

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

Anıl KÖROĞLU

2502140221

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Halil Akkanat

İstanbul-2020



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : ANIL KÖROĞLU Numarası : 2502140221
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF. DR. HALİL AKKANAT
Tez Savunma Tarihi : 16.01.2020 Saati : 13.30
Tez Başlığı : MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF.DR. HALİL AKKANAT		Kabul
2-PROF. DR. MURAT ATALI		Kabul
3-PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
4-PROF. DR. H. ÖZDEN ÖZKAYA FERENDECİ		Kabul
5-PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. OZEKERİYA KURŞAT		
2-PROF. DR. ALİ YEŞİLIRMAK		

ÖZ

MEDENÎ USÛL HUKUKU BAKIMINDAN ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

ANIL KÖROĞLU

Bu çalışmada, medenî usûl hukuku bakımından ortaklığın giderilmesi davası incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken genel olarak bu davanın diğer davalara nazaran farklılıkları tespit edilmeye çalışmıştır. Çalışma kapsamında öncelikle paylı mülkiyet ilişkisi ve paylaşırma isteme hakkının niteliği belirlenmiş ve bu tespit çerçevesinde dava çeşitleri arasında ortaklığın giderilmesi davasının niteliği ortaya konulmuştur. Bu bağlantı kurulurken özellikle çift taraflı dava kavramı ele alınmış ve çift taraflı davanın bu davaya katmış olduğu özellikler tespit edilmiştir. Her ne kadar çift taraflı dava temel olarak ortaklığın giderilmesi davası bakımından ele alınmışsa da, burada varılan sonuçlar ortaklığın giderilmesi davası ile benzer diğer davalar (mirasın paylaşırılması davası gibi) bakımından da uygulanabilir niteliktedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ortaklığın giderilmesi davası ilk derece yargılaması bakımından incelenmiştir. Bu kapsamda, davanın açılması anından başlayarak mahkemenin kurmuş olduğu hükme kadar gerçekleşen taraf ve mahkeme usûl işlemleri değerlendirilmiştir. Nihayet son olarak ortaklığın giderilmesi davasında verilen hükümden sonra yargılamanın ne şekilde seyredeceği tespit edilmiştir. Çalışma genelinde Türk ve yabancı hukuk öğretisinde konuyla ilgili ileri sürülen görüşlerden faydalanılmıştır. Ayrıca uygulaması bir hayli fazla olan ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin yargı kararları değerlendirilerek Türk hukuk uygulamasında karşılaşılan sorunlar tespit edilmiş ve bu sorunlara karşı çözüm önerileri paylaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Paylı Mülkiyet, Ortaklığın Giderilmesi Davası, Ortaklığın Giderilmesi Davası, Çift Taraflı Dava, İlk Derece Yargılaması, Usûl İşlemleri

ABSTRACT

In this study, the case of partition of joint ownership in terms of civil procedure is examined. While conducting this research, the differences of this case compared to other cases have been determined. First of all, the nature of the joint ownership and right to request of partition has been determined and within the framework of this connection, the nature of this case has been determined. In establishing this connection, the concept of so-called double-sided case (*actio duplex*) was dealt with and the characteristics of the double-sided case were examined in terms of partition of joint ownership. Although the double-sided case was mainly dealt with in the case of partition of joint ownership, the conclusions reached here are applicable to case of partition of joint ownership as well as other similar cases. In the second part of the study, the partition of joint ownership is examined in terms of the first instance proceedings. In this context, the procedural acts of the parties and the court from the moment of the commencement of the proceedings to the judgment has been evaluated. Finally, how the case would proceed after the judgment. Throughout the study, the opinions put forward in Turkish and foreign law are also examined. In addition, the judicial decisions regarding the partition of joint ownership, which has a great deal of practice, are evaluated and the problems encountered in Turkish legal practice were identified and solutions were proposed against these problems.

Keywords: Joint Ownership, The Case of Partition of Joint Ownership, Double-Sided Case, First Instance Proceedings, Procedural Acts.

ÖNSÖZ

Anıl Köroğlu, Beyazıt-15.01.2020

Ortaklığın giderilmesi davası, önemine rağmen Türk hukukunda medenî usûl hukuku yönüyle ayrıntılı bir incelemeye konu olmamıştır. Uygulaması bir hayli fazla olan bu dava teorik olarak da incelenmeye değerdir. Zira bugün medenî usûl hukuku literatüründe “çift taraflı dava” kavramı ve ortaklığın giderilmesi davasının da bu nitelikte bir dava olduğu tespit edilmiş olsa da, bu kavram özellikleri ve sonuçlarıyla bir bütün olarak hukukumuzda incelenmiş değildir. Türk hukukunda bu konu davadan feragat kurumu anlatılırken göstermiş olduğu farklılık yönüyle anlatılmaktadır. Oysa çift taraflı dava ve o davalardan biri olan ortaklığın giderilmesi davasında usûl hukukuna ilişkin birçok kurum diğer davalardan önemli farklılıklar göstermektedir. Çalışmanın amacı bu farklılıkların tespiti ve diğer usûl hukuku kurumları çerçevesinde ortaklığın giderilmesi davasının değerlendirilmesidir.

Tezin danışmanlığını üstlenen ve tezin her aşamasında destek veren sayın hocam Prof. Dr. Halil Akkanat’a, yapıcı eleştirileriyle yol gösteren sayın hocam Prof. Dr. Muhammet Özekes ve sayın hocam Prof. Dr. Murat Atalı’ya teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca değerli eleştirileriyle çalışmaya katkı veren sayın hocam Prof. Dr. Bilgehan Çetiner ve sayın hocam Prof. Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci’ye teşekkür ederim.

Teze ilişkin çalışmalarımın bir kısmı Alman Akademik Değişim Servisi’nin (DAAD) sağlamış olduğu burs ile Berlin Frei Üniversitesi’nde gerçekleşmiştir. Bu kapsamda çalışmalarına destek olan DAAD kurumuna ayrıca teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ KAVRAMI VE DAVA TEORİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Paylı Mülkiyet Hakkında Genel Bilgiler	3
A. Paylı Mülkiyet Kavramı ve Hukukî Niteliği	3
B. Paylı Mülkiyet İlişkisini Sona Erdiren Sebepler	5
1. Genel Olarak.....	5
2. Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	6
a. Genel Olarak.....	6
b. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Birlikte Mülkiyetin Sona Ermesine Neden Olan Benzer Davalardan Farkları	8
(1) Paylı Mülkiyete Konu Şeyin Paylaştırılması İle Mirasın Paylaştırılması Davalarının Birbirinden Ayrılması.....	8
(2) Ortaklığın Giderilmesi Davasının Elbirliği Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Çevrilmesi Davasından Ayrılması.....	11
(3) Diğer Durumlar	13
II. Medenî Usûl Hukukunda İki Taraf Prensibi ve Çok Taraflı Dava Kavramı Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	17
A. Medenî Usûl Hukukunda İki Taraf Prensibi	17
1. Bir Davada Uyuşmazlık İçinde Sadece İki Tarafın Bulunması.....	17
2. Bir Tarafın Aynı Davada Hem Davacı Hem de Davalı Olamaması.....	19
3. Çekişmesiz Yargıda İki Taraf Prensibinin Geçerli Olmaması.....	21
4. Medenî Usûl Hukukundaki Çeşitli Kurumların İki Taraf Prensibi Kapsamında Değerlendirilmesi.....	22

a. Dava Arkadaşlığı.....	22
b. Davaya Müdahale.....	23
(1) Aslî Müdahale.....	23
(2) Fer'î Müdahale.....	24
c. Cumhuriyet Savcısının Davada Taraf Olarak Yer Alması.....	24
B. Medenî Usûl Hukukunda Çok Taraflı Dava Sistemi.....	25
C. Her İki Sistemin Değerlendirilmesi.....	30
Ç. İki Taraf Prensibi Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	35
III. Çift Taraflı Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	39
A. Medenî Usûl Hukukunda Çift Taraflı Dava.....	39
1. Çift Taraflı Dava Kavramı.....	39
a. Anlamı.....	39
b. Terim Sorunu.....	42
2. Çift Taraflı Davaların Özellikleri.....	43
a. Tarafların Aynı Anda Hem Davacı Hem Davalı Olarak Değerlendirilmesi.....	43
b. Davanın Kabul Edilmesi Durumunda Davalı Lehine de Hüküm Kurulması.....	45
3. Çift Taraflı Dava Örnekleri.....	46
a. Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	46
b. Adî Ortaklığın Feshi Davası.....	47
c. Sınır Tespiti Davası.....	48
ç. Boşanma Davası.....	49
4. Çift Taraflı Davanın Karşı Dava ile İlişkisi.....	51
a. Karşı Davanın Tanımı ve Hukukî Niteliği.....	51
b. Çift Taraflı Dava ile Karşı Dava Arasındaki İlişki.....	53
B. Çift Taraflı Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	54
1. Davalı Paydaşın Aynı Zamanda Davacı Gibi Değerlendirilmesi.....	54
2. Davalı Paydaşın Aynı Zamanda Davacı Gibi Değerlendirilmesinin Yargılama Bakımından Sonuçları.....	56
IV. Yargılama ve Dava Çeşitleri Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası.....	62
A. Ortaklığın Giderilmesi Talebinin Çekişmeli Yargıya Ait Olması.....	62
1. Uyuşmazlığın Bulunması Ölçütü Açısından.....	62

2. Subjektif Hak Yokluğu ve Re'sen Harekete Geçme Ölçütü Açısından	65
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Dava Çeşitleri Arasındaki Konumu	67
1. Mahkemeden İstenilen Hukukî Himayenin Çeşidine Göre	67
a. Genel Olarak.....	67
b. Ortaklığın Giderilmesi Davası	69
(1) İnşai Dava Görüşü	69
(2) Eda Davası Görüşü	72
(3) Değerlendirme	76
c. Paylaştırma Sözleşmesinin İfası Davası.....	80
ç. Paylaştırma İsteme Hakkının Bulunduğunun Tespiti Davası	80
2. Talebin İleri Sürülüş Şekline Göre	81
a. Davaların Yığılması	81
b. Kısmî Dava	83
c. Karşı Dava.....	85
V. Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası	88
A. Tasarruf İlkesi.....	88
1. Davanın Açılması Bakımından.....	88
2. Davanın Yürütülmesi ve Dava Konusu Üzerinde Tasarruf Edilebilmesi Bakımından.....	89
3. Davanın Sona Erdirilmesi Bakımından	90
B. Hâkimin Tarafların Talepleriyle Bağlı Olması.....	91
C. Taraflarca Getirilme İlkesi.....	98

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA İLK DERECE YARGILAMASI

VI. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme	101
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Görevli Mahkeme.....	101
1. Genel Olarak.....	101
2. Paylı Mülkiyet Konusu Üzerindeki Mülkiyet Uyuşmazlıkları Bakımından Görevli Mahkeme	104
3. Muhdesatın Aidiyetine İlişkin Uyuşmazlıklar Bakımından Görevli Mahkeme	107

4. Ortaklığın Satış Yoluyla Giderilmesine Yönelik İşlemlere Karşı İleri Sürülebilecek İtiraz ve Şikâyetlerde Görevli Mahkeme	108
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme	112
1. Genel Olarak	112
2. Taşınır ve Haklar İçin Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme	112
3. Taşınmazlar için Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme	114
4. Ortaklığın Satış Yoluyla Giderilmesine Yönelik İşlemlere Karşı İleri Sürülebilecek İtiraz ve Şikâyetlerde Yetkili Mahkeme	118
5. Mirasın Paylaştırılması Davasında Yetki	119
a. Terekenin Tamamının Paylaştırılması Talebi	119
b. Terekede Yer Alan Taşınmazların Paylaştırılması Talebi	120
VII. Dava Konusu Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası	123
A. Genel Olarak	123
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Konusu	125
1. Talep Sonucu	125
a. Paylı Mülkiyet İlişkisinin Sona Erdirilmesi ile Paylaştırma Taleplerinin Birbirinden Bağımsız Olduğu Görüşü ve Bu Görüşün Eleştirisi	125
b. Değerlendirme	127
2. Dava Sebebi	132
VIII. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraflar ve Tarafların Temsili	136
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraflar	136
1. Tarafın Belirlenmesine İlişkin Teoriler Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davası	136
2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraf Olabilecek Kişiler	138
a. Paydaşlar	138
b. Borçlu Paydaşın Alacaklısı	139
c. İlgili İdare	144
ç. İntifa Hakkı Sahibi	145
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Arkadaşlığı	147
1. Genel Olarak	147
2. Değerlendirme	149

C. Paylaştırmaya Razı Olan Paydaşların Davada Taraf Olarak Gösterilme Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı	154
1. Genel Olarak	154
2. Davada Taraf Olarak Yer Almama Sonucu Doğuran Beyanın Hukukî Niteliği	156
a. Davanın Kabulü	156
b. Usûl Hukukuna İlişkin Haklardan Feragat Edilmesi	157
c. Dava Takip Yetkisinin İradî Devri	158
(1) Genel Olarak	158
(2) Özellikleri	159
3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	162
Ç. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraf Değişikliği	164
1. İradî Taraf Değişikliği	164
2. Kanunî Taraf Değişikliği	167
D. Davada Taraf Rollerinin Değişmesi Kavramı ve Ortaklığın Giderilmesi Davası Açısından Uygulanması	169
1. Taraf Rollerinin Değişmesi Kavramı	169
2. Ortaklığın Giderilmesi Davası Açısından Değerlendirilmesi	171
E. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Tarafların Temsili	172
1. Kanunî Temsil	172
2. İradî Temsil	174
IX. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılama Usûlü	177
A. Genel Olarak	177
B. Dilekçeler Aşaması	177
1. Dava Dilekçesi	177
2. Cevap Dilekçesi	181
a. Paylaştırma Talebi	181
b. Davanın Reddi Talebi	182
C. Ön İnceleme ve Tahkikat Aşaması	187
1. Genel Olarak	187
2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İspat Faaliyeti	187
a. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İddia ve Somutlaştırma Yükü	187

b. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İspat Yüğü.....	189
c. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Deliller	194
X. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Özellik Arz Eden Bazı Tahkikat İşlemleri...	199
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Davanın Değıştirilmesi Yasağı.....	199
1. Genel Olarak	199
2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Sebebinin Değıştirilmesi	200
3. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Talep Sonucunun Değıştirilmesi	202
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Konusunun Devri	207
1. Genel Olarak	207
2. Payın Üçüncü Kişiyeye Devredilmesi	208
3. Payın Paydaşlardan Birine Devredilmesi	212
C. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Derdestlik.....	213
1. Genel Olarak	213
2. Taraf Unsuru Açısından.....	214
3. Dava Sebebi Unsuru Açısından	216
4. Talep Sonucu Unsuru Açısından	217
Ç. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Bekletici Sorun	219
XI. Davaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Açısından Ortaklığın Giderilmesi Davası	225
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Feragat	225
1. Genel Olarak	225
2. Feragat Beyanının Davayı Sona Erdirmemesi.....	226
a. Davalılara Davaya Devam Edip Etmeyeceklerinin Sorulması.....	226
b. Davalıların Davaya Devam Etmeleri	228
c. Davalıların Davaya Devam Etmemeleri.....	230
3. Feragat Beyanına Rağmen Davanın Davacı Aleyhine Sonuçlanmaması	232
4. Feragat Beyanın Sonuçları Açısından Davanın Geri Alınmasına İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiğı.....	232
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Kabul	233
1. Genel Olarak	233
2. Sadece Aynen Paylaştırmanın İstenmiş Olduğı Davada Davanın Kabulü ..	234

3. Sadece Satış Yoluyla Paylaştırmanın İstenmiş Olduğu Davada Davanın Kabulü.....	238
4. Aynen Paylaştırma ve Satış Yoluyla Paylaştırma Taleplerin Birlikte İstenmiş Olduğu Davada Davanın Kabulü.....	239
C. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Sulh.....	240
1. Genel Olarak.....	240
2. Satış Yoluyla Paylaştırma Konusunda Sulh Olunması.....	241
3. Aynen Paylaştırma Konusunda Sulh Olunması.....	242
4. Kanunda Öngörülen Paylaştırma Türünden Başka Bir Paylaştırma Türü Konusunda Sulh Olunması	245
XII. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Geçici Hukukî Korumalar	247
A. Genel Olarak.....	247
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İhtiyatî Tebir Örnekleri.....	248
XII. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim ve Arabulucuk Yollarıyla Çözümü	250
A. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü	250
B. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü	253

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA HÜKÜM VE KANUN YOLLARI

XIV. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Hüküm	255
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Verilebilecek Hükümler	255
1. Davanın Kabulü	255
a. Aynen Paylaştırma Hükümü.....	255
(1) Genel Olarak	255
(2) Denkleştirme Kararı	257
(3) Aynen Paylaştırma Hükümünün Yerine Getirilmesi	259
b. Satış Yoluyla Paylaştırma Hükümü	260
(1) Genel Olarak	260
(2) Zamanaşımı Sorunu	264
(3) Satış Hükümünün Yerine Getirilmesi	265

2. Davanın Reddi.....	267
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Hükümün Etkileri	267
1. Genel Olarak	267
2. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Reddi Hâlinde.....	269
a. Kesin Hükümün Objektif Sınırları	269
b. Kesin Hükümün Subjektif Sınırları.....	272
c. Kesin Hükümün Zaman Bakımından Sınırları	273
3. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Kabulü Hâlinde	277
a. İnşâî Etkinin Objektif Sınırları	277
b. İnşâî Etkinin Subjektif Sınırları	284
XV. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Harçlar ve Yargılama Giderlerinden Sorumluluk.....	287
A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Harçlar	287
1. Genel Olarak	287
2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Karar ve İlâm Harcı	288
a. Taşınmazın Paylaştırılması Durumunda	288
b. Taşınır veya Diğer Hakların Paylaştırılması Durumunda	290
B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılama Giderlerinden Sorumluluk	291
1. Davanın Kabulü Hâlinde	291
a. Paydaşların Payları Oranında Sorumlu Olması.....	291
b. Davanın Reddini İsteyen Paydaşın Sorumluluğu.....	293
2. Davanın Reddi Hâlinde.....	294
3. Davadan Feragat ve Davanın Kabulü Durumunda	296
XVI. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Kanun Yolları	298
A. İstinaf.....	298
1. Genel Olarak	298
2. Taraflar.....	301
B. Temyiz	304
1. Temyiz Kanun Yolunun Kural Olarak Kapalı Olması	304
2. Kat Mülkiyeti Kurulmak Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi Talebi Üzerine Verilen Kararlar	304
XVII. Yargılamanın İadesi Açısından Ortaklığın Giderilmesi Davası	306

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılamanın İadesi	306
B. Yeniden Yargılama Talebinin Kabulü Sonrasında Verilecek Kararlar ve Bunların Sonuçları.....	308
1. Kararın Onanması.....	308
2. Kararın Değiştirilmesi.....	309
a. Satış Hükümünün Değiştirilmesi.....	309
(1) Hükümün Henüz Tamamen İcra Edilmemiş Olması Durumunda.....	309
(2) Hükümün İcra Edilmiş Olması Durumunda	310
b. Aynen Paylaştırma Hükümünün Değiştirilmesi.....	312
SONUÇ.....	314
KAYNAKÇA	322
ÖZGEÇMİŞ.....	385

KISALTMALAR LİSTESİ

§	: Paragraf
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
AktG	: Aktiengesetz
Av. K	: Avukatlık Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
Art.	: Artikel
aşa.	: Aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Band
BAM	: Bölge Adliye Makemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bearb.	: Bearbeiter

BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
ed.	: Editor
Einl.	: Einleitung
Er.	: Erwägungen
E-Uyar	: www.e-uyar.com
ff.	: fortfolgende
FRCP	: Federal Rules of Civil Procedure
FS.	: Festschrift
H.	: Heft
Harç. K	: Harçlar Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi

HGB	: Handelsgesetzbuch
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: (Mülgâ) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İMK	: İş Mahkemeleri Kanunu
JZ	: Juristenzeitung
K	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
k.g.	: Karşı görüş
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
m.	: Madde
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi
MÜHF –HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift

örn.	: Örneğin
par.	: Paragraf
R.	: Rule
RG	: Resmi Gazete
Rdnr.	: Randnummer
S.	: Sayı
Sch. ZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
s.	: Sayfa
SZZP	: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Teb. K	: Tebligat Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
v.	: versus
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl

Yarg. : Yargıtay
YD : Yargıtay Dergisi
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
Yön. : Yönetmelik
yuk. : Yukarıda
ZPO : Zivilprozessordnung
ZZP : Zeitschrift für Zivilprozess

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu'nun 698. maddesinin birinci fıkrasına göre, her paydaş paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılmasını talep edebilir. Paydaşların paylaşma biçiminde anlaşamamaları veya paydaşlardan birinin paylaştırmayı istememesi durumunda paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için bir dava açılması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 699. maddesinde düzenlenmiş olan bu davaya ortaklığın giderilmesi davası adı verilir. Bu davanın medenî usûl hukuku bakımından arz etmiş olduğu özellikler çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Esasen ortaklığın giderilmesi davası, paylı mülkiyet ilişkisine konu şeyin paylaştırılması davası ile sınırlı değildir. Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinde düzenlenen mirasın paylaştırılması davası da nitelik olarak bir ortaklığın giderilmesi davası olup, çalışmada bu dava da medenî usûl hukuku bakımından göstermiş olduğu özellikler bakımından bazı yönleriyle ele alınmıştır. Aynı şekilde, bir mukayese yapılması adına elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davası da (TMK m. 644/1), medenî usûl hukuku yönüyle incelenmiştir. Bu davalar dışında kalan ve birlikte mülkiyetin sona ermesine neden olan diğer davalar ise çalışma kapsamı dışında tutulmuştur.

