶¹⁴. Konuyu ortak menfaatin korunması kapsamında değerlendirmeden önce müdahale kavramına ilişkin genel bilgiler vermenin faydalı olacağı fikrindeyiz.

⁶¹³ Aslî müdahale, medenî yargılama hukukumuzda öğreti ve Yargıtay kararlarında kabul edilmesine rağmen, Kanunda bir müessese olarak düzenlenmiş değildir. HMK m.65, aslî müdahaleyi açık bir şekilde düzenlemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KURU**, Ders Kitabı, s.396; **YILMAZ**, s.229.

⁶¹⁴ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.514 .

I- FER’İ MÜDAHALE

A- Genel Bilgi

Kural olarak bir dava sonucunda verilen karar sadece davanın taraflarını etkiler. Ancak bazen bir dava sonucunda verilecek olan karar taraflar dışındaki kişileri de etkileyebilecek nitelikte olabilir. Böyle durumlarda üçüncü kişilerin o davaya müdahil olmasında hukuki açıdan çıkarları vardır. Üçüncü kişi davaya bir taraf gibi değil de taraflardan birinin yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla katılırsa buna fer’i müdahale denir⁶¹⁵.

B- Fer’i Müdahalenin Şartları

Fer’i müdahaleden söz edebilmek için öncelikle görülmekte olan bir dava olmalıdır. Derdest olmayan bir davaya, yargılama bittikten sonra ya da üst mahkemede görülmekte olan davaya müdahale söz konusu olamaz⁶¹⁶.

Fer’i müdahale için gereken ikinci şart ise davaya müdahale edecek olan üçüncü kişinin hukuki yararının bulunmasıdır. Davaya müdahil olmak isteyen üçüncü kişi, lehine müdahale etmek istediği tarafın davayı kazanması halinde bundan bir fayda görecektir ise, ya da karşı tarafın davayı kazanması halinde bundan bir zarar görecektir ise davaya müdahale etmekte yararı olduğu söylenebilir⁶¹⁷. Fer’i müdahale ancak bu iki şartın bir arada olması halinde söz konusu olabilir.

⁶¹⁵ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.514; KURU, Ders Kitabı, s.391; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.336; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.207; ERCAN, s.164-165. Yargıtay HGK’nın 01/04/1987 Tarih, E.1987/11-143 ve K.1987/257 sayılı kararı için bkz. KAÇAK, Usul, s.613-614.

⁶¹⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.514, 515; KURU, Ders Kitabı, s.391-392; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.151-152; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.208; ERCAN, s.165.

⁶¹⁷ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.515; KURU, Ders Kitabı, s.392; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.336; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.152; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.209; ERCAN, s.166; Yargıtay 19.HD’nin 19/11/1993 Tarih, E.1993/6975 ve K.1993/7800 sayılı kararı için bkz. KAÇAK, Usul, s.616.

C- Fer'i Müdahilin Hukuki Durumu

Mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri müdahile de tebliğ eder (HMK m.68/II). Aksi halde müdahilin, lehine davaya katılmış olduğu tarafa yardım görevini gereği gibi yerine getirmesi mümkün olamaz⁶¹⁸.

Müdahale talebinin kabulü halinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir (HMK m.68/I). Lehine müdahil olunan tarafın iradesine aykırı olmamak koşulu ile müdahil onun iddialarını ya da savunmalarını tamamlayabilir ve lehine müdahil olduğu tarafın delil gösterme yetkisi ölçüsünde delil gösterebilir⁶¹⁹. Fer'i müdahile yemin teklif edilemeyeceği gibi, fer'i müdahil de tek başına karşı tarafa yemin teklif edemez⁶²⁰.

Lehine müdahil olunan taraf yetkilendirmediği sürece, fer'i müdahil dava konusu üzerinde tasarrufta bulunamaz; örneğin davadan feragat edemez, davayı kabul edemez, sulh olamaz, dava konusunu başkasına devredemez⁶²¹.

Hüküm sadece taraflar hakkında verilir, fer'i müdahil için bir hüküm verilemez. Dolayısıyla, fer'i müdahilin dava sonucunda verilen hüküm için tek başına kanun yoluna başvurusu söz konusu olamaz. Ancak lehine müdahil olduğu taraf kanun yoluna giderse, fer'i müdahil de onunla birlikte kanun yoluna başvurabilir. Bununla birlikte, HMK m. 69'a aykırı olarak müdahil hakkında da karar verilmişse, müdahil sadece kararın kendisine ilişkin kısmı için kanun yoluna gidebilir⁶²².

⁶¹⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.516; KURU, Ders Kitabı, s.393.

⁶¹⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.516; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.338; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.210; ERCAN, s.167.

⁶²⁰ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.517; KURU, Ders Kitabı, s.394; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.339.

⁶²¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.517; KURU, Ders Kitabı, s.393; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.156; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.211; ERCAN, s.168.

⁶²² KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.517; KURU, Ders Kitabı, s.394; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s.340-341.

II- ASLİ MÜDAHALE

A- Genel Bilgi

Belli bir şey ya da hak hususunda, iki kişi arasında devam eden bir dava söz konusu iken, üçüncü bir kişinin dava konusu şey ya da hak üzerinde kendisinin kısmen ya da tamamen hak sahibi olduğunu iddia ederek aynı mahkemede dava açmasına asli müdahale denir⁶²³.

Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir (HMK m.65/I). Buna göre asli müdahil dava görülmekte (derdest) iken dava açabilir; hüküm verildikten sonra dava açması söz konusu değildir. Ayrıca asli müdahil, davayı davanın her iki tarafına karşı açar.

Asli müdahalede ayrı bir dava söz konusudur. Ancak ilk dava ile asli müdahale davası arasında bir bağlantı söz konusudur. Zira asli müdahale davasında verilecek hüküm, ilk davayı etkileyecek niteliktedir. Bu sebeple, asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır (HMK m.65/II)⁶²⁴.

Asli müdahalenin amacı, gerçeğin ortaya çıkarılmasını, usul ekonomisi ve hukuki dinlenilme hakkı ilkelerinin hayata geçirilmesini sağlamak ve çelişkili kararların verilmesini ve muvazaalı (danışıklı) davaları önlemektir⁶²⁵.

B- Asli Müdahalenin Şartları

Asli müdahaleden söz edebilmek için öncelikle görülmekte olan bir dava olmalıdır. Hüküm verilinceye kadar davanın her aşamasında asli müdahale

⁶²³ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.518; KURU, Ders Kitabı, s.395; ALANGOYA/ YILDIRIM/ DEREN- YILDIRIM, s.157; ERCAN, s.169-170.

⁶²⁴ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.519; KURU, Ders Kitabı, s.398.

⁶²⁵ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.518; ERCAN, s.170.

mümkündür. Derdest olmayan bir davaya, yargılama bittikten sonra ya da kanun yolu incelemesi sırasında asli müdahale söz konusu olamaz⁶²⁶.

Asli müdahale için gereken ikinci şart ise asli müdahilin bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia etmesidir⁶²⁷. Görülmekte olan davanın taraflarının, o davaya asli müdahil olmayacağını söylemeye gerek dahi yoktur. Asli müdahil, üçüncü bir kişi olmalıdır⁶²⁸.

C- Asli Müdahale Usulü

Asli müdahil, ilk davanın açılmış olduğu mahkemede ayrı bir dava açmalıdır. Bu davanın, ilk davanın davacısına ve davalısına karşı birlikte açılması gerekir⁶²⁹. Bu durumda ilk davanın davacısı ile davalısı, asli müdahil tarafından açılan davada birlikte davalı tarafı teşkil ederler ve aralarında şekli anlamda zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu olur⁶³⁰. Asli müdahale davasında görevli ve yetkili mahkeme ilk davaya bakan mahkemedir⁶³¹.

III- ORTAK MENFAATİN KORUNMASI BAKIMINDAN DAVAYA MÜDAHALE

Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunmasına ilişkin davalar tek bir malik tarafından açılabilir. Maliklerden birinin tek başına dava açma yetkisinin olması, tabi ki tek başına dava açmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Ortak menfaatin korunması için maliklerden biri tek başına dava açabileceği gibi, birden çok malik ya da maliklerin hepsi birlikte dava açabilirler. Bu kısımda maliklerden biri ya da bir

⁶²⁶ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.519; KURU, Ders Kitabı, s.397; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.217; ERCAN, s.170.

⁶²⁷ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.519; KURU, Ders Kitabı, s.397; ERCAN, s.171.

⁶²⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.520; KURU, Ders Kitabı, s.397; ERCAN, s.170.

⁶²⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.520; KURU, Ders Kitabı, s.397.

⁶³⁰ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.520; KURU, Ders Kitabı, s.397; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.219; ERCAN, s.171.