Ortaklığın giderilmesi davasının medenî usûl hukuku bakımından önemli özellikleri bulunur. Birinci bölümde, bu davaların diğer davalara nazaran farklı özellikler göstermesinin gerekçesi tespit edilmeye çalışmış ve bu kapsamda ortaklığın giderilmesi davası öncelikle medenî usûl hukukunun temel kurumları bakımından incelenmiştir. Bu bölümde, iki taraf prensibi ve çok taraflı dava kavramı açıklanmış ve ortaklığın giderilmesi davası açısından bir değerlendirme yapılmıştır. Böyle bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç duyulmasının temel sebebi, ortaklığın giderilmesi davasında, diğer davalardan farklı olarak uyuşmazlık içinde bulunması muhtemel ikiden fazla tarafın bulunmasıdır.

Ortaklığın giderilmesi davası, öğretisi ve yargı kararlarında çift taraflı dava olarak nitelendirilmesine rağmen Türk hukukunda çift taraflı dava kavramı üzerinde durulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla birinci bölümde çift taraflı dava (*actio*

duplex) kavramı hem genel olarak hem de ortaklığın giderilmesi davası kapsamında incelenmiştir. Özellikle ortaklığın giderilmesi davasında verilecek kararın niteliğini ve kapsamını etkilemesi sebebiyle, ortaklığın giderilmesi davasının dava çeşitleri arasında konumu yine birinci bölümde tespit edilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde, ortaklığın giderilmesi davasının ilk derece yargılaması bakımından gösterdiği özellikler incelenmiştir. Bu kapsamda, ortaklığın giderilmesi davasında yetkili ve görevli mahkeme, yargılama usûlü, taraflar ve tarafların temsili konuları değerlendirilmiş olup, davanın değiştirilmesi yasağı, dava konusunun devri ve bekletici sorun gibi ilk derece yargılamasında özellik arz eden diğer konular üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölüm, ilk derece yargılamasından sonraki aşamaya ayrılmıştır. Burada özellikle ortaklığın giderilmesi davasında yargılama giderleri, bu davada mahkemenin ne şekilde hüküm kurabileceği, bu hükmün etkileri ve hükme karşı kanun yolları ve yargılamanın iadesi konuları incelenmiştir.

Uygulamanın tespit edilmesi için çalışmanın genelinde yargı kararlarından faydalanılmış; ayrıca çalışma konusu ile ilgili olarak mukayeseli hukuk da incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ KAVRAMI VE DAVA TEORİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. Paylı Mülkiyet Hakkında Genel Bilgiler

A. Paylı Mülkiyet Kavramı ve Hukukî Niteliği

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini veren ve herkese karşı ileri sürülebilen aynî bir haktır (TMK m. 683)¹. Bu hakkın aynı eşyada birden fazla kişiye ait olması durumuna birlikte mülkiyet adı verilir².

Birlikte mülkiyet; elbirliği ve paylı mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılır³. Paylı mülkiyette, birden çok kimse, maddî olarak bölünmemiş bir şeyin tamamına belli paylarla mâliktir (TMK m. 688)⁴. Elbirliği mülkiyetinde ise, yine birden fazla kimse,

¹ Tanım için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, **Eşya Hukuku C. I**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 467 vd; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 274; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018, s. 379 vd; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 115; Rona Serozan, **Eşya Hukuku I**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 202; Fikret Eren, **Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2016, s. 21.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 563 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 388; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 116; Serozan, **a.g.e.**, s. 232; Nuşin Ayiter, **Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet)**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1961, s. 10; Eren, **Mülkiyet**, s. 84.

³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 564; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 302 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 388; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 116; Serozan, **a.g.e.**, s. 233; Eren, **Mülkiyet**, s. 84 vd.

⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 565; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 303 vd; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 98; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 389; Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 123; Serozan, **a.g.e.**, s. 235; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, XII Levha, İstanbul, 2017, s. 313; Eren, **Mülkiyet**, s. 85 vd; Zekeriya Kurşat, **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008, s. 10 vd.

şahsî ilişkileri sebebiyle belirli bir eşyaya birlikte sahip olur⁵. Ancak elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyetten farklı olarak, belirlenmiş paylar bulunmaz (TMK m. 701/2).

Paylı mülkiyet; hukukî bir işlem, kanun, mahkeme ya da yetkili bir makamın kararı ile kurulabilir⁶. Birden fazla kimse, bir malı birlikte satın almış ise, bu mal üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi hukukî işlemle kurulmuştur. Şu kadar ki, bu malı birlikte satın alan kişiler arasında adî ortaklık gibi elbirliği mülkiyeti sonucunu doğuran bir ilişki bulunmamalıdır⁷.

Paylı mülkiyet, mahkeme ya da yetkili bir makamın kararı sonucunda da kurulabilir. Örneğin, mahkeme, mirasçılardan birinin talebi üzerine elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiye çevrilmesine karar verebilir (TMK m. 703/1). Benzer şekilde, bir belediye kararı ile birden fazla taşınmazın mâliki arasında paylı mülkiyet ilişkisi kurulabilir (İmar Kanunu m. 16 vd).

Son olarak, paylı mülkiyet ilişkisi kanun gereği de ortaya çıkabilir. Bu konudaki tipik örnek, Türk Medenî Kanunu'nun 721. maddesinde düzenlenen durumdur⁸. Hükme göre, iki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, parmaklık, çit gibi sınırlıklar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır.

Paylı mülkiyetin hukukî niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁹. Türk hukuk öğretisinde hâkim konumda bulunan görüşe göre¹⁰, paylı mülkiyetin

⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 631; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 343 vd; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 143; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 408; Serozan, **a.g.e.**, s. 246; Eren, **Mülkiyet**, s. 128; Kurşat, **a.g.e.**, s. 36 vd.

⁶ Eren, **Mülkiyet**, s. 90; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 567; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 305; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 315.

⁷ Eren, **Mülkiyet**, s. 91; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 306.

⁸ Eren, **Mülkiyet**, s. 92; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 306.

⁹ Bu görüşler hakkında ayrıntılı olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 14 vd; Yılmaz Özgür, **Müsterek Mülkiyetin Sona Ermesi**, İÜ SBE, İstanbul, 1993, s. 5 vd; ayrıca bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.390; Eren, **Mülkiyet**, s. 89 vd; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 401 vd.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 14 vd.

hukuki niteliği hakkında şu hususlar söylenebilir: Paylı mülkiyette sadece tek bir mülkiyet hakkı bulunur¹¹. Mülkiyetin bu türünde, ne mülkiyet hakkı ne de bu hakkın konusunu oluşturan şey paydaşlar arasında bölünmüştür¹². Paylı mülkiyette, mülkiyet hakkının sağlamış olduğu yetki ve yüklemiş olduğu ödevlerden bölünmeye elverişli olanlar, paydaşlar arasında bölünmüş durumdadır¹³. Her paydaş bölünebilen yetkileri tek başına kullanabilir¹⁴. Örneğin, paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapmaya, özellikle küçük onarımları yaptırmaya ve tarımsal işleri yürütmeye yetkilidir (TMK m. 690/1).

Bölünemeyen yetkiler bakımından ise durum farklıdır. Burada her bir paydaşın hakkı eşyanın tamamına yayılmıştır¹⁵. Dolayısıyla tek bir paydaşın, paylı mülkiyete konu şeyin tamamını ilgilendiren bir tasarrufta bulunma yetkisi mevcut değildir¹⁶. Bu yetki, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, ancak bütün paydaşlarca birlikte kullanılabilir (TMK m. 692/1).

B. Paylı Mülkiyet İlişisini Sona Erdiren Sebepler

1. Genel Olarak

Paylı mülkiyet ilişkisi, bazı durumlarda, bir veya birkaç paydaş bakımından sona erebilir. Örneğin, bir paydaşın mülkiyet hakkından feragat etmesi veya payını devretmesi durumunda paylı mülkiyet ilişkisi onun bakımından sona erer¹⁷. Aynı

¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 304; Eren, **Mülkiyet**, s. 90; Kurşat, **a.g.e.**, s. 29 vd; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 313; Özgür, **a.g.e.**, s. 10.

¹² Kurşat, **a.g.e.**, s. 30; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 313; Serozan, **a.g.e.**, s. 235; k.g. Özgür, **a.g.e.**, s. 10.

¹³ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 390; Eren, **Mülkiyet**, s. 90; Kurşat, **a.g.e.**, s. 30; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 313.

¹⁴ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 313; Eren, **Mülkiyet**, s. 90; Kurşat, **a.g.e.**, s. 30.

¹⁵ Eren, **Mülkiyet**, s. 90; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 390.

¹⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s. 30, dn. 95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 329 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 69; Eren, **Mülkiyet**, s. 117; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 400; Tufan Ögüz, **Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, Alfa, İstanbul, 1995, s. 3; Özgür, **a.g.e.**, s. 17.

şekilde, bir paydaşın aleyhine açılan paydaşlıktan çıkarma davasının (TMK m. 696) kabul edilmesi hâlinde paylı mülkiyet ilişkisi onun için sona ermiş olur¹⁸.

Bazı durumlarda paylı mülkiyet ilişkisi, bütün paydaşlar bakımından sona erer¹⁹. Esasen tek kişi mülkiyetinin sona ermesine neden olan durumlar paylı mülkiyetin sona ermesi bakımından da geçerlidir²⁰. Bu bağlamda örneğin, paylı mülkiyete konu şeyin devri, cebrî icra aracılığıyla satılması, kamulaştırılması, yok olması sonucunda paylı mülkiyet ilişkisi bütün paydaşlar bakımından sona erer²¹.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davası

a. Genel Olarak

Paylı mülkiyet ilişkisini bütün paydaşlar bakımından sona erdiren diğer bir durum ise tarafların aralarında anlaşarak paylaşırma sözleşmesi yapmalarıdır. Paylaşırma sözleşmesi sonucunda paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesine rızâ taksim adı verilir²².

Paydaşlar, Türk Medenî Kanunu'nun 699. maddesine göre, aynen paylaşırma veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelin paylaşırılması yollarından birini seçebilir. Ancak paylaşırma biçimi sözü edilen maddede belirtilmiş olanlarla sınırlı değildir. Paydaşlar, söz konusu maddede düzenlenenden daha farklı bir paylaşırma biçimine karar verebilir²³.

Paydaşların paylaşırma biçiminde anlaşamamaları veya paydaşlardan birinin paylaştırmayı istememesi durumunda paylı mülkiyete konu şeyin paylaşırılması için

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 329; Kurşat, **a.g.e.**, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 400; Ögüz, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁹ Paylı mülkiyetin bütün paydaşlar için sona erdiği hâller için toplu olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 138 vd; ayrıca bkz. Özgür, **a.g.e.**, s. 24 vd.

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 331; Ögüz, **a.g.e.**, s. 3.

²¹ Toplu olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 138 vd; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 331; Eren, **Mülkiyet**, s. 118; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 402; Özgür, **a.g.e.**, s. 11 vd.

²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 337; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 614; Eren, **Mülkiyet**, s. 122

²³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 266; Eren, **Mülkiyet**, s. 123.

bir dava açılması (TMK m.699/2) gerekir. Söz konusu dava sonucunda paylaşırma yapılması durumuna kazaî taksim adı verilir²⁴. Paylı mülkiyete konu şeyin paylaşırılması amacıyla açılan bu dava için, mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (m. 569) “izale-î şüyü davası” tabirini²⁵; Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise (m. 4/1-b, 322), “ortaklığın giderilmesi davası” tabirini kullanmıştır. Çalışmada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile uyum sağlanması amacıyla, ortaklığın giderilmesi davası tabiri tercih edilmiştir.

Bir görüşe göre, ortaklığın giderilmesi ve paylaşırma (taksim) farklı kavramlardır²⁶. Bu görüşte olan yazarlara göre, ortaklığın giderilmesi kavramıyla paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi; paylaşırma kavramıyla sona eren ortaklığa ait malların bölüştürülmesi kastedilir²⁷. Bu görüş isabetli değildir. Çünkü paylı mülkiyete konu şey fiilen paylaşırılmadan paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesi söz konusu olamaz²⁸. Öyleyse ortaklığın giderilmesi davasında ileri sürülen talep, mutlaka paylaşırma isteğini de içerir. Mevzuatımızda da ortaklığın giderilmesi

²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 337; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 616; Eren, **Mülkiyet**, s. 124.

²⁵ Öğretide bu ifadeyi tercih eden yazarlar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 627; Kuru, **C. VI**, s. 6228; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338, dn. 252; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 143; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 403.

²⁶ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. VI, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 6228 vd, 6232; Aydın Aybay, **Müşterek Mülkiyette Taksim**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966, s. 2; Aydın Aybay, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi”, **İÜHF**, 1966/1, s. 122 vd; bu konu ile ilgili Alman hukukundaki tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. Karsten Schmidt, “Prozess- und Vollstreckungsprobleme der Gemeinschaftsteilung”, **Juristische Rundschau**, 1979, H. 8, s. 318; bu konu aşağıda (§ 7, B, 1, a) daha ayrıntılı olarak incelenmiştir.

²⁷ Kuru, **C. VI**, s. 6228 vd, 6232; Aybay, **a.g.m.**, s. 122 vd; ayrıca bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 389, s. 403.

²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Ögüz, **a.g.e.**, s. 47 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 162; Özgür, **a.g.e.**, s. 16; “[...] *ihalenin feshi davası sonucunda dava kabul edilerek ihalenin feshine karar verildiği ve verilen kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, ortaklık taksim suretiyle giderilmediğine göre paylı mülkiyetin satış suretiyle giderilmesine ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararının paydaşlığı ortadan kaldırmayacağı* [...]” Yarg. 16. HD, 8.5.2019, E. 2016/7685, K. 2019/3423 (Kazancı); “[...] *Demek oluyor ki, mücerret satış suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin ilâm ile müşterek mülkiyetin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. İlâm infaz edilmedikçe, her paydaş paydaşlıktan doğan haklarını kullanabilir. Nitekim HUMK'nun 572. maddesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Durum bu olunca da, davacının şuf'a hakkının varlığını kabul etmek gerekir* [...]” Yarg. HGK, 17.3.1982, E. 1981/6-299, K. 1982/270 (**YKD**, 1983/1, s. 23-27).

davası, her zaman paylaşırma talebini içine alacak şekilde kullanılmıştır²⁹. Dolayısıyla medenî usûl hukuku bakımından ortaklığın giderilmesi ile paylaşırma kavramlarının birbiri yerine kullanılmasında bir sakınca yoktur³⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasıyla kural olarak paylaşırmanın aynen ya da satış yoluyla yapılması talep edilir (TMK m. 699/1)³¹. Aynen paylaşırma mal parçalara ayrılır ve ayrılan bu parçalar her bir paydaşa tahsis edilir³². Satış yoluyla paylaşırma ise, malın satılmasından elde edilen değer, payları oranında paydaşlara dağıtılır³³.

b. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Birlikte Mülkiyetin Sona Ermesine Neden Olan Benzer Davalardan Farkları

(1) Paylı Mülkiyete Konu Şeyin Paylaşırılması ile Mirasın Paylaşırılması Davalarının Birbirinden Ayrılması

Birden çok mirasçının bulunması hâlinde, bu mirasçılar arasında bir miras ortaklığı oluşur (TMK m. 640/1). Bu miras ortaklığının konusu tereke olup, mirasbırakanın mirasçılara geçen hakları, borçları ve hukukî ilişkilerinin tamamı

²⁹ Bkz. HMK m. 322/2; Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/7; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 18/2; Tapu Sicili Tüzüğü (RG 17.08.2013 – 28738) m. 20/1-d; Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 171/1-h, m. 181/1, m 182/2; Mal Memurlarının Kayıımlığı Hakkında Yönetmelik (RG 16.05.2009 – 27230) m. 9/3.

³⁰ Ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyetin sona erdirilmesi ve paylaşırma olmak üzere iki ayrı usûlî talep değil; sadece paylaşırma olmak üzere tek bir usûlî talebin bulunduğu hakkında bkz. aşı. § VII, B, 1, c.

³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Tekinay Eşıya Hukuku**, s. 619; Ögüzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 138 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Tekinay Eşıya Hukuku**, s. 619; Ögüzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 138 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338.

³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, **Tekinay Eşıya Hukuku**, s. 564; Ögüzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 345; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s.362.

terekeye dâhil olur³⁴. Mirasçılar tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar (TMK m 640/2).

Mirasçılardan her birine, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaştırılmasını isteyebilme hakkı verilmiştir (TMK m.642/1). Mirasın paylaştırılmasıyla, terekeye dâhil olan şeyler, mirasçılara miras hisseleri oranında aynen veya nakden verilmiş olur³⁵.

Mirasın paylaştırılması için dava açılması zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla mirasçılar mirasın paylaştırılmasına ilişkin aralarında sözleşme yapabilir. Ancak bazı durumlarda mirasçılar paylaştırmaya ilişkin uyuşmazlık içinde olabilir. Örneğin, bazı mirasçılar paylaştırmının yapılmasını istemeyebilir veya terekede bulunan bir malvarlığı unsurunun kime tahsis edileceği hususunda bir anlaşmazlık ortaya çıkabilir³⁶. Böyle bir ihtimâlde, mirasın paylaştırılması için artık bir dava açılması gerekir. Mirasın paylaştırılması amacıyla açılan bu davaya mirasın paylaştırılması davası adı verilir³⁷.

Mirasın paylaştırılması davasının kabul edilip paylaştırmının yapılması sonucunda, paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, mirasçılar arasındaki birlikte hak sahipliği ilişkisi sona erer (TMK m. 640/1). Diğer bir ifadeyle, birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirmesi bakımından mirasın paylaştırılması davası ile paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için açılan ortaklığın giderilmesi davası (TMK m. 699) benzerlik gösterir. Ancak bu benzerliğin dışında, her iki dava esasen birbirinden farklıdır. Zira mirasın paylaştırılması davası, mirasçılar arasında kanundan kaynaklanan elbirliği ortaklığının sona ermesini sağlarken; paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için açılan ortaklığın giderilmesi davası, paydaşlar arasındaki paylı mülkiyet ilişkisinin

³⁴ Fahrettin Aral, **Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1979, s. 25; Mehmet Özgür Avcı, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 13 vd; ayrıca bkz. Ayiter, **Ortaklık**, s. 104 vd.

³⁵ Aral, **a.g.e.**, s. 30.

³⁶ Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1458.

³⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 29 vd; ayrıca bkz. Avcı, **a.g.e.**, s. 69; bu konudaki terminoloji sorunu için ayrıca bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 17 vd; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu dava için "terekenin paylaştırılması" kavramı tercih edilmiştir (m. 11/1-a).

ortadan kaldırılması sonucunu doğurur³⁸. Ayrıca mirasın paylaşılması davasının kapsamı, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasına kıyasla daha geniştir³⁹. Çünkü mirasın paylaşılması davasında, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasının aksine, terekenin tespiti ve payların oluşturulması aşamaları da bulunur⁴⁰.

Mirasın paylaşılması davası ile paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasının birbirinden ayrılması önemlidir. Çünkü maddî hukuktaki farklılığın yanısıra her iki davaya uygulanacak usûl hukuku kuralları da değişiklik gösterir. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 11. maddesinde, mirasın paylaşılması davası için özel bir yetki kuralı (ölenin son yerleşim yeri) mevcutken⁴¹; paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkemenin belirlenmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yetkiye ilişkin diğer hükümlerine bakılması gerekir⁴².

Her iki davadaki bu farklılıklara rağmen uygulamada mirasın paylaşılması davası için de “ortaklığın giderilmesi davası” isminin kullanıldığı görülmektedir⁴³. Nitekim Yargıtay, ortaklığın giderilmesi davasını “*paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdî mülkiyeti geçmeyi sağlayan dava*” şeklinde tanımlamış⁴⁴ ve her iki davayı tek bir başlık altında ele almıştır. Mevzuatımızda da

³⁸ Karş. Avcı, **a.g.e.**, s. 70.

³⁹ Bkz. Basel-Stadt Kanton Mahkemesi Kararı (08.05.2018, 400-17-308, N. 2.8) (**Entscheide des Kantonsgerichts Basel-Landschaft**)

⁴⁰ Avcı, **a.g.e.**, s. 70; Aral, **a.g.e.**, s. 81 vd; Bkz. Basel-Stadt Kanton Mahkemesi Kararı (08.05.2018, 400-17-308, N. 2.8) (**Entscheide des Kantonsgerichts Basel-Landschaft**)

⁴¹ Bu konu hakkında bkz. aşı. VI, B, 5.

⁴² Bu konu hakkında bkz. aşı. VI, B.

⁴³ Yarg. 1. HD, 25.04.2018, E. 2018/1703, K. 2018/9465 (karararama.yargitay.gov.tr); ayrıca bkz. Yarg. 8. HD, 05.03.2018, E. 2018/1346, K. 2018/5275 (karararama.yargitay.gov.tr); İzmir BAM, 6. HD, 16.5.2017, E. 2017/763, K. 2017/824 (Kazancı); Ankara BAM, 15. HD, 21.2.2017, E. 2017/137, K. 2017/102 (Kazancı); Ankara BAM, 15. HD, 18.10.2017, E. 2017/1477, K. 2017/1450 (Kazancı).

⁴⁴ Yarg. 6. HD, 21.3.2011, E. 2010/13467, K. 2011/3446 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 12.4.2004, E. 2004/2662, K. 2004/2642 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 1.2.2005, E. 2004/10668, K. 2005/451 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 8.12.2005, E. 2005/9778, K. 2005/11323 (Kazancı).

aynı durum mevcuttur. Örneğin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10. maddesinin yedinci fıkrasında, mirasçının açacağı dava için ortaklığın giderilmesi davası ismi kullanılmıştır.

Kanaatimizce mirasın paylaşılması davasını miras ortaklığını sona erdiren bir ortaklığın giderilmesi davası olarak görmek yanlış olmaz. Dolayısıyla her iki dava paylaşırma davası başlığı altında değerlendirilebilir. Ancak bu davaların hangi ilişkiden kaynaklandığının tespit edilmesi, uygulanacak kuralların doğru bir şekilde belirlenmesi açısından oldukça önemlidir⁴⁵.

Paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davasının medenî usûl hukuku bakımından gösterdiği birçok özellik mirasın paylaşılması davası için de geçerlidir. Bununla birlikte mirasın paylaşılması davası, bazı yönleriyle, paylı mülkiye konu şeyin paylaşılması davasından ayrılmaktadır. Çalışmada bu farklılıklar ilgili başlıklar altında ayrıca belirtilmiştir.

(2) Ortaklığın Giderilmesi Davasının Elbirliği Mülkiyetinin Paylı Mülkiyete Çevrilmesi Davasından Ayrılması

Birlikte mülkiyet ilişkisi sona ermeden onun türünün değiştirilmesi mümkündür. Türk Medenî Kanunu'nun 703. maddesinin birinci fıkrasına göre, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi için dava açılabilir. Yine aynı Kanun'un 644. maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkemeden terekede bulunan bir mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi istenebilir.

Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesinin istenmiş olduğu dava ile birlikte mülkiyet ilişkisi sona ermez. Başka bir anlatımla, bu davalar ferdî mülkiyete geçilmesi sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla söz konusu davalar, ortaklığın giderilmesi davası olarak düşünülemez⁴⁶. Buradaki davalara uygulanacak olan usûl

⁴⁵ Yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için mirasın paylaşılması davası ile adî ortaklığın feshi davasının da birbirinden ayrılması gerektiği hakkında bkz. § 1, B, 2, b, 3.

⁴⁶ Nitekim Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "ortaklığın giderilmesi" ifadesi teknik olarak isabetli değildir; çünkü paydaşlar bağımsız bölümlerin

hukuku kuralları, bazı yönleriyle, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi veya mirasın paylaşılması davalarından farklıdır. Söz konusu farklardan biri mahkemenin yetkisine ilişkin kurallardır. Yargıtay’a göre, Türk Medenî Kanunu’nun 644. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen davada taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Zira Yargıtay’a göre, bu davada elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz yapılırsa, bu itiraz en iyi, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde incelenebilir⁴⁷. Oysaki taşınmaz için açılan mirasın paylaşılması davasında, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir (HMK m. 11/1-a)⁴⁸. Her iki dava arasındaki bir diğer farklılık da uyuşmazlığın çözüm şekli bakımındandır. Şöyle ki, elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete geçilmesi taleplerinin, mahkeme dışında izlenecek bir prosedür neticesinde yerine getirilmesi mümkündür⁴⁹.

paylara göre tahsis edilmesi suretiyle de paylaşırma talebinde bulunabilir (Selâhattin Sulhi Tekinay, **Kat Mülkiyeti**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 35).

⁴⁷ “[...] Talebe karşı itiraz olduğu takdirde "iştirak halinde mülkiyetin o mal üzerinde devamını haklı kılacak" (MK. 584/a) bir halin bulunup bulunmadığını en iyi inceleme imkanına sahip olan hakim, gayrimenkulün bulunduğu yer hakimisi bulunmasına; bu halin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesinin konuluş amacına uygun bulunmasına göre incelenen davada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 11. maddesinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir [...] Dava konusu taşınmaz malın, İstanbul İli Eminönü İlçesi'nde bulunduğu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesi uyarınca İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilmeden işin esasının incelenip yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır [...]” Yarg. 2. HD, 13.10.1993, E. 1993/8273, K. 1993/9241 (Sinerji).

⁴⁸ Bu konu hakkında ayrıca bkz. aşa. VI, B, 5.

⁴⁹ Böyle bir imkân, Kadastro Kanunu’nun Ek üçüncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeyle, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi dava açılmadan mümkün hâle getirilmiştir. Buna göre, miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini isteyen mirasçı, bunu öncelikle tapu sicil müdürlüğüne bildirebilir. Bunun üzerine ilgili tapu sicil müdürlüğü, diğer mirasçılara tebligat yaparak bu konuda bir itirazları olup olmadığını sorar. Belirlenen süre içerisinde bir itiraz yapılmaz ya da mirasın paylaşılması davası açılmazsa, taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete dönüştürülür ve payları oranında mirasçılar adına tapu kütüğüne tescil edilir (Ek Madde 3). Kendisine bu talebin yöneltildiği tapu sicil müdürlüğü, bir yargı organı olmayıp onun buradaki faaliyeti de yargısal nitelikte değildir (Yargısal faaliyetin niteliği hakkında bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 72 vd). Dolayısıyla, tapu sicil müdürlüğüne başvuru, çekişmesiz yargı işi kapsamında değerlendirilemez. Tapu sicil müdürlüğüne başvuru, Türk Medenî Kanunu’nda öngörülen davaya alternatif bir yol olarak değerlendirilebilir. Böylece mirasçı, bu talebi için tapu sicil müdürlüğüne başvurabileceği gibi sulh hukuk mahkemesinde bir dava da açabilir Örneğin; “[...] Mahkemece, idareden elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istenmeden

Ancak bazı yönleriyle elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davası ile paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi davası benzerlik gösterir. Hatta öğretide bu davaların ortaklığın giderilmesi davası olarak değerlendirilmesi gerektiği dahi ifade edilmiştir⁵⁰. Özellikle ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı yapısı ve bundan kaynaklanan sonuçlar, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davası açısından da uygulanabilir niteliktedir⁵¹. Bu bağlamda, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasında her iki taraf aynı anda davacı ve davalıya ilişkin özelliklere sahip olur ve kural olarak, bir tarafın davayı kazanması diğer tarafın davayı kaybetmesi anlamına gelmez⁵². Çünkü bu davanın kabul edilmesiyle elbirliği mülkiyeti sadece bir paydaş için değil, davacı-davalı ayrımı olmadan tüm paydaşlar açısından sona ermiş olur.

(3) Diğer Durumlar

Birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdiren davalar, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için açılan ortaklığın giderilmesi veya mirasın paylaşılması davaları ile sınırlı değildir. Bunlar dışında kalan diğer bazı davalar aracılığıyla da birlikte mülkiyet ilişkisi sona erdirilebilir. Ancak birlikte mülkiyetin sona ermesi sonucu

dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığından davanın reddine karar verilmiş ise de bu hüküm TMK'nun 644. maddesini yürürlükten kaldırmamıştır [...] Yarg. 6. HD, 09.11.2009, E. 2009/6239, K. 2009/9545 (Kazancı). Kadastro Kanunu'ndaki düzenleme, doğrudan mirasın paylaşılması davası açılmasına engel değildir. Nitekim Yargıtay da, bu konuda öncelikle sulh hukuk mahkemesinde dava açılması durumunda, mahkemenin uyuşmazlık için tapu sicil müdürlüğünü yetkili göstererek davayı reddetmesini uygun bulmamıştır. Bkz. “[...] Mahkemece, 5831 Sayılı Kanun ile 3402 Sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek 3. madde ile elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi konusunda tapu sicil müdürlüğünün görevlendirildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de bu hüküm 4721 Sayılı TMK'nın 644. maddesini yürürlükten kaldırmamıştır [...] Bu itibarla, davacının davaya konu edilen taşınmazın elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini dava yoluyla istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır [...]” Yarg. 14. HD, 25.12.2017, E. 2015/18941, K. 2017/9667 (Kazancı). Türk Medenî Kanunu'ndaki genel esaslar ile uyumluluk göstermediği için Kadastro Kanunu'ndaki bu düzenlemenin uygun olmadığı hakkında bkz. Mehmet Serkan Ergüne, “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1064, dn. 3.

⁵⁰ Kuru, **C. VI.**, s. 6230 vd; Türk Medeni Kanunu'nun 644. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bu davalar için sulh hukuk mahkemesi görevlidir.

⁵¹ Çift taraflı davaların özellikleri için bkz. aşağı. III, A, 2.

⁵² Bu konu hakkında bkz. aşağı. III, A, 2.

doğuran her dava, ortaklığın giderilmesi davası değildir. Öyleyse bu davaların da birbirinden ayrılması gerekir.

İlk olarak, adî ortaklığın feshi davası, ortaklığın giderilmesi davası kapsamında düşünülemez. Adi ortaklıkta her bir ortak, ortaklık için edinilen şeylere elbirliği şeklinde mâlik olur (TBK m. 638/3). Her bir ortak, haklı sebebin varlığı hâlinde bu ortaklığın feshi için mahkemeye başvurabilir. Bu dava kabul edilip hüküm kesinleştiğinde ortaklık feshedilmiş olur⁵³. Açılan bu dava, ortaklığın giderilmesi davası değil⁵⁴ adi ortaklığın feshi davası olup (TBK m. 639/1-7)⁵⁵, bu dava için Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığa ilişkin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla bu davada görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi değil asliye hukuk mahkemesidir⁵⁶.

⁵³ Bu konuda bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 96; ayrıca bkz. Ayiter, **Ortaklık**, s. 165.

⁵⁴ “[...] Davada, taraflar arasında et ürünleri satışı için kurulan adi ortaklığın satış suretiyle tasfiyesi istenilmiştir. Davacının isteği, Borçlar Kanununun 520. ve devamı maddeleri uyarınca, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi istemine ilişkin olup Hukuk Usuli Muhakemeleri Kanununun 561.maddesinde belirtilen taksim veya izale-i şuyu davası niteliğinde değildir. Adi ortaklığın fesih ve tasfiyesi BK.535.maddede özel olarak düzenlenmiştir. Hukuk Usuli Muhakemeleri Kanununun 8/2.fıkrasında sözü edilen taşınır ve taşınmaz malların veya hakkın paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesine ait davalar sadece paylı taşınmazlardaki paydaşlığın giderilmesi ile ilgili davalardır. Adi ortaklıkta ise taraflar arasında ortak bir amaca tahsis edilmiş mallar mevcuttur ve taraflar kazanç amacıyla emeklerini ve mallarını birleştirmişlerdir. Bu ortaklığın fesih ve tasfiyesi, taksim ve izale-i şuyuu davası gibi çözümlenmez. Ortaklığın bütün hak, alacak, borç ve malların ortaya konulması ve bunların tasfiye edilmesi, varsa kalanın paylaştırılması suretiyle adi ortaklığa son verilir [...]” Yarg. 3. HD, 25.11.2002, E. 2002/12938, K. 2002/13871 (Kazancı).

⁵⁵ “[...] Davacı, davalı ile birlikte satın alıp yarı yarıya malik oldukları kamyonu davalının çalıştırdığını, dava tarihine kadar hesap vermediğini ileri sürerek adi ortaklığın giderilmesini ve 43 aylık kâr payı tutarı 125.250 liranın ödetilmesini istemiştir [...] Mahkemece [...] alacak davasının reddine ve ortaklığın giderilmesi davasının sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğinden mahkemenin görevsizliğine [...] karar verilmiştir [...] Davacının isteği BK'nın 520 ve ondan sonra gelen maddeleri uyarınca ortaklığın giderilmesi ve bu ortaklıktan doğan kâr payı alacağının ödetilmesine ilişkin olup Usûlun 561. maddesinde belirtilen taksim veya izale-i şuyuu davası niteliğinde değildir. Bu nedenle davaya bakılması gerekirken görevsizlik kararı verilmesi yanlıştır [...]” Yarg. 13. HD, 20.4.1978, E. 1978/5104, K. 1978/1827 (YKD, 1978/6, s. 969 vd).

⁵⁶ “[...] Davada, davacıyla davalı arasında adi ortaklık şeklinde kurulup sürdürülen ortaklığın aynı zamanda karı koca olmaları ve geçimsizlik sebebiyle ayrı yaşamaya başlamaları sebebiyle fiilen sona erdiği ileri sürülerek ortak malların kayyum tarafından güvence altına alınmasına ve aynen veya satışı suretiyle bedellerinin paylaştırılarak tasfiyeye karar verilmesi istenilmiştir. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, menkul malların aidiyetinin

Mirasçılarının anlaşarak terekede bulunan bazı unsurlar üzerinde adî ortaklık ilişkisi (TBK m. 620 vd.) kurabilmeleri mümkündür. Bu ortaklığın feshi için açılacak olan dava, artık mirasın paylaşılması davası değil; adî ortaklığın tasfiyesi davası olacağından yetkili mahkeme mirasbırakanın yerleşim yerine göre belirlenemez⁵⁷.

Mal rejiminin tasfiyesi davası ile ortaklığın giderilmesi davası da birbirinden farklı davalardır. Zira mal rejiminin tasfiyesi davası aracılığıyla eşler arasındaki mal

tespiti için verilen süreye rağmen bir karar getirilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm, süresinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bu tür davalar H.U.M.K. nün 8. maddesinde sayılan şeyin değerine bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğu dava ve işlerden değildir [...]" Yarg. 3. HD, 10.10.2011, E. 2011/10282, K. 2011/14972 (Kazancı); ayrıca bkz. Kuru, C. I, s. 247; bir ticarî işletme işleten adî ortaklık hakkında ortaklardan birinin haklı sebeple ortaklığın feshi için açacağı davada asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiği hakkında bkz. Oruç Hami Şener, **Ticarî İşletme Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2016, s. 143; benzer şekilde Yargıtay bu tür uyuşmazlıklar için görevin belirlenmesinde tarafların tacir olup olmadığının da üzerinde durmaktadır: "[...] davacının ortaklıktan kar payı almadığını davacının 25/04/2013 tarihinde 1. Noterliğinin 2763 Sayılı ihtarnamesi ile ortaklığı feshederek alacağını talep ettiğini, bu ihtarın 26/04/2013 tarihinde davalıya tebliğ olduğunu, ancak halen tarafına ödenmediğini ileri sürerek taraflar arasında kurulu bulunan adî ortaklığın mahkemece haklı sebebe dayalı olarak feshine, kar payının davalıdan alınarak davacıya verilmesine ve feshedilen adî ortaklığın mahkemece tasfiye edilmesine, tasfiye alacağının ve ortaklık için yapılan giderlerin bedelinin ödenmesine karar verilmesini istemiştir. 6100 Sayılı HMK'nın 2. maddesinde; "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına dair davalar ile, şahısvarlığına dair davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir." hükmüne yer verilmiştir. Türk Borçlar Kanununun 620. maddesinde "Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir." hükmüne yer verilmiştir. Adi ortaklık TBK'nın 620 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Somut olayda taraflar tacir olmadığından, adi ortaklık da TTK'da düzenlenmediğinden, malvarlığı haklarına dair olan davanın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir [...]" Yarg. 20. HD, 15.12.2016, E. 2016/13093, K. 2016/12227 (Kazancı); "[...] adi ortaklık ilişkisinin fesih ve tasfiyesine, fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere şimdilik, tasfiye payına karşılık 5.000 TL, kar payına karşılık 5.000 TL, uğradığı zararlardan dolayı 5.000 TL, depo giderinden kaynaklanan 1.000 TL, adi ortaklığın borçları sebebiyle bankadan kullandığı kredi ve ödenmiş faiz sebebiyle 1.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir [...] Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında ise; davaya konu uyuşmazlığın adi ortaklığa dair olduğu, iş konusunun kumaş ticareti olduğu, Ticaret Sicil Müdürlüğü kayıtlarında yapılan incelemeye göre davalının da tacir sıfatıyla ticaret sicilinde kaydı bulunduğu, buna göre her iki tarafın da tacir olduğu uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın çözümünün yukarıdaki yasa hükümlerinde göre Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevi içinde olduğu anlaşılmaktadır [...]" Yarg. 3. HD, 12.11.2018, E. 2018/1617, K. 2018/11337 (Kazancı).

⁵⁷

BGer, 24.8.2017, 5A_392/2017, Er. 2; Tarkan Göksu, "Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017", **Successio**, 2018, s. 313.

rejiminin ne şekilde tasfiye edileceği belirlenir (TMK m. 179 vd)⁵⁸. Her iki dava arasındaki bu farklılık, uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin değişmesine neden olur. Çünkü 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un dördüncü maddesine göre, mal rejiminin tasfiyesi davalarında aile mahkemeleri görevlidir. Bunun yanında, mal rejiminin tasfiyesi davası için Türk Medenî Kanunu'nun 214. maddesinde ayrıca özel bir yetki kuralı getirilmiştir.

Paydaşıktan çıkarma davası (TMK m. 696) ile ortaklığın giderilmesi davası da birbirinden farklı davalardır⁵⁹. Paydaşıktan çıkarma davası aracılığıyla, paylı mülkiyet ilişkisinde bir veya birkaç paydaşın paydaşlık durumuna son verilirken; ortaklığın giderilmesi davası yoluyla, paylı mülkiyet ilişkisi sadece bir paydaş için değil tüm paydaşlar için sona erdirilmiş olur⁶⁰.

⁵⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Suat Sarı, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 107 vd.

⁵⁹ Bu konu hakkında bkz. Ethem Sabâ Özmen, **Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası**, Kazancı, Ankara, 1992, s. 52 vd.

⁶⁰ Özmen, **a.g.e.**, s. 55 vd; ayrıca bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 102 vd; Paydaşıktan çıkarma davasının hangi mahkemenin görevine girdiği kanunlarda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Yargıtay, paydaşıktan çıkarma davasının ortaklığın giderilmesi davası ile benzerliğinden hareket ederek bu davada da sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir: “[...] *Payı karşılayacak kısım maldan aynen ayrılamaz ve bu payı isteyen paydaş da bulunmazsa hâkim, davalıya payını devretmesi için bir süre belirlemeli ve bu süre içinde devredilmeyen payın açık artırmayla satışına karar vermelidir. Satış kararı, cebri icra yoluyla paraya çevirmeye dair hükümler uyarınca yerine getirilmelidir. Birbirine benzerlik bulunan bu davalardan ortaklığın giderilmesi davalarında görevli mahkemeyi belirleyen kanun koyucu, paydaşıktan çıkarma davalarında görev konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Ancak, uyuşmazlığın çözümü için izlenecek yol ve yapılacak araştırma, hakkın ve taşınmazın paylaşılması ve satış aşamaları açısından benzerlikler taşımakta olduğuna göre daha kapsamlı olan ortaklığın giderilmesi davalarında görevli olan sulh hukuk mahkemesinin, daha dar kapsamlı olan paydaşın ortaklıktan çıkarılması davasında da görevli olması gereklidir. Görüşmeler sırasında azınlık kalan üyelerce: görev konusunun kanun ile düzenleneceğinin mülga 1086 Sayılı HUMK'nın 1/1. maddesinin amir hükmü olduğu, sulh hukuk mahkemesinin görevlerinin belirlendiği aynı Kanunun 8. maddesinde sınırlı sayı kuralına göre belirlenmiş davalar haricindeki davalarda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu, kıyas yolu ile görev belirlenemeyeceği savunulmuş ise de; bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen gerekçe ile kabul edilmemiştir [...]*” Yarg. HGK, 15.6.2016, E. 2014/6-2408, K. 2016/797 (Kazancı). Öğretide bir görüşe göre de, tüm paydaşlar için paylı mülkiyetin sona erdirilmesi açısından görevli olan sulh hukuk mahkemesinin sadece bir paydaş için paylı mülkiyetin sona erdirilmesi anlamına gelen paydaşıktan çıkarma davası bakımından da görevli olması gerekir (Özmen, **a.g.e.**, s. 106).

II. Medenî Usûl Hukukunda İki Taraf Prensibi ve Çok Taraflı Dava Kavramı Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Medenî Usûl Hukukunda İki Taraf Prensibi

1. Bir Davada Uyuşmazlık İçinde Sadece İki Tarafın Bulunması

Medenî usûl hukukunda geçerli olan iki taraf prensibine göre (*Zweiparteienprinzip*), bir davada davacı ve davalı olmak üzere sadece iki taraf bulunur⁶¹. Bu sistemde kural olarak davacı, mahkeme aracılığıyla davalıdan hakkının yerine getirilmesini talep ederken; davalı kendi savunma araçlarını ileri sürerek davanın reddini amaçlar⁶².

⁶¹ Karl Heinsheimer, “Das Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung, **FS für Adolf Wach**, Bd. III, Leipzig, 1913, s. 129 vd; Lorenz Kähler “Widerklage und Erweiterung Klage unter Streitgenossen”, **ZZP**, 123, s. 485; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 40, Rdnr. 26; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 885; İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 114; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 106; İlhan Postacioğlu/Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 272; Necip Bilge/Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 224; Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 5, 62; H. Yavuz Alangoya/Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 113; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, (C. I), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 553 vd; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 34; Murat Atalı, **Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 35 vd; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 231; Ömer Ulukapı, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Mimosza, 2015, s. 213; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, **Medenî Usul Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2017, s. 86; İki taraf prensibi, hem ilk derecede hem de kanun yolu yargılamasında geçerlidir (Arthur Nikisch, **Zivilprozessrecht**, 2. Aufl, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952, s. 107).

⁶² Harald Koch, “Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß - Parteübergreifende Interessen und objektive Prozeßführungsrechte”, **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, JSTOR, 1989/4, s. 323; Stephan Weth, **Musielak/Voit ZPO**, 15. Aufl, Franz Vahlen, München, 2018, § 50, Rdnr. 4; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 553 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 141; Ulukapı, **Usûl**, s. 26; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 231.

İki taraf prensibinin kaynağı Roma hukukudur⁶³. Roma hukukunda hukukî ilişkiler; hak ve yükümlülükler şeklinde düzenlenmiş olup, hakkı ihlâl edilen kişinin, bu ihlâli gerçekleştirdiğini iddia ettiği kişiye karşı dava açma hakkı (actio) vardı⁶⁴. Söz konusu davanın taraflarını bu hak veya hukukî ilişkinin süjeleri oluşturmaktaydı⁶⁵. Dolayısıyla, ihlâl edilen hakkın yeniden tesis edilmesine ilişkin yargılamada her zaman bir hak sahibi (davacı) ve bu hakkı ihlâl eden (davalı) olmak üzere sadece iki taraf yer almaktaydı⁶⁶.

Roma hukukunun etkisiyle Türk, İsviçre ve Alman hukukunda iki taraf prensibi benimsenmiş ve bu hukuk sistemlerinde medenî usûl hukukuna ilişkin düzenlemeler bu prensip etrafında şekillenmiştir⁶⁷. Bu sistemde üçüncü kişiler, davada çeşitli şekilde yer alabilir; ancak aynı davada bir taraf olarak bulunamaz⁶⁸. Çünkü iki taraf prensibine göre, bir davada ikiden fazla (*Mehrparteienprozess*) veya

⁶³ Hideo Nakamura, **Japan und das Deutsche Zivilprozessrecht**, Seibundo, Tokyo, 1996, s. 209; Rüdiger Ackermann, **Die Drittwiderklage**, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 36.

⁶⁴ Nakamura, **a.g.e.**, s. 210; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 217 vd; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğmuş, **Roma Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 129; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 14. Bası, Yetkin, Ankara, 2010, s. 122 vd.

⁶⁵ Nakamura, **a.g.e.**, s. 211.

⁶⁶ Nakamura, **a.g.e.**, s. 211; ayrıca bkz. A. Nadi Günel, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 25 vd; ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 231.

⁶⁷ İsviçre hukukuyla ilgili olarak bkz. Nina J. Frei, **Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess**, Schulthess Juristische Medien, 2004, s. 7. Alman hukukuyla ilgili olarak bkz. Koch, **a.g.m.**, s. 323; Heinz-Peter Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, (§§ 50-77), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/Boston, 2018, § Vor 64, Rdnr. 1; Türk hukukuyla ilgili olarak bkz. Kuru, **C. I**, s. 885; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 553 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 231.

⁶⁸ Kähler **a.g.m.**, s 485; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 40, Rdnr. 26; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 232.

az tarafın bulunması mümkün değildir⁶⁹. Bu prensibin bir sonucu olarak, usûl ilişkisi mahkeme ve birbirleriyle uyumsuzluk içinde bulunan iki taraf arasında kurulur⁷⁰.

Maddî hukukta bazen ikiden fazla taraf uyumsuzluk içinde bulunabilir. Ancak bu durum iki taraf prensibinden ayrılmayı gerektirmez⁷¹. Zira bu ilişkiler, medenî usûl hukukunda iki taraf sistemine uyumlu olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, aslî müdahale kurumunun iki taraf sistemi dikkate alınarak düzenlendiği görülmektedir⁷².

2. Bir Tarafın Aynı Davada Hem Davacı Hem de Davalı Olamaması

İki taraf prensibine göre, bir taraf aynı davada hem davacı hem de davalı olamaz⁷³. Eğer taraf rolleri tek bir kişide birleşirse davaya devam edilemez⁷⁴. İki taraf sisteminde davacı ve davalı rollerinin tek bir tarafta birleşmemesinin nedeni, davanın zıt menfaatler üzerine kurulmasıdır. Bu zıtlığın kaybolarak taraf rollerinin

⁶⁹ Ioannis Mantzourannis, **Die notwendige Streitgenossenschaft im Zivilprozess**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 265; Kuru, **C. I**, s. 885; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34.

⁷⁰ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 267; bu ilişki sadece mahkeme ve taraflar arasında değil aynı zamanda tarafların kendi aralarında da kurulur. Bu yönde ve diğer görüşler hakkında bkz. James Goldschmidt, **Zivilprozessrecht**, Springer Verlag, Berlin-München, 1929, s. 4 vd; ayrıca bkz. Adolf Schönke/Kurt Kuchinke, **Zivilprozessrecht**, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1969, s. 8 vd.

⁷¹ Josef Kohler, **Der Prozess als Rechtsverhältnis**, Scientia Verlag, 1969, s. 101 vd; Johann Julius Wilhelm von Planck, **Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht**, Göttingen, 1844, s. 105 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 231.

⁷² Bu konu hakkında bkz. aşağıda II, A, 4, b, (1).

⁷³ Kuru, **C. I**, s. 885 vd; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Postacioğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 272; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 113; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 233; Ulukapı, **Usûl**, s. 213; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 86; Wolfgang Lüke, **Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess (Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Grundfragen der subjektiven Verfahrenskonzentration)**, Mohr, 1993, s. 430; Götz Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 50 Rdnr. 3 ff; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50 Rdnr. 4 ff; Marius Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 50, Rdnr. 1; Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 265.

⁷⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 40, Rdnr. 27; Kuru, **C. I**, s. 886; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 233; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 86.

tek bir kişide toplanması, davanın sona ermesine neden olur. Örneğin, yargılama devam ederken bir tarafın ölmesi ve diğer tarafın onun tek mirasçısı olması durumunda dava sona erer⁷⁵. Bu durumda dava konusuz kalmış olur⁷⁶.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, bir dava arkadaşının karşı tarafın yanında davaya müdahale talebini, “taraf rollerinin sert bir şekilde ayrılması zorunluluğu” kuralını ihlâl edeceği gerekçesiyle reddetmiştir⁷⁷. Söz konusu karar isabetlidir. Çünkü bir yandan hasmın haksız olduğunu iddia edip diğer yandan onun davayı kazanması için müdahale talebinde bulunulması çelişkili bir durum yaratır. Benzer gerekçeyle, fer’î müdahilin mevcut tarafları davalı göstererek o dava ile birlikte görülmek üzere aslî müdahale davası açması da sorunludur⁷⁸. Öğretide, eğer fer’î müdahil aslî müdahale davası açarsa, onun ilk davada artık fer’î müdahil sıfatının sona ermesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁹. Çünkü bu ihtimâlde ilk davanın tarafları ile aslî müdahilin (ilk davadaki fer’î müdahil) hukukî menfaati çatışır⁸⁰. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira aslî müdahale ayrı bir dava olduğu için kişiye fer’î müdahaleden daha fazla bir koruma sağlar. Kişinin başlangıçta fer’î müdahil olması, onun aslî müdahale hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Ancak fer’î müdahil, aslî müdahil olduğunda tarafların menfaatleri çatışacağından, onun ilk davada fer’î müdahil sıfatının sona ermesi gerekir.

⁷⁵ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 50, Rdnr. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 40, Rdnr. 27; Kuru, **C. I**, s. 886; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 224; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 233; Ulukapı, **Usûl**, s. 214; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 86.

⁷⁶ “[...] Bilindiği üzere, ölen taraf tek mirasçı olarak karşı tarafı bırakırsa, o zaman taraflar aynı kişi haline gelir ve dava sona erer; yani konusuz kalır. Hal böyle olunca; davacı ile davalı sıfatlarının birleşmesi sonucu davanın konusuz kalmış olması nedeni ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 1. HD, 22.2.2018, E. 2015/6406, K. 2018/1108 (Kazancı).

⁷⁷ Reichsgericht, VII. ZS, 5.5.1936, Bd. 151, 210 (Hans Otto de Boor, **Die Auflockerung des Zivilprozesses**, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1939, s. 63, dn. 3’ten naklen); bu konudaki görüşler hakkında toplu olarak bkz. Hakan Pekcanitez, **Medenî Usûl Hukukunda Fer’î Müdahale**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 77 vd.

⁷⁸ Umar, **Şerh**, s. 242.

⁷⁹ Pekcanitez, **Fer’î Müdahale**, s. 77; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, Alfa, İstanbul, 1995, s. 33.

⁸⁰ Özekes, **Asli Müdahale**, s. 33.

Karşı dava açılması hâlinde, ilk davanın davalısı davacı sıfatını kazanır. (HMK m. 132). Ancak asıl dava ile karşı dava birbirinden bağımsızdır⁸¹. Dolayısıyla her iki davada taraf rollerinin birleşmesi söz konusu olmaz⁸².

3. Çekişmesiz Yargıda İki Taraf Prensibinin Geçerli Olmaması

Çekişmesiz yargı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde sayılan üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere, hukukun mahkemelerce uygulanmasıdır⁸³. İki taraf prensibi sadece çekişmeli yargı açısından gündeme gelir⁸⁴. Çünkü çekişmesiz yargıda “taraf” yerine “ilgili” kavramı kullanılır⁸⁵ ve bu ilgililer arasında genellikle bir uyuşmazlık bulunmaz (HMK m. 382/1-a)⁸⁶. Ayrıca çekişmeli yargının aksine bu ilgililerin her zaman iki kişi olması zorunlu değildir⁸⁷. Örneğin, ismin değiştirilmesi talebinde kural olarak bir; sadece iki mirasçının bulunduğu bir durumda bu ikisinin mirasçılık belgesi için mahkemeye başvurmaları durumunda iki; bunların üç kişi olması hâlinde üç ilgiliden bahsetmek

⁸¹ Bu konu hakkında bkz. aşağı III, A, 4.

⁸² Ortaklığın giderilmesi davasında taraf rollerinin birbirine karışması ve davanın bu yönüyle iki taraf prensibinden ayrılması hakkında bkz. § 2, Ç.

⁸³ Murat Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2108; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 586; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 33 vd; ayrıca bkz. Süha Tanrıver, “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, **Makalelerim II (2006-2010)**, Adalet, Ankara, 2011, s. 348 vd; çekişmesiz yargı hakkında ayrıntılı olarak bkz. Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 43 vd.

⁸⁴ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 20, 157 vd; Kuru, **C. I**, s. 30; Johannes Bärman, **Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1968, s. 85; Kamil Yıldırım, “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006; s. 30; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34.

⁸⁵ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 139; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 32; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, **Medenî Usul Hukuku**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2018, s. 733; Yıldırım, **Çekişmesiz Yargı**, s. 30; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 586; Bu kavramla ilgili olarak Avusturya hukukundaki durum için bkz. Murat Atalı, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı” **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 78 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 27.

⁸⁶ Bu konu hakkında bkz. aşağı IV, A, 1.

⁸⁷ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 139 vd; Walter Zimmermann, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, s. 10; Florian Jacoby, **Stein/Jonas ZPO**, Band 1: Einleitung, §§ 1–77, 23. Aufl, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, vor § 50, Rdnr. 25.

gerekir. Binaenaleyh, çekişmesiz yargıya tâbi işlerin niteliği, onun iki taraf prensibi kapsamında değerlendirilmesine imkân vermez.

4. Medenî Usûl Hukukundaki Çeşitli Kurumların İki Taraf Prensibi Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Dava Arkadaşlığı

Davacı ya da davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması anlamına gelen dava arkadaşlığı kurumu⁸⁸, iki taraf prensibine aykırı değildir⁸⁹. Zira bu durumda dahi davada davacı ve davalı olmak üzere sadece iki taraf bulunur⁹⁰.

Her bir dava arkadaşı usûl ilişkisi bakımından diğer tarafla karşıtlık içinde olup⁹¹, burada tahkikatı ortak birden fazla yargılama mevcuttur⁹². Ayrıca dava arkadaşlarından her biri davada aynı taraf rolüne sahip olduklarından kendi aralarında bir zıtlık bulunmaz⁹³.

⁸⁸ Bu konu hakkında bkz. aşa. VIII, B.

⁸⁹ Peter Gottwald, “Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess”, **Juristische Arbeitsblätter**, 1982, s. 64; Gerhard Hassold, **Die Voraussetzungen der besonderen Streitgenossenschaft**, Duncker & Humblot, Berlin, 1970, s. 22; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, Nemaş, 1965, s. 52; Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimoza Yayınları, Konya, 1991, s. 6; Kuru, **C. III**, s. 3285; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 272; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 232.

⁹⁰ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 50, Rdnr. 8; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50 Rdnr. 5; Markus Gehrlein, **Prütting/Gehrlein ZPO**, 10. Aufl, Luchterhand Verlag, München, 2018, § 50 Rdnr. 3; Johann Braun, **Lehrbuch des Zivilprozeßrechts**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 1072; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 52; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 6; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Atalı, **İhbar**, s. 36.

⁹¹ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 50, Rdnr. 8; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50 Rdnr. 5; Gehrlein, **Prütting/Gehrlein ZPO**, § 50 Rdnr. 3; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 52; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 232.

⁹² Gehrlein, **Prütting/Gehrlein ZPO**, § 50 Rdnr. 3; Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 52; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 200 vd.

⁹³ Herbert Roth, “Zweiparteiensystem und mehrseitige Gestaltungsclagen im Personengesellschaftsrecht”, **FS für Bernhard Großfeld**, Heidelberg, 1999, s. 917.

b. Davaya Müdahale

(1) Aslî Müdahale

İki taraf prensibinin geçerli olduğu Türk ve Alman hukukunda, aslî müdahale kurumu da buna uygun bir şekilde düzenlenmiştir⁹⁴. Zira aslî müdahale talebinde bulunan üçüncü kişi, mevcut davaya bir taraf olarak katılmaz. Bilâkis, üçüncü kişi mevcut davanın taraflarını davalı göstererek yeni bir usûl hukuku ilişkisi doğuran ikinci bir dava açar (HMK m. 65/1)⁹⁵. Bu sebeple, hem ilk hem de aslî müdahilin açmış olduğu ikinci davada “davacı” ve “davalı” olmak üzere sadece iki taraf yer alır. Böylece maddî hukuktaki çok taraflı ilişki, medenî usûl hukukuna ancak iki taraflı ilişkilerin bir araya getirilmesiyle yansıtılır⁹⁶.

Bununla birlikte, bazı ülkelerde aslî müdahale kurumu “tek davalı sistem” şeklinde düzenlenmiştir⁹⁷. Bu sisteme göre⁹⁸, aslî müdahale yoluyla ikinci bir dava ortaya çıkmayıp aslî müdahil, mevcut davaya taraf olarak girer⁹⁹. Böylece hem subjektif hem de objektif olarak genişleyen dava, artık iki taraf prensibi ile değil üç taraflı bir dava ile açıklanır¹⁰⁰.

⁹⁴ Alman hukuku için bkz. Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 266; Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 64, Rdnr. 1. vd. Türk hukuku açısından bkz. Özkes, **Asli Müdahale**, s. 11.

⁹⁵ Özkes, **Asli Müdahale**, s. 45; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **Usûl**, s. 34; Stefan Smid/Sabine Hartmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, (§§ 24-49), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/München/Boston, 2015, § 33 Rdnr. 56.

⁹⁶ Benzer yaklaşım için bkz. Kähler, **a.g.m.**, s. 486.

⁹⁷ Bu konuda genel olarak bkz. Bernd Götze, **Der unabhängige Streitbeitritt eines Dritten als Partei nach japanischem Recht**, Pfaffenweiler Centaurus-Verl Ges, 1992, s. 16 vd; ayrıca bkz. Özkes, **Müdahale**, s. 10 vd; Stelious Koussoulis, “Aktuelle Probleme der Hauptintervention”, **ZZP**, 100, 1987, s. 215 vd; Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 64, Rdnr. 11.

⁹⁸ Bu sistemin Fransız, İtalyan ve Yunan Usûl hukukunda uygulandığı hakkında bkz. Koussoulis, **a.g.m.**, s. 216; Özkes, **Müdahale**, s. 11.

⁹⁹ Koussoulis, **a.g.m.**, s. 216; Özkes, **Müdahale**, s. 11.

¹⁰⁰ Koussoulis, **a.g.m.**, s. 216; Özkes, **Müdahale**, s. 11. Bu sistemin fayda ve sakıncaları hakkında bkz. Koussoulis, **a.g.m.**, s. 216; Özkes, **Müdahale**, s. 11 vd.

(2) Fer’î Müdahale

Mevcut bir davanın sonucu, bazı yönleriyle üçüncü kişinin durumunu da etkileyebilir. Bu kişi, şartları varsa, mevcut davaya fer’î müdahil olarak katılabilir (HMK m. 66/1). Kendi adına hukukî koruma talep etmeyen veya kendisine karşı böyle bir talep yöneltilmeyen fer’î müdahil, bu sebeple davada bir taraf olarak değerlendirilemez¹⁰¹. Böylece fer’î müdahale kurumu, iki taraf prensibine aykırı bir durum yaratmaz¹⁰².

c. Cumhuriyet Savcısının Davada Taraf Olarak Yer Alması

Bazı durumlarda Cumhuriyet savcısı, hukuk davası açabileceği gibi derdest bir davada taraf olarak da yer alabilir (HMK m. 70/1). İki tarafı bulunan mevcut bir davada, üçüncü kişi olan Cumhuriyet savcısının taraf gibi değerlendirilmesi, iki taraf prensibiyle uyumluluk arz etmez. Zira Cumhuriyet savcısının bu davalardaki konumu, ne aslî ne de fer’î müdahile benzer¹⁰³. Cumhuriyet savcısı, davanın

¹⁰¹ Pekcanitez, **Fer’î Müdahale**, s. 40 vd; Ansay, **a.g.e.**, s. 106; Karafakih, **Usul**, s. 135; Önen, **Yargılama**, s. 78; Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 272; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 283; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Fer’î müdahilin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı olarak bkz. Pekcanitez, **Müdahale**, s. 26 vd.

¹⁰² Pekcanitez, **Müdahale**, s. 42 vd; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 554; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 34; Bununla birlikte 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na göre, hizmet tespit davasında, dava re’sen Sosyal Güvenlik Kurumu’na ihbar edilir ve Kurum, davaya davalı yanında fer’î müdahil olarak katılır (m. 4/2). Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmaya bile, kanun yoluna başvurabilir. Öğretide bu düzenleme, dava ve taraf teorilerine uygun olmadığı için haklı olarak eleştirilmiştir (Bu konuda bkz. Murat Atalı, “Hizmet Tespti Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 648). Bu düzenleme iki taraf prensibiyle de uyumlu değildir. Çünkü bu düzenleme, fer’î müdahile tanınan yetkiler göz önünde bulundurulduğunda, onu, yapacağı işlemler yönünden taraf statüsüne yaklaştırmaktadır. Hatta burada fer’î müdahil sanki davanın tarafıymış gibi davanın sonunda verilen kararı uygulamakla da yükümlü kılınmıştır (m. 4/2, c. 3; bu hükmün eleştirisi için bkz. Atalı, **Hizmet Tespit Davası**, s. 648). Fer’î müdahile tanınan bu yetkiler; davacı, davalı ve fer’î müdahil arasında aynı davada bir uyuşmazlık çıkmasına da zemin hazırlar. Örneğin, fer’î müdahil olduğu belirtilen Kurumun, hükmü kanun yoluna götürdüğü; davacının bu hükmün onanmasını istediğini; davalının ise hükmün başka yönlerden değiştirilmesini istediğini varsaydığımızda burada menfaatleri birbirlerine zıt üç “taraf” söz konusu olacaktır. Oysa hukukumuzda hem ilk derece hem de kanun yolu yargılamasında menfaatleri zıt sadece iki taraf bulunmak zorundadır.

¹⁰³ Pekcanitez, **Müdahale**, s. 49 vd.

taraflarından farklı bir amaca sahip olduğu için bu davada bunlardan bağımsız bir şekilde hareket edebilir.

Bu düzenlemenin iki taraf prensibine uygun olmamasının sebebi, düzenleme yapılırken Fransız hukukundan etkilenilmiş¹⁰⁴ olmasıdır. Zira Türk ve Alman hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda, bazı durumlarda, çok taraflı davaya izin verilmektedir¹⁰⁵.

Çok taraflı dava sistemine yabancı olan Türk hukukunda bu düzenleme, iki taraf prensibine benzetilerek açıklanır. Örneğin, babalık davası kendisine re'sen ihbar edilen Cumhuriyet savcısı (TMK m. 301/3), davada ayrı bir üçüncü taraf olarak değil, davalı babanın yanında mecburî dava arkadaşı olarak yer alır¹⁰⁶.

B. Medenî Usûl Hukukunda Çok Taraflı Dava Sistemi

Birbirleriyle uyuşmazlık içinde olan en az üç tarafın bulunduğu davaya, “çok taraflı dava” (*mehrseitiges Verfahren*) denir¹⁰⁷. Burada davacı ve davalıdan başka taraflar, kendi bağımsız menfaatlerinden ötürü davacı veya davalı olarak sınıflandırılmaz.

İki taraf prensibine göre, derdest bir davaya üçüncü kişinin taraf olarak dâhil olması ve tüm uyuşmazlığın tek bir davada çözülebilmesi mümkün değildir. Ancak asıl davanın kaybedilmesi durumunda, üçüncü kişiye karşı rüçû hakkının kullanılabileceği hukukî ilişkilere ait uyuşmazlıklar, bazı hukuk sistemlerinde çok taraflı dava içinde çözülebilmektedir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 254; Pekcanitez, **Müdahale**, s. 48; Hakan Pekcanitez, “Die Interventionsarten im Türkischen Zivilprozessrecht”, **Makaleler**, C. I, XII Levha, İstanbul, 2016, s. 170.

¹⁰⁵ Bu konu hakkında bkz. aşa. II, B.

¹⁰⁶ Umar, **Şerh**, s. 254; ayrıca karş. Ejder Yılmaz, “Savcıların Hukuk Davalarında Görevleri”, **AÜHFD**, 1972/1-2, s. 260 vd.

¹⁰⁷ Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 64 Rdnr. 29.

¹⁰⁸ Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 64 Rdnr. 29.

Çok taraflı davalarda, taraflar arasında kurulan usûlî ilişki, iki taraf prensibinin uygulandığı davalara göre farklılık arz eder. Bu bakımdan, çok taraflı davaların açıklanması, ortaklığın giderilmesi davasının tarafları arasındaki usûl ilişkisinin tespit edilebilmesi açısından önemlidir. Zira çok taraflı davalarda olduğu gibi, ortaklığın giderilmesi davasında da ikiden fazla paydaş birbirleriyle uyuşmazlık içinde bulunabilir¹⁰⁹.

Çok taraflı davalar için ilk olarak Fransız hukukundaki düzenlemelere değinilmelidir. Fransız hukukunda davanın taraflarından biri, bazı durumlarda, mevcut dava içinde üçüncü kişi aleyhine bir hüküm kurulmasını talep edebilir (CPC 333/1). Bu talep çoğunlukla davalının rücu hakkının bulunduğu ilişkiler için söz konusudur¹¹⁰. Bu talebi ileri süren davalı, bu yönüyle davacı olarak değerlendirilirken; mevcut dava açısından davalı olarak kalmaya devam eder¹¹¹. Bu kurumun esas uygulama alanını, “*appel en garantie*” (garanti/tekeffül davası) oluşturur. Fransız hukukuna göre bu dava; şekli ve basit olmak üzere ikiye ayrılır¹¹².