⁶³¹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.520; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s.219.

kaçı tarafından açılan bir davaya diğer malik tarafından müdahale edilebilip edilemeyeceği hususu anlatılmaya çalışılacaktır.

Asli müdahil, davayı ilk davanın davacısına ve davalısına birlikte açmak zorunda olduğu için, maliklerden biri tarafından açılmış olan bir davaya diğer maliklerin asli müdahil olması durumunda ilk davayı açan malik asli müdahale davasında davalı konumda yer alacaktır. O halde maliklerden biri ya da birkaçı tarafından ortak menfaatin korunmasına ilişkin bir dava açıldığında, diğer maliklerden birinin ya da birkaçının asli müdahalede bulunması halinde, ilk davayı açan malik ile asli müdahale davasını açan malik karşı karşıya gelmiş olur. Maliklerin bir davada karşı karşıya gelmeleri, ortak menfaatin korunması kavramı ile bağdaşmaz. Bu nedenle, ortak menfaatin korunması için açılmış olan bir davaya, diğer malikler tarafından asli müdahalede bulunulması söz konusu olamaz.

Fer'i müdahalede, dava sonucunda verilecek olan karar taraflar dışındaki kişileri de etkileyebilecek niteliktedir ve üçüncü kişilerin o davaya müdahil olmasında hukuki açıdan çıkarları vardır. Üçüncü kişi davaya bir taraf gibi değil de taraflardan birinin yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla katılır⁶³². Ortak menfaatin korunması için açılmış olan bir dava sonucunda verilecek olan karar, tüm malikleri etkileyecek niteliktedir. Bu nedenle, dava açmamış olan maliklerin o davaya müdahil olmada hukuki açıdan çıkarları vardır. Maliklerden biri ya da birkaçı tarafından ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış olan bir davada, diğer maliklerin, onların yanında ve onlara yardımcı olmak amacıyla davaya fer'i müdahil olması mümkündür.

Maliklerden birinin ya da birkaçının, ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış olan davaya fer'i müdahalede bulunabilmeleri için söz konusu davanın derdest olması gerekir; yargılama bittikten sonra ya da üst mahkemede görülmekte olan davaya müdahale söz konusu olamaz⁶³³.

Müdahale talebinin kabulü halinde malik, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Yanında davaya katıldığı maliklerin yararına olan iddia veya

⁶³² **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.514; **KURU**, Ders Kitabı, s.391.

⁶³³ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.514, 515; **KURU**, Ders Kitabı, s.391-392.

savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onların işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir (HMK m.68/I)⁶³⁴.

Mahkeme, katıldığı noktadan itibaren, taraflara bildirilen işlemleri fer'i müdahil olan malike de tebliğ eder (HMK m.68/II). Aksi halde müdahil olan malikin, lehine davaya katılmış olduğu maliklere yardım görevini gereği gibi yerine getirmesi mümkün olmaz⁶³⁵.

Fer'i müdahil, sadece lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun usul işlemlerini yapabileceği (HMK m.68/I) için, fer'i müdahil olan malikin yapmış olduğu ve davayı açan malikin iradesine aykırı olmayan usul işlemleri lehine müdahil olunan malik için de geçerli olur. Lehine müdahil olunan malikin iradesine aykırı olmamak koşulu ile müdahil olan malik onun iddialarını ya da savunmalarını tamamlayabilir ve lehine müdahil olduğu malikin delil gösterme yetkisi ölçüsünde delil gösterebilir⁶³⁶.

Lehine müdahil olunan malik yetkilendirmediği sürece, müdahil olan malik dava konusu üzerinde tasarrufta bulunamaz; örneğin davadan feragat edemez, davayı kabul edemez, sulh olamaz, dava konusunu başkasına devredemez⁶³⁷.

Fer'i müdahile yemin teklif edilemeyeceği için, ortak menfaatin korunması için açılmış olan davaya müdahil olan malike yemin teklif edilemez; fer'i müdahil olan malik de tek başına karşı tarafa yemin teklif edemez⁶³⁸.

Hüküm sadece taraflar hakkında verilir, fer'i müdahil için bir hüküm verilemez. Dolayısıyla, fer'i müdahil olan malikin dava sonucunda verilen hüküm için tek başına kanun yoluna başvurusu söz konusu olamaz. Ancak lehine müdahil olduğu malik kanun yoluna giderse, fer'i müdahil olan malik de onunla birlikte kanun

⁶³⁴ Yargıtay HGK'nın 03/07/1963 Tarih, E.1963/8-115 ve K.1963/31 sayılı kararı için bkz. **KAÇAK**, Usul, s.617.

⁶³⁵ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.516; **KURU**, Ders Kitabı, s.393.

⁶³⁶ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.516.

⁶³⁷ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.517; **KURU**, Ders Kitabı, s.393.

⁶³⁸ **KURU/ ARSLAN/ YILMAZ**, Usul, s.517; **KURU**, Ders Kitabı, s.394.

yoluna başvurabilir. Bununla birlikte, HMK m. 69’a aykırı olarak müdahil olan malik hakkında da karar verilmişse, müdahil olan malik sadece kararın kendisine ilişkin kısmı için kanun yoluna gidebilir⁶³⁹.

Son olarak, paydaşlardan biri tarafından ortak menfaati korumayı amaçladığı gerekçesiyle açılan bir davada, diğer paydaşların bu davanın ortak menfaat kapsamında olmadığı iddiasıyla, karşı taraf yanında davaya müdahil olabileceklerini düşünmekteyiz. Örneğin, bir imar planı ile paylı mülkiyet konusu arsanın tarım arazisine dönüştürülmesi halinde, paydaşlardan birinin taşınmazın değerini azalttığı gerekçesiyle bu planın iptali için açtığı davada; diğer paydaşlar planın hukuka uygun olduğu ve giderek taşlaşan dünyada tarımın gerekliliğinin önümüzdeki zamanlarda anlaşılacağı ve tarım arazilerinin giderek kıymetleneyeceği düşüncesiyle, bu planın iptalinin ortak menfaat kapsamında değerlendirilemeyeceğini iddia ederek davalı idare yanında davaya müdahil olmalarına engel yoktur.

§12 ORTAK MENFAATİN KORUNMASINA İLİŞKİN DAVALARDA DERDESTLİK ve KESİN HÜKÜM İTİRAZI

Bu kısımda, ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerden biri tarafından açılmış olan bir davaya rağmen diğer maliklerin aynı konuda yeni bir dava açmaları halinde karşı tarafın derdestlik ya da kesin hüküm itirazında bulunabilip bulunamayacağı hususu incelenecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Dava şartları” başlıklı 114 üncü maddesinin (1) bendi uyarınca “*Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması*” ; (i) bendine göre de “*Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması*” dava şartıdır. Buna göre, aynı taraflar arasında, aynı konuda daha önce bir dava açılmış olması, o konuda yeni bir dava açılmasına engeldir.

⁶³⁹ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, Usul, s.517; KURU, Ders Kitabı, s.394. Müdahil aleyhine hüküm tesis edildiğinde, müdahilin temyiz yoluna gidebileceğine ilişkin Yargıtay 11. HD’nin 11/03/1991 Tarih, E.5886 ve K.1991/1700 sayılı kararı için bkz. KAÇAK, Usul, s.618. Aynı yönde Yargıtay HGK’nın 30/04/1969 Tarih, E.706 ve K.1969/547 sayılı kararı için Bkz. KAÇAK, Usul, s.619.

Ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerden biri tarafından açılmış olan bir davaya rağmen diğer malikler tarafından yeni bir dava açılması halinde, derdestlik ya da kesin hükmün varlığına ilişkin itirazda bulunulabilmesi için, iki davanın taraflarının aynı olması gerekir. Ancak ortak menfaatin korunması için açılmış olan bir davada, davayı açmayan diğer malikler davanın tarafı değildir. Ortak menfaate ilişkin davayı açan malik davayı kazanırsa bundan diğer malikler de yararlanır. Ancak karar sadece davayı açan malik ya da malikler için kesin hüküm teşkil eder⁶⁴⁰. Ortak menfaatin korunması için hareket eden malik, diğer maliklerin temsilcisi değildir, onlar adına değil kendi adına hareket etmektedir. Dava açan malik, diğerlerinin temsilcisi olmadığından diğer malikler davanın tarafı olmazlar⁶⁴¹. Aynı şekilde dava aleyhte sonuçlandığında da diğer maliklere karşı kesin hüküm ileri sürülemez; onlar bu aleyhte sonuçtan etkilenmezler⁶⁴². Bu nedenle, daha sonra aynı konuda dava açan maliklere karşı derdestlik ya da kesin hükmün varlığına ilişkin itirazların ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

Ortak menfaatin korunmasını temsil yetkisiyle açıklayan görüşe katılıyor olsa idik görüşümüz farklı olacak idi. Ortak menfaatin korunması için dava açan paydaşın, diğer paydaşları temsil ettiği kabul edilirse, dava sonunda verilecek olan karar bütün paydaşlar bakımından kesin hüküm teşkil eder.

§13 İLAMIN İCRASI

Bazen bir konuda dava açılması, hatta açılan davanın kazanılması sonuca ulaşmak için yeterli olmayabilir. Sonuca ulaşmak için ilamın icrası gerekir. Bu kısımda, ortak menfaatin korunması amacıyla açılan bir dava sonucunda alınan ilamın icrasına değinilecektir.

⁶⁴⁰ MEIER-HAYOZ, Art.648, N.10; BASLER KOMMENTAR, Art.646, N.37, Art.648, N.8; WIELAND, s.81; BERTAN, s.396-397; KAYAOĞLU, s.23; ARDAHAN, s.158; BELGESAY, s.35; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.148.

⁶⁴¹ AYİTER, Eşya, s. 92; SAYMEN/ ELBİR, s.245; KARAHASAN, Mülkiyet 1, s.148.

⁶⁴² BASLER KOMMENTAR, Art.648, N.8; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.591; BELGESAY, s.35; SİRMEN, Eşya, s.278; KÜLEY, Temsil, s.416; KARAHASAN, Eşya, s.174; AYİTER, Eşya, s. 92; ACEMOĞLU, s.91; GENÇCAN, s.3987.

Maliklerden biri tarafından, ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış olan bir dava sonucunda elde edilen ilamın icrası da ortak menfaatin korunmasıdır. Zira ortak menfaatin korunması için sadece bütün maliklerin objektif olarak yararına olan bir hususun elde edilmesi için dava açılmış olması yeterli değildir, dava aleyhine sonuçlanan tarafın hükmün gereklerini yerine getirmesi gerekir. İcrası gerçekleşmeyen bir ilamın hiçbir anlamı olmaz.

Ortak menfaatin korunması için maliklerden birinin dahi tek başına dava açması mümkün olduğu gibi, maliklerden birkaçının ya da hepsinin dava açması da mümkündür. Davanın, bütün malikler tarafından açılmış olması halinde, ilamın icrası bakımından tereddüt oluşmaz; maliklerden herhangi biri tarafından ilamın icrası yoluna gidilebilir. Burada da pay ve paydaş çoğunluğu ya da oybirliği aranmaz, ortak menfaatin korunması kapsamında tek bir paydaş ya da ortak tarafından ilamın icrası gerçekleştirilebilir.

Ortak menfaatin korunması için tek bir malik ya da maliklerden bir kısmı tarafından dava açılmış olması halinde, ilamın icrası için diğer maliklerin yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu ise tartışılmaya değer bir konudur. Kural olarak ilamlı icraya başvurma hakkı, ilam lehine olan (yani ilama göre alacaklı olan) kimseye, bu kimse ölmüş ise mirasçılara, alacağını başkasına devretmiş ise alacağı devralana aittir⁶⁴³. Zaten, bunlar dışındaki kimselerin dava sonucu elde edilen ilamın icra edilip edilmemesinden de bir çıkarları yoktur. Ancak birlikte mülkiyet halinde durum biraz farklıdır. Ortak menfaat kapsamında olan bir konu, birlikte maliklerin hepsini ilgilendirir, dolayısıyla o konuda verilmiş olan bir ilamın icrası da bütün malikleri etkiler.

Ortak menfaati korumak amacıyla açılmış olan davada, davayı açan malik dışındaki paydaşlar ya da ortaklar o davanın tarafı olmazlar. Davayı açan malik, diğerlerinin temsilcisi de olmadığı için, dava sonucunda verilen karar diğerleri için kesin hüküm teşkil etmez; diğer malikler süresi içinde başka bir dava açabilirler⁶⁴⁴.

⁶⁴³ **BAKİ KURU/ RAMAZAN ARSLAN/ EJDER YILMAZ**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.21, Ankara 2007, s.391, (*İcra*).

⁶⁴⁴ **MEIER-HAYOZ**, Art.648, N.10; **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.37, Art.648, N.8.

Ortak menfaate ilişkin olarak lehe alınmış olan bir ilamın icrası ortak menfaatin korunması kapsamında bir tek malik tarafından gerçekleştirilebilir ise de, davanın tarafı olmayan kişilerce ilamın icrası yoluna gidilmesi usul hukuku hükümleri ile bağdaşmaz. Bu nedenle, ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış olan bir dava sonucunda verilen ilamın icrası ancak davanın tarafı olan maliklerden biri tarafından gerçekleştirilebilir. Söz konusu lehe kararın icrasını isteyen malikler yeni bir dava açıp, aynı yönde bir karar verilmesini sağlama ya da davanın tarafı olan malikleri ilamın icrasını sağlamaları hususunda ikna etme yoluna gitmelidirler.

Özetlemek gerekirse, ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış bir dava sonucunda verilmiş olan bir ilamın bir tek malik tarafından icrasının sağlanması ortak menfaatin korunmasıdır. Ancak bunun için ilamın icrası yoluna giden malikin, davayı açan maliklerden biri olması gerektiğini düşünüyoruz.

§14 ORTAK MENFAATİN KORUNMASI AMACIYLA YAPILAN MASRAFLAR

Birlikte mülkiyette bütün maliklerin ortak menfaatine olan bir iş ya da işlemin yapılması veya bir davanın açılması esnasında, bu işi ya da işlemi yapan ya da davayı açan malikin birtakım masraflar yapması kaçınılmazdır. Çalışmamızın bu kısmında ortak menfaatin korunması amacıyla masraf yapan malikin, yapmış olduğu masrafları diğer maliklerden isteyebilip isteyemeyeceği, isteyebilir ise bu talebini hangi sebebe dayandıracağı incelenmeye çalışılacaktır.

Birlikte mülkiyette genel giderlerin ve yapılan masrafların karşılanması⁶⁴⁵ hususu en çok uyuşmazlığın yaşandığı konulardan biridir. Paylı mülkiyette bu konu “Giderler

⁶⁴⁵ Paylı mülkiyetten kaynaklanan veya paylı malı ilgilendiren gider ve yükümlülüklerin eşyaya bağlı borç (real obligation) niteliğinde olduğu savunulmaktadır. Bkz. **MEIER-HAYOZ**, Art.649, N.3; **BASLER KOMMENTAR**, Art.646, N.1, Art.649, N.9; **REY**, N.698; **OĞUZMAN**, 50. Yıl Sempozyumu, s.232; **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.421; **EREN**, Mülkiyet, s.114; **SİRMEN**, Eşya, s.279; **ÖZTAŞ**, s.28. Ancak eşyaya bağlı olan dar anlamda borç değil, geniş anlamda borçtur. Başka bir deyişle eşyaya bağlı olan şey borç değil, borç ilişkisidir. Bu nedenle eşyaya bağlı borç ilişkisine dayanarak doğan her borç, borçlunun şahsına bağlı kalır ve yeni malike geçmez. Bunun anlamı da her paydaşın sadece malik olduğu dönemde yapmış olan masraflara katılmak zorunda olmasıdır. Masraflara katılma borcunun eşyaya bağlı borç niteliğinde olması, bir paydaşın payını devretmesi ile yeni paydaşın eski paydaş zamanında tahakkuk etmiş olan masraflara katılma borcunu yüklemesini sağlar. Yeni paydaş sadece mülkiyet hakkını kazanmasından sonra doğmuş olan borçları ifa etmekle yükümlüdür. Bkz. **OĞUZMAN**, 50. Yıl Sempozyumu, s.232;

ve yükümlülükler” başlıklı 694 üncü madde ile düzenlenmiştir. TMK m. 694’e göre: *“Paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır. Payına düşenden fazlasını ödemiş bulunan paydaş, diğerlerine payları oranında rücu edebilir.”* Buna göre TMK m. 694 uyarınca paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır⁶⁴⁶. Hükümde geçen *“aksine bir hüküm bulunmadıkça”* ifadesinden de anlaşılacağı üzere bu düzenleme emredici nitelikte değildir. Paydaşlar masraflara katılma oranını değiştirebilirler.

Elbirliği mülkiyetinde, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle hareket etmeleri gerektiği (TMK m.702/II) için, masraflar da kural olarak bütün ortaklar tarafından yapılmakta; bu nedenle yapılan masrafların diğer ortaklardan istenmesine gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte elbirliği mülkiyetinde hüküm bulunmayan hallerde,

OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya s.325; **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.166; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.131; **N. YAVUZ**, Paylı Mülkiyet, s.25; **SİRMEN**, Eşya, s.279. Aksi görüş için bkz. **GÜRSOY/ EREN/ CANSEL**, s.421; **EREN**, Mülkiyet, s.114. Bu görüşe göre eşyaya bağlı borç olmanın sonucu olarak borcunu ödemeyen paydaşın payını devralan kişi, eski paydaş zamanında yapılmış olan masraflardan sorumludur.