Davalının aynî hakka ilişkin bir talebini ileri sürdüğü şekli garanti davasında¹¹³, davalı yargılamadan ayrılarak onun yerine üçüncü bir kişi geçebilir¹¹⁴. Dolayısıyla şekli garanti davasında, iki taraf sistemine aykırı bir durum mevcut değildir¹¹⁵.

Uygulama alanı daha fazla olan basit garanti davası, davanın kaybedilmesi ihtimâlinde üçüncü kişiye karşı bir rücu hakkının bulunduğu durumlarda söz konusu olur¹¹⁶. Böyle bir durumda, aynı dava içinde üçüncü kişi aleyhine bir mahkûmiyet

¹⁰⁹ Bu konu hakkında bkz. aşı. II, Ç.

¹¹⁰ Markus Beaumart, **Haftung in Absatzketten im Französischen Recht und im europäischen Zuständigkeitsrecht**, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, s. 48.

¹¹¹ Beaumart, **a.g.e.**, s. 48.

¹¹² Ackermann, **a.g.e.**, s. 72.

¹¹³ Beaumart, **a.g.e.**, s. 48.

¹¹⁴ Ackermann, **a.g.e.**, s. 76

¹¹⁵ Ackerman, **a.g.e.**, s. 76

¹¹⁶ Beaumart, **a.g.e.**, s. 48; bu davanın şartları hakkında bkz. Ackermann, **a.g.e.**, s. 72 vd.

hükümü kurulması talep edilir¹¹⁷. Bu talep, çoğunlukla davalı tarafından yapılır. Özellikle tekeffül sorumluluğunun bulunduğu durumlarda, davaya dâhil edilen üçüncü kişi de, kendi rücû hakkını bir diğer kişiye karşı aynı davada kullanabilir¹¹⁸. Benzer şekilde, alacaklının kefile karşı dava açması hâlinde, kefil de asıl borçluya aynı dava içinde garanti davası açabilir¹¹⁹.

Taraflardan birinin aynı davada üçüncü kişi aleyhine mahkûmiyet kurulmasını istemesi durumunda, artık mevcut dava için “üç taraflı bir yargılama” gündeme gelir¹²⁰. Çünkü söz konusu davada, üçüncü kişi tam anlamıyla taraf pozisyonundadır¹²¹. Böylece dava, üçüncü kişi hakkında da kurulacak olan hükümle sona erer¹²².

Davalının aynı davada üçüncü kişiye karşı rücû hakkını talep etmesi durumunda, usûl ilişkisi esasen davalı ile üçüncü kişi arasında kurulur¹²³. Burada kural olarak, üçüncü kişi ile davacı arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir¹²⁴. Bununla birlikte, üçüncü kişi asıl davanın reddedilmesine yönelik deliller de ileri sürebilir¹²⁵. Hatta üçüncü kişi, davalının itiraz ve def’ilerini onun yerine dahi kullanabilir¹²⁶. Zira asıl davanın reddedilmesi durumunda, davalının da ona karşı ileri sürdüğü talep reddedilecektir.

¹¹⁷ Sabrine Salewski, **Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, s. 316; Jürgen Bunge, **Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in Frankreich und Italien**, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, s. 43; Beaumart, a.g.e., s. 48; ayrıca bkz. Atalı, İhbar, s. 63 vd

¹¹⁸ Rolf Stürner, “Die erzwungene Intervention Dritter im europäischen Zivilprozess”, **Einheit und Vielfalt des Rechts: FS für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag**, C.H.Beck, München, 2002, s. 1310.

¹¹⁹ Ackermann, a.g.e., s. 72.

¹²⁰ Beaumart, a.g.e., s. 48, 49.

¹²¹ Beaumart, a.g.e., s. 48; Stürner, a.g.m., s. 1310; Salewski, a.g.e., s. 316.

¹²² Beaumart, a.g.e., s. 49.

¹²³ Salewski, a.g.e., s. 253 vd.

¹²⁴ Salewski, a.g.e., s. 253 vd.

¹²⁵ Ackermann, a.g.e., s. 75.

¹²⁶ Ackermann, a.g.e., s. 75.

Davanın sonunda mahkeme, hem davacı ve davalı arasındaki ilişki hem de davalı ve üçüncü kişi arasındaki ilişki hakkında bir hüküm tesis eder¹²⁷. Bu davanın sonunda üçüncü kişi haksız bulunursa davalı, davacıya ödemesi gereken tazminattan muaf tutulduğuna ilişkin bir hüküm elde eder¹²⁸.

Fransız hukukunda¹²⁹ düzenlenen bu davanın bir benzeri, İtalyan hukukunda da mevcuttur. Buna göre, taraflardan biri (genellikle davalı), ileride rüçû etmeyi düşündüğü tarafa karşı mevcut olan bu hakkını, aynı davada üçüncü kişiden talep edebilir¹³⁰. Böyle bir durumda artık üç taraflı bir yargılama söz konusu olur¹³¹.

Fransız hukukuna benzer düzenlemeler Amerika Birleşik Devletleri ve İngiliz hukukunda da mevcuttur. Amerika Birleşik Devleti hukukunda, hukuk yargılamasında taraf rollerinin büyük bir önemi olmadığı ifade edilmektedir¹³². Hatta öyle ki, mecburî dava arkadaşlığında, davacılarından birinin dava açmaya yanaşmaması durumunda, diğer dava arkadaşları onu da davalı tarafta göstererek

¹²⁷ Ackermann, **a.g.e.**, s. 75 vd.

¹²⁸ Michael Schley, Das französische Produkthaftungsrecht und die bei grenzüberschreitenden Vertragsketten im deutsch-französischen Rechtsverkehr auftretenden Probleme, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, s. 92.

¹²⁹ İki taraf sistemi açısından Fransız hukukundaki farklılık bununla da sınırlı değildir. Bu kapsamda, özel bir kanun yolu olarak ifade edilen “*tierce opposition*” kurumunda, hükmün üçüncü kişinin hakkını etkilediği kimi durumlarda bu kişi hükmü kanun yoluna taşıyabilir (Bu konu hakkında bkz. Götze, **a.g.e.**, s. 17).

¹³⁰ Jürgen Bunge, **Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Scotland**, 2. Aufl, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, s. 150.

¹³¹ Bunge, **England/Scotland**, s. 150.

¹³² Nakamura, **a.g.e.**, s. 36.

dava açabilir^{133,134}. Çünkü burada tüm tarafların “bir şekilde” yargılamada yer almaları yeterli kabul edilir¹³⁵.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda davalının, bazı durumlarda, yargılamaya üçüncü kişiyi çekerek aynı dava içinde ona karşı bir hak talebinde bulunabilmesi mümkündür (FRCP R. 14). Esasen bu imkân, satıcının tekeffül sorumluluğunun bulunduğu hâller için getirilmişse de, sonradan bunun kapsamı genişletilmiştir¹³⁶. Davanın kaybedilmesinden ötürü üçüncü kişiye karşı ileride bir dava açma hakkı elde edecek olan davalı, davanın sonuçlanmasını beklemeden mevcut dava içinde üçüncü kişiye karşı hak talebinde bulunabilir¹³⁷. Yargılamaya çekilen üçüncü kişinin de aynı davaya başka kişileri dâhil edebilmesi mümkündür. Böylece tüm uyuşmazlıkların tek bir dava içinde çözülmesi sağlanarak birden fazla davanın ayrı ayrı açılmasının önüne geçilmiş olur¹³⁸.

İngiliz hukukunda da, davalının ileride rücû etmeyi düşündüğü üçüncü kişiye karşı bu hakkını mevcut davada ileri sürebilmesi mümkündür¹³⁹. İngiliz Medenî Usûl Kuralları’nın 20. maddesinde yer alan bu davanın da aralarında bulunduğu davalara¹⁴⁰, toplu olarak “ek dava” (*additional claim*) adı verilir (CPR R. 20.2- (2)-

¹³³ Bkz. FRCP R. 19a-2; ayrıca bkz. John W. Reed, “Compulsory Joinder of Parties in Civil Actions”, **Michigan Law Review**, 1975, s. 346; Nakamura, **a.g.e.**, s. 36.

¹³⁴ Davalı tarafta yer alan kişi iki şekilde hareket edebilir. Eğer isterse (davalıdan olan) hakkını talep edebilir ya da hakkını istemediğini beyan edebilir. Her iki ihtimalde de onun davacı rolünde olduğundan şüphe etmemek gerekir. Zira ilk ihtimalde hakkını talep ederken; ikinci ihtimalde davadan feragat etmektedir. (Bu konuda bkz. Bobby J. Keeter, “Compulsory Joinder of Unwilling Plaintiffs in Civil Actions”, **Missouri Law Review**, 1960/25, s. 70).

¹³⁵ Nakamura, **a.g.e.**, s. 36. Bu çözümün Japon hukukunda da savunulduğu hakkında bkz. Nakamura, **a.g.e.**, s. 36.

¹³⁶ Jack H. Friedenthal/Mary Kay Kane/Arthur R. Miller, **Civil Procedure**, Fifth Edition, West Academic Publishing, 2015, s. 364.

¹³⁷ Friedenthal/Kane/Miller, **a.g.e.**, s. 364.

¹³⁸ Friedenthal/Kane/Miller, **a.g.e.**, s. 364.

¹³⁹ Genel olarak bkz. Paula Loughlin/Stephen Gerlis, **Civil Procedure**, Second Edition, Cavendish Publishing, London, 2004, Chapter 13.

¹⁴⁰ Buradaki düzenlemeye göre, davalı çeşitli kişilere karşı dava açabilir. Buna göre davalı; davacı veya onunla birlikte üçüncü kişiye “karşı dava” açabilir (“counter claim”). Yine davalı, sadece 3. kişiye karşı bir dava açabilir. Nihayet davalı tarafta bulunan dava arkadaşları, birbirlerine karşı dava açabilir.

a). Davalının üçüncü kişiye karşı yönelmiş olduğu bu talebi hem dava konusunda hem de tarafta bir genişleme yaratır¹⁴¹. Davalının talebi sonucunda davaya gelmiş olan üçüncü kişi de, mevcut davada başka bir kişiye karşı olan hakkını ileri sürebilir¹⁴². Böylece dava, bütün talepler hakkında karar verilmesiyle sona erer¹⁴³. Ancak mahkeme, duruma göre bu talebi ayrı bir davaymış gibi ele alıp bu talep hakkında asıl davadan ayrı şekilde karar verebilir¹⁴⁴.

Çok taraflı dava, Japon hukukunda da mevcuttur. Japon hukukunda aslî müdahil, yeni bir dava açmayıp mevcut davaya dâhil olmakta ve böylece üç tarafı bulunan bir yargılama ortaya çıkmaktadır¹⁴⁵. Buna göre, mevcut bir davanın sonucundan ötürü hakkının zedeleneyeceğini iddia eden ya da dava konusunun tamamı veya bir bölümü kendisiyle ilgili bulunan üçüncü kişi, bu davaya bir taraf olarak girebilir (Japon Medenî Usûl Kanunu § 71, Abs. 1)¹⁴⁶. Böyle bir ihtimâlde uyuşmazlık, artık mahkemenin üç taraf hakkında vereceği tek bir hükümle sona erer¹⁴⁷.

C. Her İki Sistemin Değerlendirilmesi

Her iki sistemin olumlu ve olumsuz yönlerinden söz edilmiştir. Bir görüşe göre, maddî hukuktaki karmaşık ve çok taraflı ilişkilerin iki tarafa indirgenerek incelenmesi¹⁴⁸, davaların daha basit ve hızlı sonuçlandırılmasına olanak sağlar¹⁴⁹. Bu görüşe göre çok taraflı dava, bazen iki farklı dava konusunun aynı anda ele

¹⁴¹ Köckert, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴² Loughlin/Gerlis, **a.g.e.**, Chapter. 13; ayrıca bkz. Ulricke Köckert, **Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, s. 37 vd.

¹⁴³ Köckert, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴⁴ Köckert, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁴⁵ Nakamura, **a.g.e.**, s. 72 vd.

¹⁴⁶ Nakamura, **a.g.e.**, s. 73; ayrıca bkz. Götze, **a.g.e.**, s. 25 vd.

¹⁴⁷ Nakamura, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁴⁸ Smid, **a.g.e.**, s. 318; Ulrich Spellenberg, “Drittbeteiligung im Zivilprozess in rechtsvergleichender Sicht”, **ZZP**, B. 106, H. 3, 1993, s. 285; Christoph G. Paulus, **Zivilprozessrecht**, 6. Aufl, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2017, s. 200.

¹⁴⁹ Stefan Smid, **Rechtsprechung – Zur Unterscheidung von Rechtsfürsorge und Prozeß-**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990, s. 321.

alınmasını gerektireceğinden¹⁵⁰ yargılamanın daha karmaşık olması ve uzun sürmesi tehlikesi ortaya çıkabilir¹⁵¹.

Öğretideki bazı yazarlara göre ise, çok taraflı davaya izin verilmesiyle, ikiden fazla kişinin uyuşmazlık içinde bulunduğu yargılamalarda hukuk güvenliği daha iyi sağlanabilir¹⁵². İki taraf prensibinin geçerli olduğu Alman hukukunda dahi, bazı durumlarda, çok taraflı davaya izin verilmesi gerektiği yönünde yaklaşımların bulunduğunu belirtmek gerekir¹⁵³. Sorun, özellikle üçüncü kişinin davaya dâhil olduğu durumlarda, bu kişilere davada taraf rolü verilerek bunların hukukî dinlenilme haklarının daha güçlü bir şekilde güvence altına alınıp alınamayacağı ve usûl ekonomisi başlıkları altında tartışılmaktadır¹⁵⁴. Nitekim bir görüşe göre, Fransız hukukunda düzenlenen ve çok taraflı dava niteliğinde bulunan garanti davası, usûl ekonomisine uygundur¹⁵⁵. Zira bu tarz ilişkiler hakkında aynı dava içinde hüküm kurulabilmesi, birden fazla davanın açılmasına engel olur¹⁵⁶. Yine bu görüşe göre, çok taraflı dava sistemi yargılama giderlerinin azalmasını sağlar¹⁵⁷. Çünkü bu davalarda, sadece davayı kaybeden taraf yargılama giderlerinden sorumlu olur¹⁵⁸. Örneğin¹⁵⁹, bir tüketicinin satıcıya karşı açtığı davada, satıcı bu dava içinde üreticiye karşı talepte bulunabilir. Üreticinin de yargılamaya dâhil edildiği davada, kusurun üreticide olduğu tespit edilirse, davanın kaybeden tarafı üretici olur ve yargılama

¹⁵⁰ Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 64 Rdnr. 30.

¹⁵¹ Genel olarak bkz. Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 64 Rdnr. 30.

¹⁵² Ludwig Häsemeyer, "Drittinteressen im Zivilprozess" **ZZP**, B. 101, H. 4, 1988, s. 409 ff.

¹⁵³ Bu yönde bkz. Koch, **a.g.m.**, s. 323. Örneğin bir görüşe göre, Fransız hukukundaki garanti davası, bu şekliyle Alman hukuku açısından da değerlendirilmelidir (Bu yönde bkz. Axel Schober, **Drittbeteiligung im Zivilprozeß**, Verlag P.C.O., Bayreuth, 1991, s. 197 vd); ayrıca bkz. Lücke, **a.g.e.**, s. 426 vd. Rücu ilişkisinin aynı davada çözülmesinin isabetli olabileceği yönünde bkz. de Boor, **Auflockerung**, s. 62 vd.

¹⁵⁴ Benzer yaklaşım için bkz. Mansel, **Wieczorek/Schütze ZPO**, vor § 64 Rdnr. 30 ff. Bir görüşe göre, hâkim, üçüncü kişiyi taraf olarak kendiliğinden çağırabilir (de Boor, **Auflockerung**, s. 63); bu konuda genel olarak bkz. Atalı, **İhbar**, s. 35.

¹⁵⁵ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

¹⁵⁶ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

¹⁵⁷ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

¹⁵⁸ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

¹⁵⁹ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

giderlerine sadece o mahkûm edilir¹⁶⁰. Başka bir anlatımla satıcı, yargılama giderlerine mahkûm edilmekten kurtulur. Bu sebepleri göz önünde bulunduran bazı yazarlar, Alman hukukunda da böyle bir imkânın kabul edilmesinin faydalı olabileceğini ifade etmektedir¹⁶¹.

Bu tartışmalar arasında, *Schmidt* tarafından ortaya atılan çok taraflı inşâî dava modelinin de üzerinde durulması gerekir. Bu modele göre iki taraf prensibi, bazı davaları açıklamakta yetersiz kalır¹⁶². Yazara göre iki taraf prensibi, Alman Ticaret Kanunu'nun özellikle şahıs şirketlerine ilişkin bazı davalarıyla uyumlu değildir¹⁶³. Bu kapsamda yazar, şahıs şirketlerinin haklı sebeple sona ermesi (§ HGB 133) ve ortakların çıkarılması davalarının (§ HGB 140)¹⁶⁴ iki taraf prensibine uygun olmadığını ileri sürmektedir¹⁶⁵. Yazar, iki taraf prensibinin bu davaları daha karmaşık hâle getirdiğini şöyle bir örnekle aktarmaktadır¹⁶⁶:

Dört kişiden oluşan (A, B, C ve D) bir şahıs şirketinde iki ortak (A ve B) bu şirketin sona ermesini isterken; diğer iki ortak (C ve D) buna karşı çıkarsa, bu konuda açılan davanın davacıları (A) ve (B); davalılarıysa (C) ve (D) olur. Dava esnasında (B), çeşitli sebeplerle artık şirketin sona ermesini istemezse davada nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusu akla gelir. Aynı soru bu sefer davalılardan birinin görüş değiştirerek şirketin sona ermesini istemesi durumunda da sorulabilir. İki taraf prensibine göre, şirketin sona ermesini artık istemeyen davacı (B) davalıların rızasını alarak davasını geri almalı; daha sonra davacı (A), davasını aynı zamanda (B)'ye de yöneltmelidir¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Salewski, **a.g.e.** s. 253.

¹⁶¹ Stürner, **a.g.m.**, s. 1313; Salewski, **a.g.e.** s. 316.

¹⁶² Karsten Schmidt, *Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei Personengesellschaften*, Decker/Müller, Heidelberg, 1992.

¹⁶³ Schmidt, **a.g.e.**, s. V.

¹⁶⁴ Madde yürürlükte değildir.

¹⁶⁵ Schmidt, **a.g.e.**, s. 2 vd.

¹⁶⁶ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147.

¹⁶⁷ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147.

Schmidt'e göre, iki taraf prensibini kabul eden sistemde bu soruların pratik bir cevabı yoktur¹⁶⁸. Yazar, yukarıda aktarılan örnek bakımından, iki taraf sisteminin davanın uzamasına ve karmaşıklaşmasına neden olduğunu iddia etmektedir¹⁶⁹. Ona göre, çok taraflı inşâî dava modeli kabul edilirse, bu davalar daha basit ve hızlı bir şekilde sonuçlanabilir¹⁷⁰. Şöyle ki, çok taraflı inşâî dava modeline göre, bu davalarda davacı ve davalı rolleri sabit olmayıp dava esnasında değişkenlik gösterebilir¹⁷¹. Mevcut davaya davacı olarak başlayan ortak, bir süre sonra davalı; davalı olarak başlayan ortak da bir süre sonra davacı konumuna geçebilir. Üstelik bu geçiş, onların ilk anda davadan ayrılmalarını da zorunlu kılmaz. Yazarın “rol değişikliği” (*Rollentausch*) adını verdiği bu durum¹⁷², taraf değişikliğinden farklıdır¹⁷³. Oysa iki taraf prensibinin uygulandığı sistemde, davacı ve davalı rolleri aynı dava içerisinde sabittir¹⁷⁴.

Buna karşı bir diğer görüş ise, iki taraflı dava sisteminin, yukarıdaki sorulara bir çözümünün olduğunu iddia eder¹⁷⁵. Şöyle ki, davacı tarafından davalı tarafa geçiş, ancak davanın geri alınması ve sonrasında diğer davacı tarafından bu kişinin davalı olarak gösterilmesiyle mümkündür. Bu durumda taraf değişikliği hükümleri uygulanacağı için, önceki yargılamada ortaya çıkan sonuçlar da korunmuş olur¹⁷⁶. Bu ihtimâlde, davanın geri alınması için her ne kadar diğer davalının rızası gerekse de, böyle bir rızanın gösterilmeyişi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir¹⁷⁷.

¹⁶⁸ Schmidt, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁶⁹ Schmidt, **a.g.e.**, s. 148.

¹⁷⁰ Schmidt, **a.g.e.**, s. V.

¹⁷¹ Bu yönde ayrıntılı olarak bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 155 vd.

¹⁷² Schmidt, **a.g.e.**, s. 155 vd.

¹⁷³ Schmidt, **a.g.e.**, s. 146 vd.

¹⁷⁴ Schmidt, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁷⁵ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁷⁶ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

¹⁷⁷ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307; Davalı taraftan davacı tarafa geçişin de yine taraf değişikliği hükümlerine göre yapılması gerektiği hakkında bkz. Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

İki taraf ve çok taraflı dava sistemlerinin olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin mevcut görüşler belirtildikten sonra şu yönde bir tespit yapılabilir: İki taraf sistemi, karmaşık ilişkilerin iki tarafa indirgenerek ele alınmasına imkân sağlar ve bu sebeple kanaatimizce de çok taraflı dava sistemine göre tercih edilmelidir. Üstelik çok taraflı dava sistemi, birden fazla dava konusunun aynı davada çözümlenmesini zorunlu kıldığı için yargılamanın yavaş ve karışık olmasına neden olabilir.