⁶⁴⁶ Paydaşların yapılan masraflardan dolayı kendi payları oranında sorumlu olacaklarını düzenleyen kanun hükmü, paydaşlar arasındaki iç ilişki ile ilgili bir düzenlemedir. Paydaşların üçüncü kişiler karşısındaki borçluluk durumunu bu hüküm değil, borçlar hukukunun ilgili hükümleri düzenler. Bkz. **OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya s.324; **ÖZMEN**, Paydaşlıktan Çıkarma, s.39-40; **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.160; **HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI**, s.128. Paydaşların üçüncü kişiler karşısında sorumluluklarının müteselsil sorumluluk olup olmadığı da genel hükümlere göre belirlenecektir. Sözleşmeden doğan borçlar için, aksine bir sözleşme hükmü yok ise, her paydaş kendi payı oranında sorumlu olacaktır. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.602; **SİRMEN**, Eşya, s.279; **KARAHASAN**, Eşya, s.178-179; **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.156; **ERTAŞ**, Eşya, s.244. Haksız fiilden kaynaklanan borçlar için ise, birlikte sebep olma veya kusursuz sorumluluk (örnek olarak TMK m.730 veya TBK m.69-EBK m.58) hallerinde müteselsil sorumluluk, diğer hallerde ise pay oranına göre sorumluluk söz konusu olur. Bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.602; **ARPACI**, Müsterek Mülkiyet, s.161; **SİRMEN**, Eşya, s.279; **KORKUT**, s.303; **ACEMOĞLU**, s.86; **KARAHASAN**, Mülkiyet 1, s.156 vd. Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay 4. HD’nin 28/02/1980 Tarih, E.1979/8805 ve K.1980/2578 sayılı kararı şu şekildedir: *“Müsterek maliklerin hepsi malik sıfatını haiz olduklarından, sorumluluk paya değil, bu sığata (malik sıfatına) bağlı olmalıdır. Bu nedenle müsterek malikler ortak kusurları olsun veya olmasın müteselsilen sorumlu olurlar. Buradaki müteselsil sorumluluk bizzat madde metni içinde mevcuttur ve yasadan doğmaktadır. Her paydaş taşınmazın maliki olduğuna göre, zararın tamamından mağdura karşı her biri ayrı ayrı sorumludurlar... Müteselsil sorumluluğun amacı mağduru korumak amacından kaynaklandığına göre, sorumluluğun (EMK’nın 656.- TMK m.730- ve EBK’nın 58.-TBK m.69-maddelerindeki) paya değil, malik sıfatına bağlanması hakkaniyete de uygun düşer...”* Karar için bkz. **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.602-603, dn.32.

paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluna gidilebildiğinden, TMK m.694 hükmünün gerektiğinde elbirliği mülkiyeti için de uygulanabilmesi gerekir⁶⁴⁷.

TMK m. 694/I'e göre paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler paydaşlar tarafından payları oranında karşılanır. Ortak menfaati korumak amacıyla yapılan masrafların vergi ya da diğer yükümlülükler kapsamında değerlendiremeyeceği açıktır. Ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliğini açıklamaya çalışırken de belirttiğimiz üzere ortak menfaati koruma yetkisi olağan yönetim işi niteliğinde değildir. Bu yetkinin paydaşlardan biri tarafından tek başına kullanılabilir olması sebebiyle önemli ya da olağanüstü yönetim işi olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Yönetim işleri için masraf yapan paydaş olumlu sonuç elde etmese bile bu masrafları talep etme hakkına sahiptir. Ancak ortak menfaati korumak amacıyla hareket eden paydaşın, olumlu sonuç elde edememesi halinde, diğer paydaşlardan yaptığı masrafları talep etmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, ortak menfaati korumak için yapılan işler yönetim işi olmadığına göre, bu amaçla yapılan masraflar yönetim gideri olarak da kabul edilemez. O halde, ortak menfaati korumak amacıyla yapılan masraflar, TMK m.694 kapsamında değerlendirilemez.

Ortak menfaatin korunması kapsamında paydaşlardan biri ya da birkaçı tarafından yapılan işten ya da işlemten diğerleri de yararlanır. Ancak bütün paydaşların menfaatine sonuçlansa da, paydaşların yapılan iş ya da işlem veya açılan dava için katlanılan külfetlere katılması beklenemez⁶⁴⁸. Örneğin paylı mala

⁶⁴⁷ Elbirliği mülkiyetinde ortakların masraflardan müteselsilen sorumlu oldukları görüşü için bkz. **TALİH UYAR**, Paylı Gayrimenkule Bir Paydaş Tarafından Yapılan Faydalı Giderlerin, Uygulamada Yaratıldığı İhtilaflar, Ankara Barosu Dergisi, 1970-4, s.544, (Paylı).

⁶⁴⁸ Aksi görüş için bkz. **KILIÇOĞLU**, s.376-377. Yazara göre birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması amacıyla açılan davalarda diğer maliklerin külfetlere de katlanması gerekir. Yazar bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “ ... diğer ortakların davanın kazanılmasından elde edilen korumadan yararlanacağı, davanın kaybedilmesinden ise haklarının etkilenmemesi esası öngörülmüştür. Ancak ne maddede ne de gerekçede davanın kazanılması ya da kaybedilmesi halinde masraflara diğer ortakların katılıp katılmayacağı hükme bağlanmamıştır. Kanımca ortaklardan birinin açtığı bu tür davalar kişisel yarara değil ortaklığın yararına hizmet ettiğine göre, ortakların sadece nimetlerden yararlanmaması, külfetlere de katlanması gerekir. Bunun sonucu olarak bir ortağın ortaklığın yararlarını koruma zorunluluğu varsa yaptığı masraflarını vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince (BK md.413) diğer ortaklardan talep edebilmesi gerekir.” Yazarın, bir ortağın ortaklığın yararlarını koruma zorunluluğu bulunduğu görüşüne de katılmıyoruz. Kanaatimizce, ortak menfaati korumak malikler için bir zorunluluk olmayıp bir

yöneltilmiş haksız bir müdahalenin önlenmesi için dava açan bir paydaşın, yargılama giderleri, vekâlet ücreti gibi masraflar için, TMK m.694 hükmünden faydalanarak diğer paydaşlara başvurma imkânı yoktur⁶⁴⁹. Paydaşın, davayı kazanması halinde masraflar ve yargılama giderleri zaten karşı tarafça ödenir. Ama karşı taraf ödemez ise ya da avukata verilen ekstra ödemeler için paydaşın, TMK m.694 hükmünden faydalanarak, diğer paydaşlara başvurma imkânı yoktur. Ancak paydaşın TMK 694 hükmünden yararlanamaması, ortak menfaati korumak amacıyla yapmış olduğu masraflar için diğer paydaşlara başvurma hakkının bulunmadığı anlamına gelmez. Paydaşın yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme (TBK m.77 vd.) ve vekâletsiz iş görme (TBK m.526 vd.) hükümleri uyarınca talep etmesine bir engel yoktur⁶⁵⁰. Elbirliği mülkiyetinde ortak menfaati koruyan ortağın da bu sebeple yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca diğer ortaklardan talep etmesi mümkündür⁶⁵¹.

Ancak sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca masrafların diğer paydaşlardan istenebilmesi, TMK m.694/II'ye dayanan talebe göre daha elverişsizdir. Yaptığı masraflar için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan malik, yapılan masrafın tamamını isteyemeyecek; diğer maliklerin malvarlığında bir artış meydana geldiğini ispat edebilirse⁶⁵², ancak bu artış oranında bir talepte bulunabilecektir⁶⁵³. Bu artış miktarının yapılan masraf kadar olmaması ihtimali bir yana, masraf yapıldıktan sonra paylı malın yıkılması ya da yanması gibi bir ihtimalde paydaşın hiçbir şey talep edemeyecek olması, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan taleplerin, TMK m.694//II hükmü karşısında ne kadar elverişsiz olduğunu açıkça göstermektedir⁶⁵⁴. TMK m.694/II'ye dayanan talep

yetkidir. Malik, dilerse kendinin de çıkarına olan bir sonucu elde etmek için bir takım iş ya da işlemler yapabilir, dava açabilir; isterse de herhangi bir iş ya da işlem yapmaz. Bu konuda bir zorunluluk söz konusu değildir.

⁶⁴⁹ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.165-166.