İki taraf prensibinin, özellikle ikiden fazla kişinin uyuşmazlık içinde bulunduğu durumlarda, bunların aynı dava içinde çözümlenmesine izin vermemesi yönüyle eleştirildiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce burada önemli olan şey, aynı dava içinde üç farklı tarafın yer alması değil; bu kişilere ait yargılamaların ortak yürütülmesidir. Aynı davada üç ve daha fazla tarafın bulunmasını yasaklayan iki taraf prensibi dahi, bu kişilere ait uyuşmazlıkların, birlikte yürütülecek tahkikatta çözümlenmesine ilişkin kurallar getirmiştir. Örneğin, aslî müdahalede (HMK m. 65), her ne kadar iki farklı dava olsa da (davacı-davalı; asli müdahil-davacı ve davalı) üç farklı taraf arasındaki uyuşmazlık birlikte çözümlenmeye çalışılır (HMK m. 65/2).

Aynı şekilde, davanın birleştirilmesine ilişkin düzenleme de (HMK m. 166) iki taraf prensibinin katılığını bir ölçüde yumuşatır. Bu düzenlemeye göre, aralarında bağlantı bulunan davalar birleştirilebilir¹⁷⁸. Birleştirilen davalar birbirlerinden bağımsız olma niteliğini korusa da¹⁷⁹, birleştirilen davalarda tahkikat birlikte (esas numarası aynı olan tek bir dava dosyasında) yürütülür¹⁸⁰. Davaların birleştirilmesi, bu yönüyle iki taraf prensibine önemli bir esneklik kazandırır. Çünkü birleştirilen davaların tarafları arasındaki uyuşmazlık ortak bir tahkikat sonucunda çözülecektir.

Şeklî bakımdan mecburî dava arkadaşlığı kurumu da iki taraf prensibine esneklik getirir. Çünkü dava arkadaşlığının bu türünde birden fazla kişi davalı tarafta

¹⁷⁸ İlhan E. Postacıoğlu, “Davaların Birleştirilmesi”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 105; İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 87 vd.

¹⁷⁹ Postacıoğlu, **Birleştirme**, s. 107 vd; Ermenek, **Birleştirme**, s. 247; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 456.

¹⁸⁰ Postacıoğlu, **Birleştirme**, s. 107 vd; Ermenek, **Birleştirme**, s. 247; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1444; Karafakih, **Usul**, s. 129; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 456.

zorunlu olarak yer almasına rağmen bunların birlikte hareket etmeleri gerekmez ve hüküm bunlar hakkında farklı yönde kurulabilir¹⁸¹. Örneğin, babalık davası kendisine re'sen ihbar edilen cumhuriyet savcısı (TMK m. 301/3), davada ayrı bir üçüncü taraf olarak değil, davalı babanın yanında mecburî dava arkadaşı olarak yer alır¹⁸² ve böylece ortak bir tahkikatta hepsinin bulunması sağlanmış olur.

Birden fazla davanın beraber görülmesine imkân tanıyan düzenlemeler aynı zamanda iki taraf prensibin katılığının yarattığı sakıncaların giderilmesine de hizmet eder. Öyleyse bu prensibi terk etmek yerine, onun maddî hukuktaki çok taraflı ilişkileri de düzenli ve hızlı bir şekilde çözmesine yarayacak araçları kullanmak ve geliştirmek daha uygun olacaktır.

Ç. İki Taraf Prensibi Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası

Ortaklığın giderilmesi davası, çok taraflı bir dava olarak nitelendirilemez. Çünkü üçüncü kişi, çok taraflı davalardan farklı olarak, bu davada taraf olarak yer alamaz. Ortaklığın giderilmesi davasında taraf olarak sadece paydaşlar yer alır. Çok taraflı davalarda birbirinden bağımsız talepler bulunmasına karşılık, ortaklığın giderilmesi davasında sadece paylaşırma talebi mevcuttur¹⁸³.

Öyleyse ortaklığın giderilmesi davası iki taraf prensibi kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu davaları, iki taraf sisteminin uygulandığı diğer davalardan ayıran iki önemli farklılık vardır:

- Öncelikle, iki taraf sisteminin menfaat çatışması üzerine kurulan yapısı, ortaklığın giderilmesi davasına uygun değildir. Bu davalarda, davacı ve davalı paydaşlar arasında, iki taraf prensibinin temelini oluşturan zıtlıktan bahsedilemez. Paydaşlar arasında çeşitli konularda uyuşmazlık bulunmakla birlikte, bu durum,

¹⁸¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 714; Tanrıver, **Usûl**, s. 558 vd; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 183 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 258.

¹⁸² Umar, **Şerh**, s. 254; ayrıca karş. Yılmaz, **Savcı**, s. 260 vd.

¹⁸³ Ortaklığın giderilmesi davasında dava konusu ile ilgili olarak bkz. aşa. VII.

onların menfaatlerinin zıt olduğu anlamına gelmez. Bu davalarda, her ne kadar paylaşımı isteyen ve istemeyen taraflar bulunabilse de, burada nihaî amaç genellikle aynıdır. Zira bu davanın kabul edilmesiyle, davacı ya da davalı tarafta yer alan bütün paydaşlar, paylarına kavuşur. Bu sebeple, bu davalarda bir tarafın davayı kazanması, diğer tarafın davayı kaybetmesi sonucunu doğurmaz. Oysa iki taraf prensibinin geçerli olduğu davalarda; bir tarafın davayı kazanması, diğerinin kaybetmesi anlamına gelir.

- İkinci olarak, bu davada yer alan bütün paydaşların birbirleriyle uyumsuzluk içinde olmaları mümkündür. Hâlbuki iki taraf prensibinde, sadece davacı ve davalı taraf arasında bir uyumsuzluk mevcuttur. Hatta bu olgu, dava arkadaşlığı durumunda bile değişmez. Nitekim davalı tarafta yer alan her bir mecburî dava arkadaşı ile davacı arasında bir uyumsuzluk bulunmakla birlikte¹⁸⁴, davalılar kendi aralarında bir uyumsuzluk yaşamaz. Bu sebeple usûl ilişkisi, davacı ile her bir davalı arasında kurulur¹⁸⁵ (Bkz. Şekil I). Oysa ortaklığın giderilmesi davasında, davacı ya da davalı konumunda bulunan bütün paydaşlar arasında bir uyumsuzluk yaşanabilir. Bu bakımdan bu davada, davalılar arasında dahi bir uyumsuzluk gündeme gelebilir. Örneğin, (A)'nın, ortaklığın satış yoluyla giderilmesi talebiyle (B), (C) ve (D)'ye karşı açmış olduğu davada; (B)'nin davanın reddini, (C)'nin aynen paylaşımı, (D)'ninse ortaklar arasında yapılacak bir artırımla paylaşım talep etmesi durumunda, uyumsuzluk ikiden fazla paydaş arasında ve birçok konuda ortaya çıkar.

Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, çok taraflı davalarda usûlî ilişki, sadece davacı ve davalı taraf arasında değil, dava arkadaşlarının kendi aralarında da kurulur¹⁸⁶. Ortaklığın giderilmesi davası, her ne kadar çok taraflı bir dava değilse de, ikiden fazla paydaşın uyumsuzluk içinde bulunması açısından, çok taraflı davayla benzerlik gösterir. Bu sebeple, çok taraflı davalar için ileri sürülen bu

¹⁸⁴ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 50, Rdnr. 8.

¹⁸⁵ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § Vor 50, Rdnr. 8.

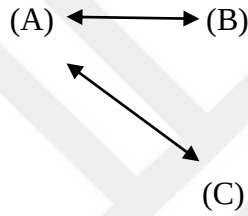
¹⁸⁶ Şahıs şirketlerinin haklı sebeple sona ermesini konu alan dava (§ HGB 133) açısından bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 119; ayrıca bkz. Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung: ZPO**, 76. Auflage 2018, § 62 Rdnr. 2; Diederich Eckardt, "Diskussionsbericht zu dem Referat von Prof. Spellenberg", Die Tagung der Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer (Bonn, 1992), **ZZP**, B. 106, H. 3, 1993, s. 343 vd.

görüş, kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davası açısından da benimsenebilir. Böylece bu davada usûl ilişkisi, sadece davacı ve davalı arasında değil, davada yer alan tüm paydaşlar arasında kurulur (Bkz. Şema II).

Taraflar Arasında Kurulan Usûlî İlişki:

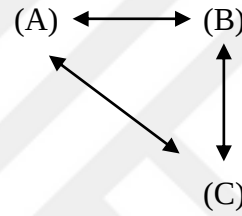
Şema I:

Dava Arkadaşlığı:



Şema II:

Ortaklığın Giderilmesi Davası:



Şema-II’de davacı (A), aynen paylaşırma, davalı (B) ise satış yoluyla paylaşırma talep ederken; diğer davalı (C) davanın reddini talep etmiş olsun. Böylece (C) açısından “karşı taraf” (A) ve (B); (B) açısından “karşı taraf” (A) ve (C); (A) açısından karşı tarafısa (B) ve (C) olacaktır. Oysa Şema-I’de davacı (A) açısından karşı taraf (B) ve (C) iken; (B) ve (C) açısından karşı taraf yine (A) olarak kalmaya devam edecektir. Bu bakımdan Şema-I’de, davadaki taraf rolleri sabitken, Şema-II’de bu roller değişkenlik gösterecektir.

Böylece taraf rollerinin keskin bir şekilde ayrılmasına neden olan iki taraf prensibinin bu özelliği, ortaklığın giderilmesi davasıyla uyumluluk göstermez. Bu sebeple, davadaki taraf rollerinin önem kazandığı bazı kurallar, ortaklığın giderilmesi davasında daha farklı uygulanmalıdır. Bu kapsamda özellikle taraf değişikliği, dava konusunun devri, tarafların temsili, dava arkadaşlığı, davadan feragat ve kanun yoluna başvuru gibi bazı konular, ortaklığın giderilmesi davasında daha farklı ele alınmalıdır¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Bu konular II. ve III. bölümde incelenmiştir.

Öğreti ve yargı kararlarında, ortaklığın giderilmesi davasının da aralarında bulunduğu birtakım davaların “çift taraflı dava” olarak nitelenlendirildiği görülmektedir. Bu şekilde bir sınıflandırmanın, iki taraf sisteminin söz konusu davalar için uygun olmayan bazı sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Böylece bir tarafın aynı anda hem davacı hem de davalı olamaması kuralı, bu davalar açısından çift taraflı dava kavramıyla yumuşatılmış olmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için “çift taraflı dava” kavramının ortaya konulması gerekir.



III. Çift Taraflı Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Medenî Usûl Hukukunda Çift Taraflı Dava

1. Çift Taraflı Dava Kavramı

a. Anlamı

Bir davada, davacı talep sonucunu haklı kılmaya yarayan vakıaları ileri sürerek lehine bir hüküm elde etmeye çalışırken; davalı da savunmaya ilişkin vakıaları ileri sürerek davanın reddedilmesini ister. Burada taraflar ve onların menfaatleri arasında tam bir zıtlık bulunur. Ancak böyle bir zıtlığın söz konusu olmadığı ve tüm taraflar için ortak bir amacın bulunduğu bazı davalar da mevcuttur. Böyle davalarda taraflar arasında çeşitli konularda uyumsuzluk bulunsada dahi, normal bir davadaki zıtlık ilişkisi mevcut değildir¹⁸⁸. Genellikle paylaşırma davalarında görülen bu durumda, her iki tarafta yer alan paydaşlar, paylaşırma hükmüyle kendi haklarını elde etmiş olur. Zira verilen hüküm her iki taraf için de aynı sonucu doğurur. Böylece bir tarafın davayı kazanması, diğeri için davanın kaybedilmesi anlamına gelmez. Davaların bu özelliğı, çeşitli hukuk sistemlerinde, bu davaların çift taraflı dava kapsamında değerlendirilmesine neden olmuştur.

Çift taraflı dava kavramı Roma hukukunda ortaya çıkmış¹⁸⁹; daha sonra Müşterek hukukta ve Pandekt hukukunda da bu kavramın kullanıldığı görülmüştür¹⁹⁰.

Roma hukukunda özellikle iki dava türünün birbirinden ayrıldığı görülmüştür. *Actio simplex* olarak adlandırılan davanın sonunda davanın reddine ya da davalının talep sonucunda istenmiş olan şeyi yerine getirmesine karar verilir¹⁹¹. Bu davalarda

¹⁸⁸ Max Kaser/Karl Hackl, **Das Römische Zivilprozessrecht**, C.H. Beck, München, 1996, s. 204.

¹⁸⁹ Ernst Eck, **Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts**, Berlin 1870, s. 2.

¹⁹⁰ Bu yönde bkz Eck, **a.g.e.**, s. 2.

¹⁹¹ Heinrich Dernburg/Paul Sokolowski, **System des römischen Rechts, Erster Teil: Der Pandekten**, Berlin, 1911, s. 256.

bir taraf lehine hüküm kurulması, karşı tarafın aleyhine bir sonuç doğurmaz. Bu sebeple Roma hukukunda bu davalar için basit ya da tek yönlü dava anlamına gelen *actio simplex* ismi tercih edilmiştir¹⁹². *Actio simplex*'in zıttı *actio duplex* olup bu dava türünde, diğerinden farklı olarak, bir tarafın lehine hüküm kurulması kural olarak diğerinin aleyhine bir sonuç doğurmaz. Bu davaların sonunda verilen hüküm, her iki taraf için de aynı anlama gelir.

Roma hukukunda; paylı mülkiyetin paylaşılması davası (*actio communi dividundo*), mirasın paylaşılması davası (*actio familiae erciscundae*) ve sınır tespiti davası (*actio finium regundorum*) *actio duplex* olarak sınıflandırılmaktaydı¹⁹³.

Roma Hukuku'ndaki *actio duplex* kavramının, daha sonra Türk ve İsviçre hukukunda da birtakım davalar için kullanıldığı görülmektedir. İsviçre hukuk öğretisinde *actio duplex*, özel dava türleri başlığı altında değerlendirilip¹⁹⁴ onun bilhassa karşı dava ile ilişkisi üzerinde durulmakta ve konu, bu davalarda karşı dava açılmasına gerek olmaması yönüyle incelenmektedir. İsviçre hukukunda çift taraflı dava şu şekilde tanımlanır: İhtilâflı olan hukukî ilişki gereği, davalının karşı dava açmasına gerek kalmaksızın kendi hakkının hüküm altına alınmasını talep edebileceği davalardır¹⁹⁵.

Türk hukukunda ise çift taraflı dava konusu ayrıntılı olarak incelenmemiş; sadece bazı davalar çift taraflı olarak nitelendirilmiştir. Bu kapsamda, hukukumuzda

¹⁹² Karl Ludwig Arndts von Arnesberg, **Lehrbuch der Pandekten**, 6. Aufl, München, 1868, s. 141.

¹⁹³ Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, B. 5, Berlin 1841, s. 151.

¹⁹⁴ Isaak Meier/Miguel Sogo, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Schulthess, Zürich, 2010, s. 224; Daniel Willisegger, **Grundstruktur des Zivilprozesses**, Schulthess, Zürich, 2014, s. 147; Annette Dolge, **Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, s. 212 vd.

¹⁹⁵ Tanım için bkz. Alain Grieder, **Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016, s. 69; Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010, s. 117; Michael Werner, **Widerklage auf nationaler und internationaler Ebene**, Verlag Paul Haupt, Bern/Stuttgart/Wien, 2002, s. 21; Karl Spühler (Bearb.), **Basler ZPO**, 2. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013, Art. 84, Rdnr. 21.

ortaklığın giderilmesi davası¹⁹⁶ ve mirasın paylaşılması davası¹⁹⁷ çift taraflı dava olarak kabul edilmektedir.

Çift taraflı davaların dayanağı esasen maddî hukuktur¹⁹⁸. Maddî hukuktaki bazı ilişkiler, söz konusu davanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Genellikle bu durum bir ortaklık ilişkisinden kaynaklanır¹⁹⁹. Kişiler arasındaki bu ortaklık ilişkisi, paylı veya elbirliği mülkiyeti şeklinde olabilir. Nitekim mirasın paylaşılması, ortaklığın giderilmesi ve adi ortaklığın sona ermesi davaları bu kapsamda değerlendirilir.

Çift taraflı davalarda yine bir davacı ve davalı vardır; ancak bu roller sadece şeklî bir anlam taşır²⁰⁰. Çünkü bu davalarda her iki taraf, davacı ve davalıya ait özelliklere aynı anda sahip olur²⁰¹. Öyle ki bu davalarda davalı taraf da sanki aynı konuda bir dava açmış gibi değerlendirilir²⁰².

Kanaatimizce çift taraflı davaların iki temel özelliği vardır:

- Taraflar arasındaki hukukî ilişki, her iki tarafa da aynı şeyi talep edebilecekleri bir dava açma hakkı verir. Diğer bir ifadeyle, taraflar bu davada aynı

¹⁹⁶ Kuru, **C. VI**, s. 6235; Aybay, **a.g.e.**, s. 37 vd; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970-71, s. 321; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303 vd; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 428; Türkan Yabancı, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, AÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997, s. 37.

¹⁹⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 138 vd; Avcı, **a.g.e.**, s. 74 vd; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 7. Bası, XII Levha, İstanbul, 2018, s. 165; Ali Naim İnan/Şeref Ertay/Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, 9. Bası, Bilge Yayınevi, 2015, s. 538; ayrıca bkz. Tolunay Ozanemre Yayla, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 252 vd.

¹⁹⁸ Rafael Klingler, **Schulthess ZPO**, 3. Aufl., Schultess, 2016, s. 1863; Thomas Sutter Somm/Alain Grieder, **Schulthess ZPO**, s. 101; Laurent Killias (Bearb.), **BK ZPO II**, Stämpfli Verlag, Bern, 2012, Art. 224, Rdnr. 14.

¹⁹⁹ Miguel Sogo, **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren**, ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 152, 2007, s. 58.

²⁰⁰ von Arnesberg, **a.g.e.**, s. 141.

²⁰¹ Georg Friedrich Puchta, **Lehrbuch der Pandekten**, 9. Aufl, Leipzig 1863, s. 131; Joseph Unger, **System des österreichischen allgemeinen Privatrechts**, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1859, s. 612, dn. 27; genel olarak bkz. Eck, **a.g.e.**, s. 2.

²⁰² Puchta, **a.g.e.**, s. 131; Unger, **a.g.e.**, s. 612, dn. 27.

sebebe dayanarak aynı şeyi talep ederler. Örneğin, ortaklığın giderilmesi davasında her bir paydaş, paylı mülkiyet ilişkisinde pay sahibi olduğunu iddia ederek paylaştırma talep edebilir. Yine mirasın paylaştırılması davasında her bir mirasçı, kendilerinin mirasçı olduğunu ileri sürüp mirasın paylaştırılmasını talep eder. Dolayısıyla bu davalarda her iki taraf için hem dava sebebi hem talep sonucu aynıdır.

- Çift taraflı davalarda taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliği gereği, davacının yanısıra davalıların lehine de hüküm kurulur. Kurulan bu hükümle davalılar da hakkına kavuşmuş olur. Örneğin, ortaklığın giderilmesi davasında kurulan hükümle her bir paydaş payına denk gelen şeye sahip olur. Yine mirasın paylaştırılması davasında kurulan hükümle her bir mirasçı, terekede yer alan belirli bir mala sahip olur veya onun satışından elde edilen değer kendilerine verilir. Sınır tespiti davasında da²⁰³, kurulacak olan hükümle davalının sahip olduğu arazi, yüzölçüm olarak artabilir. Görüldüğü üzere, bu üç davada sadece davacıya değil aynı zamanda davalıya da hakkı verilmiş olur. Öyleyse bir davada bu iki ölçütün bulunması durumunda kanaatimizce onun çift taraflı dava olarak değerlendirilmesi gerekir.

b. Terim Sorunu

Çift taraflı dava için mukayeseli hukukta *doppelseitige Klage*²⁰⁴, *actio duplex*²⁰⁵, *zweiseitige Klage*²⁰⁶, *judicia duplicia*²⁰⁷, *Iudicia duplicia*²⁰⁸, *actiones*

²⁰³ Sınır tespiti davasıyla komşu arazi sahipleri arasında arazinin sınırlarına ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklar giderilmiş olur. Bu konu hakkında bkz. a.ş. III, A, 3, ç.

²⁰⁴ Karl von Wyss, **Die Widerklage mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozessgesetze**, Schultess & Co., Zürich, 1906, s. 24; Werner, a.g.e., s. 21.

²⁰⁵ Örneğin bkz. Daniel Abt/Thomas Weibel, **Erbrecht**, 3. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, s. 1471; Spühler **Basler ZPO**, Art. 84, Rdnr. 21 vd.; von Wyss, a.g.e., s. 24; Werner, a.g.e., s. 21.

²⁰⁶ Bkz. Bundesgericht, 1. Zivilkammer, 07.03.2006, 4C.367/2005, E. 2.2.1.

²⁰⁷ Unger, a.g.e., s. 611.

²⁰⁸ Pascal Simonius/Thomas Sutter, **Schweizerisches Immobiliarsachenrecht**, B. I, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1995, s. 144.

*duplices*²⁰⁹; Türk hukukunda ise *çift taraflı dava*²¹⁰, *çift yönlü dava*²¹¹, *iki taraflı dava*²¹², *karşılıklı dava*²¹³, *actio duplex*²¹⁴ ifadeleri kullanılmıştır.

Türk hukukunda bu davalara çift taraflı dava denilmesinin temel nedeni, davanın kabul edilmesi durumunda hükmün davacıya karşı da icra edilebilmesidir²¹⁵. Davacı, kurulan hükmün bir sonucu olarak, kendisine ayrılmamış olan payları terk etmek zorunda kalabilir²¹⁶. İsviçre hukukunda bu davaların *doppelseitige Klage* olarak isimlendirilmesinin gerekçesi, bu davalarda davacı ve davalı rollerinin iç içe geçmesi; davalının aynı zamanda davacı gibi değerlendirilmesidir²¹⁷.