⁶⁵⁰ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.165-166; **KILIÇOĞLU**, s.377.

⁶⁵¹ **AYAN**, Mülkiyet, s.113.

⁶⁵² Paylı mal satılmadan paydaşların malvarlığında sebepsiz bir fazlalık bulunmadığından, diğer paydaşların rızasını almadan paylı mal için yapılan masrafların paylı mülkiyet devam ettiği müddetçe talep edilemeyeceği görüşü için bkz. **UYAR**, Paylı, s.548.

⁶⁵³ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.601; **TEKİNAY**, s.408; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.163; **KORKUT**, s.301.

⁶⁵⁴ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s.601; **TEKİNAY**, s.408; **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.163.

hakkının bir diğer avantajı da 10 yıllık zamanaşımına tabi olmasıdır (TBK m. 146; EBK m.125). Oysa sebepsiz zenginleşmeye dayanan talepler 1 ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabidir (TBK m. 82; EBK m.66)⁶⁵⁵.

Ortak menfaati korumak amacıyla yapılan masrafların diğer paydaşlardan vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak talep edilmesi de, TMK m.694/II hükmü karşısında son derece elverişsiz bir yoldur. Şöyle ki, vekâletsiz iş gören kişi, ancak zorunlu ve faydalı masrafları talep edebilir (TBK m.529/I; EBK m.413/I). Oysa TMK m.694/II'ye göre masraf yapan paydaş, yapmış olduğu bütün masrafları talep edebilir⁶⁵⁶.

Öğretide bir görüş⁶⁵⁷ ortak menfaati korumak amacıyla masraf yapan paydaşın TMK m.694/II hükmünden faydalanamamasının sebebini, bu paydaşın durumunun, yetkisi olmadan masraf yapan paydaşın durumuna benzemesi ile açıklamaktadır. Yazar bu hususu şu şekilde dile getirmektedir: “*Acaba, bir paydaş, kendi hakkını korumak için bazı iş ve işlemler yapmış veya birtakım tedbirler almışsa, diğer paydaşların bu iş ve tedbirler dolayısıyla yarar sağladıklarını öne sürerek MK.626 hükmünden istifade edebilecek midir? Mesela, müşterek mülkiyet konusu nesneye vaki haksız müdahalenin önlenmesi için dava açan paydaş, söz konusu davadan MK.625/I uyarınca diğer paydaşların da yararlandığını ileri sürerek dava dolayısıyla yapmış olduğu masrafları, sözgelimi bir avukata ödediği ücretin davalıdan tahsili mümkün olmayan kısmını onlardan MK.626 hükmüne dayanarak isteyebilir mi? Kanaatimizce, buradaki rücu hakkı, MK.626’dan ziyade BK.414 hükmü dolayısıyla söz konusu olmalıdır. Ancak, diğer paydaşların yapılan masrafa hangi oranda katılacakları probleminin çözümünü de, MK.626 hükmünde aramak uygun düşecektir. Bilindiği gibi, yetkisi olmadığı halde bazı masrafları yapan paydaşın rücu’u da, MK.626 hükmüne dayanmayıp sebepsiz iktisap veya vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca gerçekleşebilmektedir. Sadece kendi hakkını korumak amacıyla harekete geçip birtakım masraflar yapan paydaşın da, o iş için görevlendirilmiş (ve dolayısıyla*

⁶⁵⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s.601-602; TEKİNAY, s.409; ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.163; SARAFİM DELOĞLU, Müşterek Gayrimenkule Masraf Yapan Hissedarın Alacağı, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1959, S.4, s.71.

⁶⁵⁶ ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.163.

⁶⁵⁷ ARPACI, Müşterek Mülkiyet, s.165-166.

yetkili kılınmış) bir paydaş gibi düşünülemeyeceği açıktır.” Biz bu görüşe katılamıyoruz. Kanaatimizce ortak menfaatin korunması amacıyla bazı iş ve işlemler yapmış veya birtakım tedbirler almış olan veya dava açan bir paydaşın bu konuda yetkisi vardır. Paydaş bu yetkisini TMK m.693/III hükmünden almaktadır. TMK m.693/III’e göre paydaşlardan her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması bakımından tek başına yetkilidir.

Sebepsiz zenginleşmeye ya da vekâletsiz iş görmeye dayanılarak ortak menfaati korumak amacıyla yapılan masrafların bu kurumların müsaade ettiği ölçüde talep edilebileceğini söylemeye gerek dahi yoktur. Örneğin, paylı mülkiyet konusu bir araziye evsiz insanların bir çadır kurması ve burada yaşamaya başlaması halinde, paydaşlardan bir kısmı bu evsiz insanların paylı mülkiyet konusu taşınmaza haksız saldırıda bulunduğunu düşünürken, diğerleri insaniyet namına, kullanmadıkları araziden bu insanların yararlanmasında bir sakınca görmeyebilir. Bu durumda evsizlerin araziden çıkarılması için dava açan ya da idari yoldan zilyetliğin korunması yoluna başvuran paydaş, objektif ortak menfaati korumaktadır. Diğer paydaşların sübjektif değerlendirme ile evsiz insanların birlikte mülkiyet konusu araziye çadır kurarak burada yaşamalarını tercih etmeleri, bir paydaşın ortak menfaati koruma yetkisi kapsamında tek başına zilyetliği koruma yollarına başvurmasına engel değildir. Zilyetliği korumak için dava açan ya da idari yollara başvuran paydaşın masraf yapması kaçınılmazdır. Ortak menfaatin korunması kapsamında yapılan masrafların sebepsiz zenginleşme hükümlerince diğer paydaşlardan talep edilebilmesi için diğer paydaşların malvarlığında bir artış meydana gelmesi gerekir. Oysa bahsi geçen örnekte, evsiz insanların arazilerinden çıkarılması ile diğer paydaşların malvarlığında bir artış meydana gelmediği için, paydaşın yaptığı masrafları sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep etmesi söz konusu olmayacaktır. Vekâletsiz iş gören kişinin de ancak zorunlu ve faydalı masrafları talep edebileceği (TBK m.529/I) düşünüldüğünde, evsiz insanların araziden çıkarılması için yapılan masrafların, insanlık namına evsizlerin kendi arazilerinden faydalanmasını isteyen paydaşlar için zorunlu ve faydalı masraflar olduğu düşünülemez. O halde, bu durumda evsizlerin araziden çıkarılması için masraf yapan paydaşın vekâletsiz iş görmeye dayanması da söz konusu olmaz.

Kanaatimizce paydaş, ortak menfaati korumak için yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak isteyebilmelidir. Ancak yapılan masrafların bu hükümler uyarınca talep edilmesi halinde de, hangi paydaştan ne oranda masraf isteneceğinin tespiti için TMK m.694'ten yararlanmak en uygun çözümdür⁶⁵⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki birlikte mülkiyette yapılan masraflar için hâkimin müdahalesini istemek, ortak menfaatin korunması olarak değerlendirilemez. Masrafların kanun hükümlerine aykırı olarak yapılması halinde olduğu gibi, kanun hükümlerine uygun olarak yapılması halinde, hatta ortak menfaati korumak amacıyla yapılmış olması halinde dahi söz konusu masraflar için dava açılması ortak menfaatin korunması olarak kabul edilemez. Masraf yapan paydaşın, bu masrafları diğer paydaşlardan tahsil edip edememesi, ortak menfaati ilgilendiren bir husus değil, iç ilişkiyi ilgilendiren bir husustur.

⁶⁵⁸ **ARPACI**, Müşterek Mülkiyet, s.165.

SONUÇ

Birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisinin üzerinde durulması gereken bir konu olduğu ve bu konuda yapılacak ayrıntılı bir araştırmanın gerek uygulama gerekse öğreti bakımından faydalı olacağı düşüncesiyle hazırlanan bu çalışmada; birlikte mülkiyette bölünemeyen ortak menfaati elde etmek amacıyla, bu menfaatin objektif olmasına bağlı olarak, üçüncü kişilere karşı girilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanması konusu ayrıntılı olarak incelenmeye çalışıldı.

Konu esasen TMK çerçevesinde hem paylı mülkiyet, hem de elbirliği mülkiyeti bakımından incelenmeye çalışıldı. Birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması hususu TMK’da iki ayrı hükümle düzenlenmiş; paylı mülkiyette ortak menfaatin korunması TMK m.693/III hükmünde yer alırken, elbirliği mülkiyetinde konu TMK m.702/IV hükmü ile düzenlenmiştir. TMK m.702/IV hükmünde temsil sözcüğüne yer verilmemiş olması yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, “ortak menfaati koruma” tabirine yer verilmeyerek, “topluluğa giren hakların korunması” ifadesinin kullanılmış olması ve düzenleme konusu birebir aynı olan olguların iki ayrı hükümde iki farklı terimle ifade ediliyor olması eleştirildi. EMK zamanında mevcut olan “temsil” tabirine dayalı eleştirilere rağmen, TMK m.693/III’te yine bu tabire yer verilmesinin ve TMK m.702/IV’te “ortak menfaatin korunması” tabirine yer verilmemiş olmasının uygun olmadığı hususlarına değinildi.

Birlikte mülkiyete ve birlikte mülkiyet türlerine ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden ortak menfaati koruma yetkisi detaylı olarak anlatılmaya çalışıldı. EMK zamanında, elbirliği mülkiyetinde ortaklara, ortak menfaati koruma yetkisinin tanınmamış olmasının büyük bir eksiklik olduğu ve EMK m.630’u karşılayan TMK m.702’e eklenen “*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.*” şeklindeki dördüncü fıkra ile elbirliği mülkiyetinde de ortak menfaati koruma yetkisinin yasa kapsamına dâhil edilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu hususunda kanaatimiz açıklandı.

Ortak menfaat kavramına ilişkin gerek öğretide gerekse uygulamada bir tanım yapılmadığını, tanım yapılmamış olmakla birlikte ortak menfaate ilişkin birtakım açıklamalar yapıldığını, ancak bu açıklamalarda ortak menfaati korumanın, genellikle birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelmiş saldırıların engellenmesi ile ilgili önlemlerin alınması olarak değerlendirildiği belirtildikten sonra, ortak menfaati koruma yetkisini sadece birlikte mülkiyet konusu eşyaya yönelik hukuka aykırı saldırıların önlenmesine indirgemenin yanıltıcı olduğu fikrinde olduğumuz dile getirildi. Ortak menfaatin korunmasının, birlikte mülkiyet konusu eşyaya yöneltilmiş bir saldırı (TMK m.683 haksız elatma, TMK m.983 zilyetliğe haksız saldırı) olmasa da söz konusu olabildiğini, ortak menfaatin korunmasından söz edebilmek için mutlaka bir maddi fiilin varlığını aramak gerekmediğini, ortak menfaatin maddi fiillerin yanı sıra hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller vasıtasıyla da korunabildiğini açıklamaya çalıştık. Daha sonra, ortak menfaati koruma yetkisinin unsurlarından hareketle onu “*Ortak menfaati koruma; birlikte mülkiyette bölünemeyen objektif ortak menfaati elde etmek amacıyla, üçüncü kişilere karşı girişilen tüm hukuka uygun faaliyetlerin olumlu sonuçlarından bütün maliklerin yararlanmasıdır.*” şeklinde tanımladık.

Bir tek paydaşın dahi ortak menfaati korumaya yetkili olduğu, menfaatin objektif olması gerektiği, menfaatin bölünmeye elverişli olmaması gerektiği, korumanın üçüncü kişilere karşı olması gerektiği ve paydaşların sadece olumlu sonuçtan etkileneceği şeklindeki unsurların her biri tek tek incelendikten sonra, ortak menfaati koruma yetkisinin hukuki niteliği açıklanmaya çalışıldı. Kavramın hukuki niteliği açıklanırken, öncelikle bu yetkinin teknik anlamda bir temsil yetkisi olup olmadığı, daha sonra TMK m.702/IV’teki yetkinin vekâletsiz iş görme olduğunu savunan görüşten hareketle bu yetkinin vekâletsiz iş görme niteliğinde olup olmadığı, üçüncü olarak da öğretide hiç bu yönde görüş bulunmamakla birlikte, olası bir görüş olarak ileri sürülebilecek olan ortak menfaati koruma yetkisinin olağan yönetim işi niteliğinde olup olmadığı tartışıldı. Bu yetkinin teknik anlamda bir temsil yetkisi olmadığı, vekâletsiz iş görme ya da olağan yönetim işi niteliğinde de olmadığı sonucuna ulaşılarak ortak menfaati koruma yetkisinin, kanundan doğan sui generis bir yetki olarak kabul edilmesinin en uygun çözüm olacağı yönündeki kanaatimiz açıklandı.

Ortak menfaati koruma yetkisinin ayrıntılı olarak anlatıldığı ikinci bölümün ikinci kısmında ortak menfaatin korunduğu özel haller; irade açıklamaları ile ortak menfaatin korunması, zilyetlik çerçevesinde ortak menfaatin korunması, mülkiyet hakkına dayalı olarak ortak menfaatin korunması, idari yollardan ortak menfaatin korunması ve kat mülkiyetinde ortak menfaatin korunması olmak üzere beş ana başlık altında incelenmeye çalışıldı. Konunun tam olarak anlaşılabilmesi için, ortak menfaatin korunduğu özel halleri olabildiğince ayrıntılı ve örnekler vererek anlatmaya çalıştık. İrade açıklamaları ile ortak menfaatin korunması; maddi fiiller, hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller bakımından incelendi. Zilyetlik çerçevesinde ortak menfaatin korunması da kuvvet kullanma, zilyetliğin idari yoldan korunması ve zilyetlik davaları bakımından ayrı ayrı incelendi. Mülkiyet hakkına dayalı olarak ortak menfaatin korunması başlığı altında da istihkak davası, elatmanın önlenmesi davası ve tespit davası bakımından ortak menfaatin nasıl korunduğu ayrıntılı olarak anlatılmaya çalışıldı. İdari yollardan ortak menfaatin korunması anlatılırken de iptal davaları, tam yargı davaları ve idari başvurular yoluyla ortak menfaatin korunması incelendi. Ortak menfaatin korunduğu özel hallere ilişkin son başlık olan kat mülkiyetinde ortak menfaatin korunması başlığı altında da kat mülkiyetinin niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi verilmeden, kat mülkiyeti bakımından ortak menfaatin korunması kısaca anlatıldı.

Çalışmamızın son bölümünde ise dava açmak başta olmak üzere ortak menfaatin korunması için başvurulacak çeşitli imkânlar usul hukuku çerçevesinde incelendi. Örneğin birden çok paydaşın dava açması halinde aralarında nasıl bir dava arkadaşlığı söz konusu olacağı, maliklerden birinin açtığı davaya diğerinin müdahale edebilip edemeyeceği, maliklerden birinin daha sonra aynı konuya ilişkin yeni bir dava açması halinde derdestlik itirazında bulunulup bulunulamayacağı, davayı kazanan malikin dava için yapmış olduğu masrafları diğerlerinden talep edebilip edemeyeceği gibi hususlar incelendi.

Dava arkadaşlığı anlatılırken, ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerden birinin tek başına dava açabiliyor olmasının onun davayı tek başına açmak zorunda olduğu anlamına gelmeyeceği, maliklerden birinin tek başına yapabileceği işlemleri, birden çok malikin ya da maliklerin hepsinin birlikte yapabileceklerinde şüphe olmadığı, birlikte mülkiyette ortak menfaatin korunması amacıyla maliklerin birlikte

dava açmaları halinde dava arkadaşlığının söz konusu olduğu, bu durumda maliklerin birlikte dava açmaları zorunlu olmadığı için zorunlu dava arkadaşlığının değil ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu açıklandı.

Maliklerden biri tarafından açılan davaya diğer maliklerin asli müdahil olmasının mümkün olmadığı, buna karşılık ortak menfaatin korunması için açılmış olan bir dava sonucunda verilecek olan karar, tüm malikleri etkileyecek nitelikte olduğundan ve dava açmamış olan maliklerin o davaya müdahil olmada hukuki açıdan çıkarları bulunduğundan, diğer maliklerin dava açan malikin yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla davaya fer'i müdahil olmasının mümkün olduğu anlatıldı.

Maliklerden biri tarafından açılmış olan bir davaya rağmen diğer maliklerin aynı konuda yeni bir dava açmaları halinde karşı tarafın derdestlik ya da kesin hüküm itirazında bulunabilip bulunamayacağı hususu incelenirken; ortak menfaatin korunması için hareket eden malikin, diğer maliklerin temsilcisi olmadığı, onlar adına değil kendi adına hareket ettiği, diğer maliklerin davanın tarafı olmadığı ve bu sebeple daha sonra aynı konuda dava açan maliklere karşı derdestlik ya da kesin hükmün varlığına ilişkin itirazların ileri sürülemeyeceği kanaatinde olduğumuz belirtildi.

Ortak menfaatin korunması amacıyla açılmış bir dava sonucunda verilmiş olan bir ilamın bir tek malik tarafından icrasının sağlanmasının da ortak menfaatin korunması kapsamında mümkün olduğu; ancak bunun için ilamın icrası yoluna giden malikin, davayı açan maliklerden biri olması gerektiği hususundaki düşüncemiz açıklandı.