Türk hukukunda bu davalar için tercih edilen terimlerin hepsi davanın özellikli durumunu anlatması bakımından isabetlidir. Ancak bu davalar için karşılıklı dava denilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen karşı dava (m. 134) ile karıştırılabileceği için kanaatimizce uygun değildir. Çalışmada bu davalar için çift taraflı dava terimi tercih edilmiştir. Burada yer alan “çift taraf” ibaresi, davacı ve davalı tarafta yer alan paydaşların çift rolü bulunduğunu anlatır. Zira taraflar, bu davada aynı anda hem davacı hem de davalı olarak değerlendirilir.

2. Çift Taraflı Davaların Özellikleri

a. Tarafların Aynı Anda Hem Davacı Hem Davalı Olarak Değerlendirilmesi

Bir davada tarafların aynı anda hem davacıya hem de davalıya ilişkin özelliklere sahip olması mümkün değildir. Buna karşılık, ihtilâflı olan uyuşmazlığın

²⁰⁹ Thomas Sutter-Somm, “Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen”, **SZZP**, 2007/15, s. 304.

²¹⁰ Bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 139; Avcı, **a.g.e.**, s. 73.

²¹¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 142.

²¹² Yarg. 14. HD, 29.3.2018, E. 2018/54, K. 2018/2416 (karararama.yargitay.gov.tr).

²¹³ Yarg. 20. HD, 24.10.2017, E. 2017/4893, K. 2017/8277 (karararama.yargitay.gov.tr).

²¹⁴ Aybay, **Taksim**, s. 37 vd; Avcı, **a.g.e.**, s. 74.

²¹⁵ Aybay, **Taksim**, s. 38.

²¹⁶ Aybay, **Taksim**, s. 38.

²¹⁷ Peter Robert Reutlinger, **Die Voraussetzungen der Widerklage**, Diss, Basel, 1981, s. 22.

niteliği gereği çift taraflı davalarda davacı ve davalı rolleri iç içe geçmiş olup²¹⁸ bu davalarda taraflar aynı anda hem davacı hem davalı olarak değerlendirilir²¹⁹. Çünkü davanın her iki tarafının da bu davayı açma hakkı vardır. Örneğin, ortaklığın giderilmesi davasını davacı taraf kadar davalı taraf da açabilirdi²²⁰. Nitekim Türk Medenî Kanunu’nun 698. maddesine göre, “*paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir.*”

Çift taraflı davalarda davacı ve davalı rolleri, davanın ilk olarak hangi paydaş tarafından açıldığına göre belirlenir²²¹. Dolayısıyla bu roller sadece şeklî bir anlam taşır²²². Davanın tarafları aynı role sahip kabul edildiğinden, bir tarafın davayı kazanması diğer tarafın davayı kaybetmesi anlamına gelmez.

Çift taraflı davalarda davacı da bir yönüyle davalı gibi değerlendirilir. Örneğin ortaklığın giderilmesi davasında verilen paylaşırma hükmü, davacıya karşı da icra edilir²²³. Böylece davacı, kendine ayrılan pay dışında kalan diğer payları terk etmek zorunda kalır²²⁴. Yine davacı, paylaşırma hükmünün gereği olarak, zilyedi bulunduğu taşınırı davalıya teslim etmek zorunda kalabilir (İİK m. 24).

²¹⁸ Jost, **a.g.e.**, s. 39; von Wyss, **a.g.e.**, s. 24; Esser, **a.g.e.**, s. 12; Grieder, **a.g.e.**, s. 69; bu yöndeki kararlar için bkz. Zürich Obergericht, 21.01.2016, LC150026, E. 5.3.3.1 (**Entscheide des Obergerichts des Kanton Zürich**); Zürich Obergericht, 02.12.2015, LC150031, E. 5.2. (**Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich**).

²¹⁹ Jost, **a.g.e.**, s. 39; von Wyss, **a.g.e.**, s. 24; Esser, **a.g.e.**, s. 12; Grieder, **a.g.e.**, s. 69; bu yöndeki kararlar için bkz. Zürich Obergericht, 21.01.2016, LC150026, E. 5.3.3.1 (**Entscheide des Obergerichts des Kanton Zürich**); Zürich Obergericht, 02.12.2015, LC150031, E. 5.2. (**Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich**).

²²⁰ Martin Koenig, **Die Widerklage im Eheprozess**, Rüegger CH, Diessenhofen, 1977, s. 8; Reutlinger, **a.g.e.**, s. 22.

²²¹ Knut Wolfgang Nörr, **Romanisch-kanonisches Prozessrecht**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2012, s. 23.

²²² von Arnesberg, **a.g.e.**, s. 141.

²²³ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18; Christoph Brunner/Jürg Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 17; Aybay, **Taksim**, s. 38; Aral, **a.g.e.**, s. 139; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303; Francesco Wicki, “Considerazioni Sull’actio duplex nel diritto Svizzero”, **SZZP**, 2009/1, s. 108; Unger, **a.g.e.**, s. 612, dn. 26; Rudolph Sohm, **The Institutes; A Textbook of the History and System of Roman Private Law** (çev. James Crawford Ledlie), Clarendon Press, 1907, s. 334.

²²⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 17; Aybay, **Taksim**, s. 38; Aral, **a.g.e.**, s. 139; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303.; Wicki, **a.g.m.**, s.

b. Davanın Kabul Edilmesi Durumunda Davalı Lehine de Hüküm Kurulması

Bir davada davalının elde edebileceği en iyi sonuç, kendisine karşı açılmış olan davanın reddedilmesidir²²⁵. Zira davanın kabul edilmesi durumunda, kural olarak, davalı bir şey vermeye veya yapmaya mahkûm edilir. Oysa çift taraflı davalarda bu durum farklıdır. Bu davalarda davanın kabul edilmesi, aynı zamanda davalı lehine de sonuç doğurur²²⁶.

Çift taraflı davalarda davalı lehine hüküm kurulması için onun karşı dava açmasına gerek yoktur²²⁷. Örneğin ortaklığın giderilmesi davasında davalı paylaştırmaya ilişkin talebini karşı dava açmadan²²⁸ ileri sürebilir²²⁹. Yine mirasın paylaştırılması davasında davalı mirasçı, karşı dava açmadan, terekede bulunan bir malın kendisine tahsis edilmesini isteyebilir²³⁰. Normal şartlarda bu nitelikte bir talebin ancak karşı dava ile ileri sürülmesi gerekirdi²³¹.

Çift taraflı davalarda karşı dava açılmasına gerek olmaması taraflar arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden kaynaklanır. Söz konusu davaların konusunu hem davacının hem de davalının hakkı oluşturur. Örneğin, ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesi durumunda sadece davacı değil; davalı da payına kavuşmuş olur. Diğer bir ifadeyle, burada sadece davacının değil aynı zamanda davalı paydaşın

108; Arthur Jost, **Der Erbteilungsprozess im schweizerischen Recht**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1960, s. 39.

²²⁵ Umar, **Şerh**, s. 419.

²²⁶ Ortaklığın giderilmesi davası açısından bkz. Umar, **Şerh**, s. 419; ayrıca bkz. Özgür, **a.g.e.**, s. 128.

²²⁷ Grieder, **a.g.e.**, s. 69; Sogo, **a.g.e.**, s. 57.

²²⁸ İsviçre hukukunda her ne kadar çift taraflı davalarda karşı dava açılmasına gerek olmadığı belirtilse de, kanaatimizce bu davalarda çeşitli sebeplerle karşı dava açılması zaten mümkün değildir. Bu konu hakkında bkz. aşa. IV, B, 2.

²²⁹ “[...] Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davalarda davalı da davacı gibi aynı haklara sahiptir. Bu nedenle davacının satış suretiyle paylaşma istemesi davalıların aynen paylaşma istemesine engel teşkil etmez [...]” Yarg. 6. HD, 2.7.2012, E. 2012/7160, K. 2012/9931 (Kazancı).

²³⁰ Sutter Somm/Seiler, **Schulthess ZPO**, s. 508.

²³¹ Grieder, **a.g.e.**, s. 69.

payı da bu davanın konusunu teşkil eder. Hâlihazırda dava konusu edilmiş bir şey için karşı dava açılmasına gerek ve imkân yoktur²³².

3. Çift Taraflı Dava Örnekleri

a. Ortaklığın Giderilmesi Davası

Hem Türk²³³ hem de İsviçre hukukunda²³⁴ ortaklığın giderilmesine ilişkin davalar çift taraflı dava olarak kabul edilmektedir. Bu davaların çift taraflı değerlendirilmesinin temel nedeni, davanın kabul edilmesi durumunda davacı için de bir mahkûmiyet hükmü kurulmasıdır²³⁵. Bu duruma, davada ileri sürülen talebin niteliği neden olur²³⁶. Zira davacının talebinin kabul edilmesi, aynı zamanda davalı konumunda bulunan paydaşlara da paylarının verilmesi anlamına gelir. Bunun için de hem davalı hem de davacının, paylaşırma sonucu kendilerine isabet etmeyen parçaları terk etmeleri gerekir²³⁷. Aksi takdirde, birlikte mülkiyete konu şeyin paylaşılması mümkün olmazdı.

Kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı dava olarak kabul edilmesi isabetlidir. Çünkü uyuşmazlığın her iki tarafı aynı sebebe (paydaş olma durumu) dayanarak aynı talep sonucunu (paylaşırma) ileri sürebilir. Diğer bir ifadeyle, aynı vakıa her iki tarafa da aynı talep sonucunu içeren dava açma hakkı

²³² Bu konu hakkında bkz. aşa. IV, B, 2.

²³³ Kuru, **C. VI**, s. 6235; Aybay, **a.g.e.**, s. 37 vd; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970-71, s. 321; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 305; Eren, **Mülkiyet**, s. 125; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303 vd; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 428; Özgür, **a.g.e.**, s. 108; Türkan Yabancı, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, AÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997, s. 37; Nafi Pakel, “Ortaklığın Giderilmesi Davası –Mahiyeti ve Özelliği–”, **İBD**, 2009/1, s. 162; Erdem Ateşagaoglu/Ceyhun Elgin, “Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatiksel Bir Analiz”, **TBB Dergisi**, 2018/139, s. 226.

²³⁴ Thomas Sutter-Somm, **Sachenrecht**, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel, 2014, s. 121; Barbara Graham-Siegenthaler (Bearb), **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Sachenrecht**, 3. Aufl, Schultess, 2016, Art. 651, Rdnr. 10; Arthur Meier-Hayoz, **Das Sachenrecht**, I. Teilband: Artikel 641-654 ZGB, 5. Aufl, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981, Art. 651, Rdnr. 18; Grieder, **a.g.e.**, s. 78.

²³⁵ Aybay, **Taksim**, s. 38.

²³⁶ Aybay, **Taksim**, s. 38.

²³⁷ Aybay, **Taksim**, s. 38.

verir. Yine bu dava sonunda kurulan hükümle sadece davacı değil, aynı zamanda davalı da hakkına kavuşmuş olur.

Mirasın paylaşılması davası da, Türk ve İsviçre hukukunda çift taraflı bir dava olarak kabul edilmektedir²³⁸. Zira mirasın paylaşılmasında davalı mirasçılar da karşı dava açmadan, kendi taleplerinin hüküm altına alınmasını isteyebilir²³⁹. Örneğin davalı, karşı dava açmadan terekedeki belli bir malın kendisine tahsis edilmesini talep edebilir²⁴⁰. Davalı tarafta yer alan mirasçılar da, bu davada paylaştırmaya ilişkin taleplerini ileri sürmelidir.

Mirasın paylaşılması davasının çift taraflı dava olarak kabul edilmesi isabetlidir. Çünkü uyuşmazlığın tarafları aynı sebebe (mirasçı olma durumu) dayanarak aynı talep sonucunu (mirasın paylaşılması) ileri sürebilir. Diğer bir ifadeyle, aynı sebep her iki tarafa da aynı talep sonucunu içeren dava açma hakkı verir. Yine bu davada kurulan hükümle her bir mirasçı, terekede yer alan belirli bir mala sahip olur veya onun satışından elde edilen değer kendilerine verilir.

b. Adî Ortaklığın Feshi Davası

Adi ortaklıkta her bir ortak, ortaklık için edinilen şeylere elbirliği şeklinde mâlik olur (TBK m. 638/3). Her bir ortak aynı zamanda haklı sebebin varlığı hâlinde bu ortaklığın feshi için mahkemeye başvurabilir. Bu davanın olumlu sonuçlanması durumunda ortaklık feshedilmiş olur.

²³⁸ İsviçre hukuku için bkz. Lionel Harald Seeberger, **Die Richterliche Erbteilung**, Universitätsverlag Freiburg, 1992, s. 91 vd; Klingler, **Schulthess ZPO**, s. 1615; Thomas Sutter Somm / Dario Ammann, **Die Revision des Erbrechts**, Schulthess Verlag, Zürich, 2015. s. 88; Türk hukuku için bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 138 vd; Avcı, **a.g.e.**, s. 74 vd; Hüseyin Hatemi, **Miras Hukuku**, 7. Bası, XII Levha, İstanbul, 2018, s. 165; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, 9. Bası, Bilge Yayınevi, 2015, s. 538; ayrıca bkz. Tolunay Ozanemre Yayla, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 252 vd.

²³⁹ Klingler, **Schulthess ZPO**, s. 1615; Sutter Somm/Ammann, **a.g.e.**, s. 88; karşı. Robert Kehl, “Das Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage”, **SJZ**, 1952/3, s. 38.

²⁴⁰ Thomas Sutter Somm/Benedikt Seiler, **Schulthess ZPO**, s. 508.

İsviçre hukukunda adî ortaklığın feshi davası çift taraflı dava olarak kabul edilir²⁴¹. Böylece davalı ortaklar, karşı dava açmadan kendi taleplerinin hüküm altına alınmasını isteyebilir²⁴².

Kanaatimizce adî ortaklığın feshi davasının Türk hukukunda da çift taraflı dava olarak kabul edilmesi gerekir. Çünkü uyuşmazlığın tarafları aynı dava sebebine dayanarak aynı talep sonucunu (adî ortaklığın feshini) ileri sürebilir. Diğer bir ifadeyle, aynı sebep her iki tarafa da aynı talep sonucunu içeren dava açma hakkı verir. Yine bu dava sonunda kurulacak hükümle hem davacı hem de davalı ortaklar arasında adî ortaklığa ilişkin mallar paylaşılır.

c. Sınır Tespiti Davası

Komşu arazi sahipleri arasında, arazinin sınırları hakkında bir uyuşmazlık çıkarsa, her iki taraf da sınır tespiti için dava açabilir²⁴³. İsviçre hukukunda sınır tespitine ilişkin davalar, çift taraflı davalar arasında gösterilir²⁴⁴. Çift taraflı dava olan sınır tespiti davasında davalı, karşı dava açmasına gerek kalmaksızın, sınırların tespit edilmesine yönelik talepte bulunabilir²⁴⁵.

Kanaatimizce sınır tespiti davasının çift taraflı dava olarak kabul edilmesi isabetlidir. Çünkü uyuşmazlığın tarafları aynı sebebe dayanarak aynı talep sonucunu (sınır tespiti) ileri sürebilir. Diğer bir ifadeyle, aynı sebep her iki tarafa da aynı talep sonucunu içeren dava açma hakkı verir. Hatta bu davada kurulan hükümle, davalının sahip olduğu arazinin duruma göre yüzölçüm olarak artması dahi söz konusu olabilir.

²⁴¹ Klingler, **Schulthess ZPO**, s. 1615; Grieder, **a.g.e.**, s. 80.

²⁴² Klingler, **Schulthess ZPO**, s. 1615; Grieder, **a.g.e.**, s. 80.

²⁴³ Aydın Zevkliler, **Gayrimenkul Sınır İhtilafları**, Pars Matbaası, Ankara, 1976, s. 142 vd; Saim Üstündağ, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, Baha Matbaası, İstanbul, 1959 s. 153 vd; ayrıca bkz. Kadastro Kanunu m. 30/3; Grieder, **a.g.e.**, s. 79.

²⁴⁴ Urs W. Studer/Victor Rüegg/Heiner Eiholzer, **Der Luzerner Zivilprozess**, Kriens, 1994, s. 149; Grieder, **a.g.e.**, s. 80; Simonius/Sutter, **a.g.e.**, s. 144.

²⁴⁵ Thomas Engler, **OFK ZPO**, 2. Aufl, Orell Füssli Verlag AG, 2015, Art. 224, Rdnr. 3; Grieder, **a.g.e.**, s. 80.

ç. Boşanma Davası

İsviçre hukukunda nihayet boşanma davası da çift taraflı davalar arasında gösterilir²⁴⁶. Dolayısıyla davalı taraf, karşı dava açmasına gerek kalmadan, boşanma davasının yan sonuçlarına ilişkin taleplerde bulunabilir²⁴⁷. Boşanma davasının yan sonuçlarına ilişkin talepler; mal rejiminin tasfiyesine²⁴⁸ veya nafakaya yönelik olabilir²⁴⁹. Boşanma davasında davalı eş, mal rejiminin tasfiyesi veya nafaka talebini karşı dava açmadan ileri sürebilir²⁵⁰.

Kanaatimizce boşanma davasının çift taraflı dava olarak kabul edilmesi, İsviçre hukukunda bu davanın arz ettiği özellikten kaynaklanır. Çünkü İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak²⁵¹, boşanmanın birliği ilkesi mevcuttur²⁵². Bu sebeple bu davada, boşanma hükmünün yanısıra buna bağlı diğer sonuçlar da kural olarak hüküm altına alınmalıdır²⁵³. Bu talepler, mal rejiminin tasfiyesine veya nafakaya ilişkin olabilir²⁵⁴. Özellikle boşanma sebebi tespit edilip de artık sadece sonuçlarının tartışıldığı durumlarda davalı eş, karşı dava açmadan kendi haklarına ilişkin çeşitli taleplerde bulunabilir²⁵⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre,

²⁴⁶ Thomas Sutter Somm/Milan Lazic, **Schulthess ZPO**, s. 2191; Klingler, **Schulthess ZPO**, s. 1615 ve 1863; Grieder, **a.g.e.**, s. 76.

²⁴⁷ Sutter Somm/Lazic, **Schulthess ZPO**, s. 2192; Grieder, **a.g.e.**, s. 76; Thomas Müller (Bearb.), **Müller/Wirth GG**, Schulthess, Zürich, 2001, Art. 6, Rdnr. 9; Sabine Herzog (Bearb.), **Baker&McKenzie Schweizerische ZPO**, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, Art. 291, Rdnr. 4.

²⁴⁸ Daniel Staehelin/Pascal Grolimund/Adrian Staehelin, **Zivilprozessrecht**, 2. Aufl, Schulthess, Zürich, 2013, s. 225; Adrian Staehelin/Thomas Sutter, **Zivilprozessrecht**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, s. 145.

²⁴⁹ Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 158; Grieder, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Müller, **a.g.e.**, Art. 6, Rdnr. 9.

²⁵⁰ Staehelin/Grolimund/Staehelin, **a.g.e.**, s. 225; Staehelin/Sutter, **a.g.e.**, s. 145; Leuenberger/Uffer-Tobler, **a.g.e.**, s. 158; Grieder, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Müller, **a.g.e.**, Art. 6, Rdnr. 9.

²⁵¹ Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi ile ilgili olarak bkz. Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 210 vd.

²⁵² Heinz Hausheer/Annette Spycher, **Handbuch des Unterhaltsrechts**, 2. Aufl, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, s. 252.

²⁵³ Hausheer/Spycher, **a.g.e.** s. 252.

²⁵⁴ Grieder, **a.g.e.**, s. 76 vd.; Müller, **Müller/Wirth GG**, Art. 6, Rdnr. 9.

²⁵⁵ Daniel Bähler, **Dike ZPO**, 2. Aufl, Dike, Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 290, Rdnr. 21.

boşanma kararı verilmeden önce, boşanma davasının reddini isteyen davalıya, ayrıca boşanmanın sonuçlarına ilişkin diğer taleplerini sunabilmesi için tekrar bir imkân verilmelidir²⁵⁶.

Türk hukukunda ise durum farklıdır. Çünkü hukukumuzda boşanmanın diğer sonuçlarına ilişkin talepler hakkında kural olarak bir karşı dava açılması gerekir. Nitekim Yargıtay’a göre, boşanma davasında, karşı dava açılmadan talep edilen maddî tazminat hakkında hüküm kurulması mümkün değildir²⁵⁷.

Türk hukukunda boşanma davası, kanaatimizce her durumda bir çift taraflı dava olarak değerlendirilemez. Çünkü zina (TMK m. 161) veya terk (TMK m. 164) gibi durumlarda sadece bir tarafın boşanma davası açma hakkı vardır. Diğer taraf burada savunma pozisyonunda kalır. Fakat bazı durumlarda aynı boşanma sebebi aynı anda her iki tarafa da boşanmayı isteme hakkı verebilir. Örneğin, Türk Medenî Kanunu’nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen sebebe dayanılarak açılan boşanma davasını diğer boşanma davalarından ayırmak gerekir. Bu hükme göre, boşanma davasının reddine ilişkin hükmün kesinleşmesi anından başlayarak üç yıl içinde ortak hayat yeniden tesis edilememişse evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir.

Öğretide *Hatemi*’ye göre, Türk Medenî Kanunu’nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen sebebe dayanılarak açılan boşanma davası, çift taraflı bir dava olarak nitelendirilebilir²⁵⁸. Bu görüşe göre, bu dava her iki eş tarafından da açılabileceğinden bu dava çift taraflı dava olarak değerlendirilmelidir²⁵⁹. Yine bu görüşe göre, davacının feragat beyanına rağmen

²⁵⁶ BGE 102 II, 153, E. 2.b; ayrıca bkz. Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, s. 149.

²⁵⁷ “[...] *Davalının istediği maddi tazminat, boşanmanın eki niteliğinde değildir. Harcı verilerek usulüne uygun bir dava ya da karşı davası bulunmamaktadır. Bu istekle ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına karar verilecek yerde, kesin hüküm oluşturacak şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır* [...]” Yarg. 2. HD, 3.3.2005, E. 2005/1156, K. 2005/3188 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 25.4.2006, E. 2005/18489, K. 2006/6246 (Kazancı).