Son olarak, maliklerden birinin ortak menfaati korumak için yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak isteyebileceği, ancak ortak menfaati korumak amacıyla yapılmış olan masrafların diğer maliklerden tahsili için dava açmanın ortak menfaati ilgilendiren bir husus değil, iç ilişkiyi ilgilendiren bir husus olduğu belirtildi.

Uygulamada birçok problemin temelini oluşturan birlikte mülkiyette ortak menfaati koruma yetkisinin çok önemli olduğu ve bu konuda ayrıntılı bir çalışmaya

ihtiyaç duyulduğu düşünülerek hazırlanan bu çalışmanın gerek uygulamaya gerekse öğretiye katkıda bulunması arzu edilmektedir.

KAYNAKLAR

ACAR, Faruk: Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008 (Rehin)

ACAR, Faruk: Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003 (Teselsül)

ACEMOĞLU, Kevork: Eşya Hukuku Meseleleri, İstanbul 1970

AKGÜN, İsmail: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Göre: Türk Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1969

AKINCI, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, B.8, Konya 2015

AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009

AKİPEK, Jale G.: Mülkiyet Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, BATİDER, Y.1969, C.5 (Mülkiyet Kavramı)

AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku Birinci Kitap: Zilyetlik ve Tapu Sicili, B.2, Ankara 1972 (Zilyetlik)

AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) İkinci Kitap Mülkiyet, AÜHFY No:329, B.2, Ankara 1973 (Mülkiyet)

(AKİPEK) GÜRAL, Jale: Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa, AÜHFD, Y.1949, C.6, S.1

AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, İstanbul 2012

ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kâmil/ DEREN- YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, B.8, İstanbul 2011

ARDAHAN, Ziya: Müşterek Mülkiyette Şeriklerden Biri Müşterek Mülkün Tamamı İçin Tasarruf ve Mülkiyet Hakkında Yalnız Başına Dava Açabilir mi? Doktrin ve Tatbikat, İstanbul Barosu Mecmuası, C.17, Y.1943

ARKAN AKBIYIK, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999.

ARPACI, Abdülkadir: Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990 (Müşterek Mülkiyet)

ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukukumuzda Yeni Medeni Kanunla Yapılan Değişikliklerden Bazılarına Kısa Bir Bakış, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004 (YMK ile Yapılan Değişiklikler)

ARTUKMAÇ, Sadık: Bizde Gayrimenkule Tecavüzün Def'i ve Zilyetlik, İstanbul 1953

ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, B.4, Ankara 2014

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, B.12, Konya 2015 (Zilyetlik)

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, B.7, Konya 2014 (Mülkiyet)

AYBAY/ HATEMİ: Eşya Hukuku, B.3, İstanbul 2014

AYİTER, Nuşin: Eşya Hukuku (Kısa Ders Kitabı), B.2, Ankara 1983 (Eşya)

AYİTER, Nuşin: Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961 (Elbirliği)

BALCI, Şakir: Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Birlikte (Ortak) Mülkiyetten Doğan Diğer Davalar (En son Yeniliklerle), B.2, Ankara 2012

BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, B.3, İstanbul 2012

BAUMANN, Max: Sachenrecht, Zürich 2008

BELGESAY, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi IV Ayni Haklar, İstanbul 1956

BERTAN, Suad: Ayni Haklar-Türk Medeni Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C.1, Ankara 1976

BİLGİN, Hüseyin: 3091 Sayılı Yasa uyarınca Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin İdari Yoldan Önlenmesi, Ankara 2010

BİLGİN YÜCE, Melek: 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile Getirilen Kanuni Kısıtlamalar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.10, C.10, S.2 , Temmuz 2011

BOZCALI, Ömer Lütfi: Müşterek Mülkiyet ve İştirak Halinde Mülkiyet Hükümleri, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1945, S.10

BÖKE, Veli: Kamulaştırmасız El Atma Davaları, B.2, Ankara 2006 (Kamulaştırmасız El Atma)

BÖKE, Veli: 4650 sayılı Kanunla Değişik-2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları, B.3, Ankara 2008 (Kamulaştırma)

BREHM, Wolfgang/ BERGER, Chiristian: Sachenrecht, 2. Auflage, Tübingen 2006

CANSEL, Erol/ İNAN, Ali Naim: Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu, AÜHFD, Yıl 1964, C.21, S.1-4

ÇABRİ, Sezer: Kamulaştırmасız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, EÜHFD, C.15, S.1-2 (2011)

ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz: Roma Eşya Hukuku, B.5, Ankara 2015

DAL, Emel / DEMİR, Uğur Y.: Tam Yargı Davaları, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, 2006-4

DELOĞLU, Sarafim: Müşterek Gayrimenkule Masraf Yapan Hissedarın Alacağı, İstanbul Barosu Dergisi, Y.1959, S.4

DEMİRELLİ, Fuat Hulusi: Yedin Himayesine Teferrü Eden Birkaç Mesele, Adliye Ceridesi, Y.1938

DOĞAN, Gülmelahat: Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2014, S.111

DOĞRUSÖZ, Hanife: Türk Hukukunda Teslim Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu, MÜHF-HAD, C.14, S.3

DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C.4, Miras Hukuku, B. 8, İstanbul 2015

EKŞİOĞLU, Kâni: İdari Yoldan Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Tecavüz Eylemleri ile İlgili Ceza Kovuşturması, İstanbul 1987

ERCAN, İsmail: Medeni Usul Hukuku, B.10, İstanbul 2014

ERDOĞAN, Celal: Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi Dava ve İlkeleri, B.2, Ankara 1975

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Eşya Hukuku, B.5, İstanbul 2012

EREL, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 490, Ankara 1982

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015 (Borçlar Genel)

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Borçlar Özel)

EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, B.3, Ankara 2014 (Mülkiyet)

EREN, Fikret: Mülkiyet Kavramı, Dr. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974 (Mülkiyet Kavramı)

ERİŞİR, Evrim: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, B.12, İzmir 2015 (Eşya)

ERTAŞ, Şeref: Tescilli Taşınır Rehinleri, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/4-Şeref-ERTAŞ.pdf

ESENER, Turhan: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara Hukuk Faültesi Yayınlarından No:150, Ankara 1961 (Temsil)

ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985 (Eşya)

ESENER, Turhan/ GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, B.6, Ankara 2015

FEYZİOĞLU, Feyzi N./ DOĞANAY, Ümit/ AYBAY, Aydın: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968

GENÇCAN, Ömer Uğur: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu- Bilimsel Açıklama, İçtihatlar, İlgili Mevzuat-, C.3, B.2, Ankara 2007

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, B.17, Bursa 2015

TAN, Turgut: İdare Hukuku, B.4, Ankara 2015

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, B.3, İstanbul 2014 (Borçlar)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, B.2, İstanbul 2007 (Şerhler)

GÜRSOY, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, AÜHFY No:257, Ankara 1970

GÜRSOY, Kemal T./ EREN, Fikret / CANSER, Erol: Türk Eşya Hukuku, B.2, AÜHFY No:476, Ankara 1984

HAAB, Robert: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, I. Abteilung, Das Eigentum, Art.641-729 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1977

HATEMİ, Hüseyin: “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme” Kurumuna İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991

HOMBERGER, A. : İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Ayni Haklar- Zilyetlik ve Tapu Sicili, Çeviren: Suat Bertan, Ankara 1950

BASLER KOMMENTAR (HONSELL, Heinrich / WOGT, N. Peter / GIESER, Thomas): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 2. Auflage, Basel 2003

İNCEOĞLU, M. Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009

KAÇAK, Nazif: Emsal İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Hukukunun Eşya Hukukuna İlişkin Hükümleri, Ankara 2008 (Eşya)

KAÇAK, Nazif: Emsal İçtihatlarla Atıflı ve Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, B.3, Ankara 2008 (Usul)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, C.1, İstanbul 1999 (Mülkiyet 1)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, C.2, İstanbul 1999 (Mülkiyet 2)

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C.1, İstanbul 2007 (Eşya)

KAYAOĞLU, Ahmet Ziya: Medeni Hukukta Müsterek Mülkiyet İştirak Halinde Mülkiyet Nazariyatı-Tatbikatı ve Yargıtay İçtihatları, Ankara 1946

KAYNAR, Reşat: Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1980

KESER, Yıldırım: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim Sözleşmesi, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile - Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, B.3, Ankara 2014

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, B.6, İstanbul 2014

KORKUT, Ekrem: Müçtemi Mülkiyette Hissedarlar Arasındaki Hukuki Bağlar, İstanbul Barosu Mecmuası, Y.1940, S.5

- KURŞAT, Zekeriya:** Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008
- KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.3, B.6, İstanbul 2001 (Usul, C.3)
- KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, B.6, İstanbul 2001 (Usul, C.4)
- KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.5, B.6, İstanbul 2001 (Usul, C.5)
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder:** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B.21, Ankara 2007 (İcra)
- KURU, Baki ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.22, Ankara 2011 (Usul)
- KURU, Baki:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015 (Ders Kitabı)
- KÜLEY, Muin M.: Müşterek Mülkiyette Hissedarın Temsil Salahiyeti,** İstanbul Barosu Dergisi, Y.1950, S.7 (Temsil)
- KÜLEY, Muin M.: Müşterek Mülkün İdare ve İstimali,** İstanbul 1952 (İstanbul Barosu Dergisinin, Cilt: XXVI, S.9, Eylül 1952 sayısından ayrı baskı) (İdare)
- KÜLEY, Muin M.: Toplu Mülkiyet,** İstanbul 1959- (Toplu Mülkiyet)
- LIVER, Peter:** Schweizerisches Privatrecht, V/I, Sachenrecht, Das Eigentum, Basel-Stuttgart 1977
- MAKARACI BAŞAK, Aslı:** Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014
- MEDER, Stephan/ CZELK, Andrea:** Grundwissen Sachenrecht, Tübingen 2005
- MEIER-HAYOZ, Arthur:** Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981
- MUŞUL, Timuçin:** Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler), B.2, Ankara 2009
- OĞUZMAN, M. Kemal:** Eşyaya Bağlı Borçlara Hâkim Olan Esaslar, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1978 (50. Yıl Sempozyumu)
- OĞUZMAN, M. Kemal:** Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.31, S.1-4, Y.1965 (Eşyaya Bağlı Borçlar)
- OĞUZMAN, M. Kemal:** Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İstanbul 1958 (Kat Mülkiyeti)
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami:** Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, B.21, İstanbul 2015

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1 ve C.2, B.13, İstanbul 2015

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, B.18, İstanbul 2015 (Eşya)

OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), B.15, İstanbul 2015 (Kişiler)

OLGAÇ, Senai: İhtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, B.3, Ankara 1975

ONARAN, Adil: Gayrimenkul Zilyetliği ve Müdahalenin Men'i Davaları, Adliye Dergisi, Y.1944

ÖKTEM, İmran: Kolektif Mülkiyetten: İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946

ÖNGÖREN, Gürsel/ ÇOLAK, N. İlker: Kentsel Dönüşüm Rehberi, İstanbul 2015

ÖZÇELİK, Ş. Barış: Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.2, Bahar 2009

ÖZGÜR, Yılmaz: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995

ÖZKAYA, Eraslan: İmar Çapı – Komşular - Paydaşlar Arasında Elatmanın Önlenmesi Yıkım ve Temlikten Tescil Davaları, B.4, Ankara 2014

ÖZMEN, Etem Sabâ: Genç Hukukçulara (Kızım Sana) Birkaç Öğüt (Gelinim Sen Anla), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/I

ÖZMEN, Etem Sabâ: Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992 (Paydaşıktan Çıkarma)

ÖZMEN, Etem Sabâ/ AKÇURA KARAMAN, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, Y.2013

ÖZMEN, Etem Sabâ/ AYDIN, Gülşah Sinem: Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/ Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015, S.1 (Birlikte Mülkiyet)

ÖZMEN, Etem Sabâ/ AYDIN, Gülşah Sinem: Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası), İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.6, Y.2014 (Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi)

ÖZMEN, Etem Sabâ/ BİLGİN YÜCE, Melek: MK “Madde 700” Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.3, Y.2007

ÖZMEN, Etem Sabâ/ ÜNAL, Emel: Kamulaştırmasız El Atma Sonucu Dava Hakkının Kaybolmasına Dayalı Hakların 5999 Sayılı Değişiklikle Korunması, Erzan Erzurumluoğlu Armağanı, Ankara 2012.

ÖZMEN, Etem Sabâ/ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Kat İrtifakı, B.2, İstanbul 2015

ÖZSUNAY, Ergun: Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968 (Geçit Hakkı)

ÖZSUNAY, Ergun: 6306 Sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, İstanbul Barosu Dergisi, Kasım-Aralık 2014, C.88, S.2014/6 (Kentsel Dönüşüm)

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, B.40, Ankara 2015

ÖZTAŞ, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011

ÖZÜARI, N. Ruhi: 5917 Sayılı Kanunun Sureti Tatbiki, Adalet Dergisi 1957, S.6

PAKEL, Nafi: 6306 Sayılı Kentsel Dönüşüm Yasası, İstanbul Barosu Dergisi, Ocak-Şubat 2013, C.87, S.12, Y.2013 (Kentsel Dönüşüm)

PAKEL, Nafi: 6306 Sayılı Yasa ve Riskli Yapı Uygulaması, İstanbul Barosu Dergisi, Mart-Nisan 2014, C.88, S. 2, Y.2014 (Riskli Yapı)

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B.3, Ankara 2015

POSTACIOĞLU, İlhan E.: Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011

POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, B.7, İstanbul 2015

REİSOĞLU, Safa: Tapu Siciline Kayıtlı Olmayan Gayrimenkullerde Zilyetlerin Gaspa Karşı Himayesi, Adalet Dergisi, Y.1958, S.1 (Zilyetlerin Himayesi)

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul 2014 (Borçlar)

REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Zweite Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2000

REZAKİ, Sait/ TUTAR, Muzaffer/ PULAK, Tahsin Murat/ ARAS, Ümmühan: Kamulaştırma Davaları (Açıklamalar-İçtihatlar-İlgili Mevzuat), C.2, Ankara 1999

SAYMEN, F. H./ ELBİR, H. K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963

SCHMID, Jörg/ HÜRLIMANN- KAUP, Bettina: Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009

SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, B.3, İstanbul 2014

SEZER, Yasin/ BULUT, Uğur: İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016

SEZGİN, Servet: Müşterek Mülkiyette Genel Kaideler İdari Tasarruflarla Temsilden Doğan İhtilaflar, Adalet Dergisi, Y.1947, S.12

SINMAZ, Burhan/ KARATAŞ, İzzet: Zilyedlik Nedeniyle Gayrimenkul Hukuk Davaları, B.2, Ankara 1997

SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995 (Eşya Ders)

SİRMEN, A. Lale: Yeni Türk Medeni Kanununda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2005 (Paylı Mülkiyet)

SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, B.3, Ankara 2015 (Eşya)

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Hukuk Sorunları, C.6, İstanbul 1994 (Medeni Hukuk)

SUNGURBEY, İsmet: Medeni Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972 (Nesneler Hukuku)

SURLU, Mehmet Handan/ ÖZTÜRK Gülay: Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları, B.4, Ankara 2013

ŞAHİNİZ, Salih: Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma - İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması, Ankara 2006

ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, B.7, Bursa 2013

TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, AÜHFY No: 109, İstanbul 1957

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, B.3, İstanbul 1978

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku- Zilyetlik, Tapu Sicili, Mülkiyet, B.5, İstanbul 1989

TERCAN, Erdal: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001

TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009

UÇAR, Ayhan: Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü, EÜHFD, C.12, S.3-4 (2008)

ULUKAPI, Ömer: Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991

UYANIK, Atilla: İdari Yargıda İptal Davalarının Değerlendirilmesi, Mevzuat Dergisi, Y.6, S.61, Ocak 2003

UYAR, Talih: Paylı Gayrimenkule Bir Paydaş Tarafından Yapılan Faydalı Giderlerin, Uygulamada Yarattığı İhtilaflar, Ankara Barosu Dergisi, 1970-4 (Paylı).

UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu C.I, Ankara 2002 (C.1)

UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu C.2, Ankara 2006 (C.2)

UYGUR, Turgut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi , C.1, Ankara 2012

UZUN ŞENOL, Pınar: Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S.3, Y.2014

ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku - Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, B.7, Ankara 2015

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, B.7, İstanbul 2000

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, B.3, İstanbul 1963

WIELAND, C. : Kanunu Medenide Ayni Haklar, Tercüme Eden: İ. Hakkı Karafaki, Ankara 1946

www.corpus.com.tr

www.kazanci.com

www.hukukturk.com

www.tbmm.gov.tr

Yargıtay Kararları Dergisi

YASİN, Melikşah: İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Şubat 2007, S.60.

YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.9, İstanbul 2014

YAVUZ, Nihat: Açıklamalı- İctihatlı Paylı Mülkiyet Yönetimi ve Birden Çok Parsel Üzerinde Kurulan Binaların Kullanımından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara 2006 (Paylı Mülkiyet)

YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1 ve C.2, B.2, Ankara 2015 (Borçlar)

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl.69, S.2011/2

ZEVLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.10, Ankara 2008 (Borçlar)

ZEVLİLER, Aydın: Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977 (Mülkiyet)

ZEVLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.15, Ankara 2015