²⁵⁸ Hatemi, **a.g.e.**, s. 165.

²⁵⁹ Hatemi, **a.g.e.**, s. 165.

davalının davaya devam edebilmesi²⁶⁰ mümkün olmalıdır²⁶¹. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Çünkü burada, ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, aynı sebep her iki tarafa da aynı sonucu isteyebilecekleri bir dava açma hakkı verir. Öyleyse burada söz konusu sebebe dayanılarak aleyhine dava açılan eş, karşı dava açmasına gerek kalmadan boşanma talep edebilmelidir.

4. Çift Taraflı Davanın Karşı Dava ile İlişkisi

a. Karşı Davanın Tanımı ve Hukukî Niteliği

Davalı, asıl dava konusuyla bağlantılı talebi hakkında, cevap dilekçesiyle davacıya karşı bir dava açabilir. Bu davaya, karşı dava adı verilir (HMK m. 132)²⁶².

Karşı dava, istenilen hukukî himaye çeşidine göre dava türlerinden biri değildir. Nitekim karşı dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da dava çeşitleri başlığında değil; cevap dilekçesi başlığı altında düzenlenmiştir. Zira karşı dava; eda, tespit ya da inşaî dava şeklinde ortaya çıkabilir²⁶³.

Karşı davanın hukukî niteliği hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁶⁴. Bir görüşe göre karşı dava, bir "iddia ve savunma aracı"dır (*Angriffs- und Verteidigungsmittel*)²⁶⁵. İddia aracı kavramından temel olarak davanın ya da karşı davanın haklılığını göstermek için ileri sürülen şeyler anlaşılır²⁶⁶. Davanın reddi için

²⁶⁰ Çift taraflı davalardan olan ortaklığın giderilmesi davasında da, davacının feragat beyanı, davayı hemen sona erdirmez. Diğer davaların aksine, bu durumda davalılara, davaya devam etmek isteyip istemediklerinin ayrıca sorulması gerekir (Bu konu hakkında bkz. aşağıda XI, A, 2).

²⁶¹ Hatemi, **a.g.e.**, s. 165.

²⁶² Bu konu hakkında bkz. Cenk Akil, **Kısmî Dava**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 63 vd; Karafakih, **Usul**, s. 150; Önen, **Yargılama**, s. 173; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 213; Agnieszka Okonska, **Die Widerklage im Zivilprozessrecht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, s. 67; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 398 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 277 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 97, Rdnr. 1.

²⁶³ Arwed Blomeyer, **Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren**, Springer, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1963, s. 291; Leuenberger/ Uffer-Tobler, **a.g.e.**, s. 157.

²⁶⁴ Arne Ott, **Die Parteiwiderklage**, Nomos, Baden-Baden, 1999, s. 17 vd.

²⁶⁵ Bu konu hakkında bkz. Hanns Prütting/Stephan Weth, "Teilurteil zur Verhinderung der Flucht in die Widerklage, **ZZP**, 98, s. 149.

²⁶⁶ Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 282, Rdnr. 15.

getirilen her şeyse, savunma aracı olarak ifade edilir²⁶⁷. Örneğin inkâr, maddî hukuka ilişkin itiraz ve defiler, deliller birer savunma aracıdır²⁶⁸. Oysa karşı dava bu kapsamda değerlendirilemez²⁶⁹. Çünkü karşı dava ile hasım hakkında ayrıca bir hüküm kurulması istenir. Oysa iddia ve savunma aracı, sadece davanın davacı açısından haklı kılınması ya da davalı açısından davanın reddi sonucunu doğurmasını amaçlar²⁷⁰. Karşı dava, bu nitelikte olmadığı için, belli bir usûl kesitine kadar ileri sürülmemesi, onun sukutu anlamına gelmez²⁷¹.

Başka bir görüşe göre, karşı dava ile subjektif dava yığılması arasında bir irtibat vardır²⁷². Zira karşı davanın açılmasıyla taraf rollerinde bir değişme olur ve böylece ilk davadaki davacı şimdi davalı; ilk davadaki davalı da şimdi davacı pozisyonuna geçer²⁷³. Ancak taraf rollerinin değişmesi, subjektif dava yığılmasına neden olmaz²⁷⁴. Bunun için tarafın değişmesi ya da yanına birinin eklenmesi gerekir²⁷⁵.

Diğer bir görüşe göre, karşı dava ile objektif dava yığılması arasında bir irtibat vardır²⁷⁶. Buna göre taraflar arasındaki uyumsuzluk, davacının açtığı davayla belirlenir. Davalı da bu uyumsuzluğu ancak belirli şartlar altında karşı dava yoluyla değiştirir ya da genişletir²⁷⁷.

²⁶⁷ Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 282, Rdnr. 15.

²⁶⁸ Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 282, Rdnr. 15.

²⁶⁹ Tobias Wagner, “Die Widerklage”, **Juristische Arbeitsblätter**, 2014, s. 655; Christian Heinrich, **Musielak/Voit ZPO**, § 33 Rndr. 11; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 282, Rdnr. 16.

²⁷⁰ Ott, **a.g.e.**, s. 18.

²⁷¹ Benzer yaklaşım için bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 520; Wagner, **a.g.m.**, s. 655.

²⁷² Bu konu hakkında bkz. Ott, **a.g.e.**, s. 22.

²⁷³ Ott, **a.g.e.**, s. 22.

²⁷⁴ Ott, **a.g.e.**, s. 22.

²⁷⁵ Ott, **a.g.e.**, s. 22.

²⁷⁶ Bruno Rimmelspacher, “Zur Bedeutung des § 33 ZPO”, **Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag**, C. H. Beck, München, 1997, s. 661; Ott, **a.g.e.**, s. 22 vd; Alman hukukunda bu iki kurum arasındaki diğer benzerlikler için bkz. Ott, **a.g.e.**, s. 24.

²⁷⁷ Rimmelspacher, **a.g.m.**, s. 661.

Öğretide savunulan başka bir görüşe göre, karşı dava asıl davadan bağımsız olup asıl davanın sonucundan etkilenmez²⁷⁸. Kanaatimizce bu son görüş isabetlidir. Karşı dava; yargılama giderleri ve harçlar bakımından da bağımsız bir dava gibidir (HarçK m. 6)²⁷⁹. Ayrıca dava şartları, karşı dava için ayrıca değerlendirilir²⁸⁰. Yine asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz (HMK m. 134/1)²⁸¹.

b. Çift Taraflı Dava ile Karşı Dava Arasındaki İlişki

Çift taraflı dava ile karşı dava çeşitli yönleriyle benzerlik gösterir. Nasıl ki çift taraflı davada taraf rolleri iç içe geçmişse, karşı davanın açılmasıyla asıl davanın davalısı davacı; davacısı da davalı konumuna geçer²⁸². Ancak karşı davanın asıl davadan bağımsız ve ayrı bir dava olduğu hususu da unutulmamalıdır²⁸³. Çift taraflı davalarda davalı, savunma yapmayı bırakıp bir anlamda “saldırı” pozisyonuna geçerken, aynı durum karşı dava açısından da söz konusu olur²⁸⁴.

İsviçre hukukunda özellikle çift taraflı dava ile karşı dava arasındaki farklılıklara değinilmektedir²⁸⁵. Bu kapsamda çift taraflı davalarda davalının talebinin bağımsız bir dava niteliğinde olmadığı ve dolayısıyla ortada hâlâ tek bir dava ve dava konusunun mevcut olduğu²⁸⁶; buna karşılık karşı davada ise asıl davadan farklı olarak ayrıca yeni bir dava bulunduğu ve dolayısıyla yargılamada en

²⁷⁸ Smid/Hartmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 33, Rdnr. 7; Daniel Füllemann, **Dike ZPO**, Art. 14, Rdnr. 3.

²⁷⁹ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 589; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 519; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1233; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 404.

²⁸⁰ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 589; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 519; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1233; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 404.

²⁸¹ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 589; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 519; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 403.

²⁸² Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23

²⁸³ Gerçi karşı davayla taraf rolündeki bu karışım, davalının işleminden kaynaklanmaktayken, çift taraflı davalarda bu, davanın niteliğinden ötürüdür (Friedrich Carl von Savigny, **System des heutigen römischen Rechts**, B. 6, Berlin 1847, s. 329).

²⁸⁴ Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; von Wyss, **a.g.e.**, s. 24.

²⁸⁵ Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; von Wyss, **a.g.e.**, s. 24 vd; Koenig, **a.g.e.**, s. 8 vd.

²⁸⁶ Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; Grieder, **a.g.e.**, s. 70.

az iki ayrı dava konusunun söz konusu olduğu ifade edilmiştir²⁸⁷. Yine çift taraflı davalarda taraf rollerinin tek bir dava konusu üzerinde iç içe geçmesine karşılık, karşı davada tarafların ayrı dava konuları üzerinde farklı rollere sahip olduğu belirtilmiştir²⁸⁸. Son olarak, çift taraflı davalarda davalının talebinin asıl dava konusuyla ilgili olması gerekirken²⁸⁹; karşı dava olarak ileri sürülen talebin farklı bir dava konusunu oluşturmasının zorunlu olduğu dile getirilmiştir²⁹⁰.

Kanaatimizce, çift taraflı dava ile karşı dava arasında mevcut olduğu iddia edilen farklılıklar, çift taraflı davada, karşı davaya ilişkin bazı kuralların uygulanmayacağı anlamına gelmeyip; bilâkis, davalının talebi hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde karşı davaya ilişkin hükümlerden faydalanılabilir. Çünkü bu davalarda sanki bir karşı dava açılmışcasına, davalı lehine hüküm kurulur.

B. Çift Taraflı Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi Davası

1. Davalı Paydaşın Aynı Zamanda Davacı Gibi Değerlendirilmesi

Çift taraflı davanın özelliklerinden biri de, davalı konumda yer alan kişinin aynı zamanda davacı gibi değerlendirilmesidir. Bir çift taraflı dava olan ortaklığın giderilmesi davasında da, davalı paydaş davacı gibi değerlendirilir.

Yargıtay, vermiş olduğu birçok kararında, davalı paydaşın davacı gibi değerlendirilmesi gerektiğini ve davalının davacı ile aynı haklara sahip olduğunu açıkça vurgulamıştır²⁹¹. Benzer anlayışa İzmir Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında da rastlanılmıştır²⁹².

²⁸⁷ von Wyss, **a.g.e.**, s. 25; Grieder, **a.g.e.**, s. 70; Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; Koenig, **a.g.e.**, s. 8 vd.

²⁸⁸ Grieder, **a.g.e.**, s. 70; Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; Koenig, **a.g.e.**, s. 8 vd; Eck, **a.g.e.**, s. 4.

²⁸⁹ von Wyss, **a.g.e.**, s. 25; Grieder, **a.g.e.**, s. 70; Jost, **a.g.e.**, s. 40.

²⁹⁰ Benzer yaklaşım için bkz. von Wyss, **a.g.e.**, s. 25; Grieder, **a.g.e.**, s. 70.

²⁹¹ “[...] Çift taraflı davalardan olan ortaklığın giderilmesi davalarında, davalılar da davacılar gibi aynı haklara sahip olduklarından [...]” Yarg. 14. HD, 15.12.2015, E. 2014/14992, K. 2015/11638 (Kazancı).; “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları çift taraflı davalardan olup,

Kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasını, davalının karşı dava açmasına gerek duymadan ve karşı davaya ilişkin şartların bulunması aranmadan doğrudan karşı davanın sonuçlarının bağlandığı dava olarak görmek gerekir. Başka bir anlatımla, ortaklığın giderilmesi davasında davalı sanki karşı dava açmış gibi değerlendirmeli ve karşı davanın sonuçları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ortaklığın giderilmesi davasında da uygulanmalıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalının karşı dava açmış gibi değerlendirilmesinin sebepleri şu şekilde sıralanabilir:

1. Ortaklığın giderilmesi davasını kabul eden mahkeme, (sanki bu konuda bir karşı dava açmış gibi) davalı lehine de bir hüküm kurmak zorundadır. Zira bu durum, davacının talebinin kabul edilmesinin zorunlu bir sonucudur²⁹³. Hukukumuzda ortaklığın giderilmesi davası, sadece davacının payının kendisine verilmesiyle değil diğer tüm paydaşların paylarının kendilerine tahsis edilmesiyle sonuçlanır. Aksi takdirde paylaştırmanın yapılması mümkün değildir.

Davalı lehine hüküm kurulabilmesi için, davalının paylaştırmayı talep etmesi zorunlu olmadığı gibi açıkça davanın reddini isteyen paydaş lehine dahi hüküm kurulmak zorundadır²⁹⁴. Böylece davanın reddedilmesini isteyen paydaş da, paylaşırma hükmüyle kendi payına kavuşur.

2. Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesi durumunda, bu kararın sadece davalıya karşı icra edilmesi değil, davacıya karşı icra edilmesi söz konusu

davalı tarafta davacı taraf gibi aynı haklara haizdir [...]” Yarg. 20. HD, 6.12.2017, E. 2017/3761, K. 2017/10242 (Kazancı).

²⁹² “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallar ile haklarda, paydaş ya da ortaklar arasında yürürlükte olan hukuki ilişkiyi sona erdirip bireysel mülkiyete geçişi sağlayan, iki taraflı, yanlar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Davalı taraf ile davacı aynı haklara sahiptir [...]” 6. HD, 17.7.2017, E. 2017/1684, K. 2017/1468 (Kazancı).

²⁹³ Aybay, **Taksim**, s. 38.

²⁹⁴ Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 10; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18; Brunner/ Wichterich, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 17.

olur²⁹⁵. Zira paylaşırma hükmüyle davacı, aynı zamanda davalıya tahsis edilmiş payları terk etmeye mahkûm edilmiş olur²⁹⁶. Başka bir anlatımla, davacı (sanki davalının bu konuda bir talebini içeren karşı davası varmış gibi) payını terk etmeye mahkûm edilir.

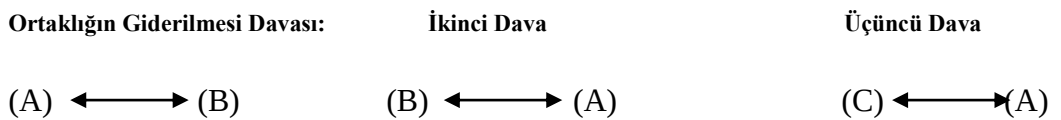
3. Ortaklığın giderilmesi davasında “davacı-davalı” rolü esasen davanın hangi paydaş tarafından açıldığına göre belirlenir. Böylece davacı paydaş dışında kalan diğer paydaşlar zorunlu olarak davalı tarafta yer alır. Davacı gibi aynı talebi ileri sürebilecek gücü bulunmasına rağmen, iki taraf prensibine göre şeklen davalı konumunda bulunmaya mecbur edilen paydaşların, davada davacı gibi haklara sahip olmaları için bu konuda karşı dava açmış gibi değerlendirilmeleri isabetli olur.

2. Davalı Paydaşın Aynı Zamanda Davacı Gibi Değerlendirilmesinin Yargılama Bakımından Sonuçları

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı paydaşın aynı zamanda davacı gibi değerlendirilmesinin yargılama bakımından önemli sonuçları vardır. Bu sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Ortaklığın giderilmesi davasında, davalı karşı dava açmış gibi değerlendirildiği için, her ne kadar görünürde tek bir dava olsa bile gerçekte paydaş sayısı kadar dava mevcuttur. Örneğin (A); (B) ve (C)’ye karşı ortaklığın giderilmesi davası açmış olsun. Burada her ne kadar görünürde sadece (A)’nın açmış olduğu dava bulunsa da, gerçekte (B) ve (C) de dava açmış gibi değerlendirilir. Bu durum, aşağıdaki şema yardımıyla gösterilebilir:

Şema II:



²⁹⁵ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 17; Aybay, **Taksim**, s. 38; Tekinay, **a.g.e.**, s. 321; Kurşat, **a.g.e.**, s. 303; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 142.

²⁹⁶ Wicki, **a.g.m.**, s. 108.

(C)

(C)

(B)

Yukarıda yer alan şemadan da anlaşılacağı üzere, aslında (A)'nın (B) ve (C)'ye karşı ortaklığın giderilmesi davası açması üzerine, (B)'nin de (A) ve (C)'ye, (C)'nin de (A) ve (B)'ye karşı dava açtığı kabul edilmelidir.

2. Şema II'de belirtilen şekilde ayrı ayrı davaların ve usûl ilişkilerinin²⁹⁷ bulunması, usûl işlemlerinin muhatabının belirlenmesi bakımından önemlidir. Burada tarafa yöneltilmesi gerekli olan usûl işleminin muhatabı, o usûl işlemini yapan paydaş dışında kalan paydaşların tamamı olmalıdır. Burada sadece (A)'nın (B) ve (C)'ye karşı açmış olduğu bir dava bulunduğundan ve (B) ve (C)'nin dava arkadaşı olduğu yanılıgısına düşölerek, (B)'nin yapacağı usûl işlemlerini (A)'ya yöneltmesinin yeterli olacağı iddia edilemez. (B)'nin yapacağı usûl işlemlerinin muhatabı (A) ve (C)'dir. Örneğın, (B)'nin talep etmiş olduğu paylaşırma biçimini değıştirmesi dava değışikliği kabul edilir ve böyle bir değışiklik ancak ıslah veya karşı tarafın rızasıyla olur²⁹⁸. İşte burada (B) için “karşı taraf” (A) ve (C) olacağından, davanın değıştirilmesinde rızası aranacak kişiler de (A) ve (C) olmalıdır. Aynı şekilde, (B)'nin hükmü kanun yoluna taşımak istemesi durumunda, kanun yoluna ilişkin dilekçede karşı taraf olarak (A) ve (C) gösterilmelidir²⁹⁹.

3. Şema II'de belirtilen şekilde ayrı ayrı davaların bulunması, davacı (A)'nın feragat ile ortaklığın giderilmesi davasının görölmesini engelleyememesi anlamına gelir. Hem öğretilde hem de yargı kararlarında belirtildiğı üzere, ortaklığın giderilmesi davasında feragat beyanından sonra, davalılardan birinin istemesi durumunda yargılamaya devam edilmelidir³⁰⁰. Hatta Yargıtay, feragate rağmen davalının davaya devam edebilmesi hakkı bulunduğunu, davalının da davacı gibi

²⁹⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. II, Ç.

²⁹⁸ Bu konu hakkında bkz. aş. X, A.

²⁹⁹ Bu konu hakkında bkz. aş. XVI, A, 2.

³⁰⁰ Bu konu hakkında bkz. aş. XI, A, 2.

haklara sahip olmasının bir sonucu görmektedir³⁰¹. Kanaatimizce bu sonuç aslında davalının karşı dava açmış gibi değerlendirilmesi sebebiyledir. İşte bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun karşı davaya ilişkin hükümleri, ortaklığın giderilmesi davasında uygulanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun 134. maddesinin birinci fıkrasına göre, asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel değildir. Buna göre, asıl dava usûl veya esastan reddedilmiş ya da davanın geri alınması, sulh veya kabul neticesinde sona ermiş olsa bile karşı dava görülüp karara bağlanmalıdır³⁰². Bu hüküm, ortaklığın giderilmesi davasındaki davadan feragat etmek istenmesi durumunda kıyasen uygulanabilir. Böylece ortaklığın giderilmesi davasından feragat, davayı sona erdirmeyecek; paylaşırma yapılmasını isteyen davalıların davaya devam etmelerine ilişkin hakları kanunî bir zemine oturmuş olacaktır.

Davalıyı davacı gibi değerlendiren Yargıtay, davadan feragat beyanının davalı tarafından da yapılabilmesini mümkün görmektedir³⁰³. Kanaatimizce gerek davacı gerekse de davalı tarafından yapılan feragat, ileride de ifade edileceği üzere, sonuçları itibarıyla davanın geri alınması şeklinde değerlendirilmelidir. Yani davacı veya davalının “feragat” beyanı, aslında davanın şimdilik görülmesini istemediklerini beyan etmelerinden başka bir şey değildir³⁰⁴.

³⁰¹ “[...] Çift taraflı davalardan olan ortaklığın giderilmesi davalarında, davalılar da davacılar gibi aynı haklara sahip olduklarından, davacının davadan feragat etmesi tek başına netice doğurmaz. Davacının feragat etmesine rağmen davalılardan her biri davayı devam ettirebilir [...]” Yarg. 14. HD, 15.12.2015, E. 2014/14992, K. 2015/11638 (Kazancı).

³⁰² Okonska, **a.g.e.**, s. 68; Roger Dürr (Bearb.), **Baker&McKenzie Schweizerische ZPO**, Art. 224, Rdnr. 1.

³⁰³ “[...] Somut olaya gelince; davalı H[...]nın 09.05.2019 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiği ve dilekçesine ekli olarak kimlik fotokopisini sunduğu, mahkeme yazı işleri müdürü tarafından da kimlik tespitinin yapıldığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra, davalı ... vekili Av. ... da 09.05.2019 tarihli dilekçesi ile davadan feragat etmiş, dilekçesine ekli olarak adı geçen davalının asli vekili Av. ... tarafından düzenlenen aynı tarihli yetki belgesini sunduğu. Av. ...'ün dosyada mevcut 04.12.2015 tarihli ve ... yevmiye numaralı vekaletnamesinde de davadan feragat yetkili bulunduğu anlaşılmıştır [...] Bu durumda, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkin eldeki davanın tüm tarafları davadan feragat ettiğinden, tarafların davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 10.6.2019, E. 2016/18620, K. 2019/5135 (Kazancı).

³⁰⁴ Bu konu hakkında bkz. aça. XI, A, 4.

4. Şema II’de belirtilen şekilde ayrı ayrı davaların bulunması, paydaşlar arasında dava arkadaşlığı ilişkisinin de mevcut olmadığı anlamına gelir. Her paydaş, kendi davasında diğer paydaşlardan bağımsız olarak usûl işlemleri yapabilir³⁰⁵.

5. Davalının davacı gibi değerlendirilmesi, dava konusunun devri bakımından da önemlidir. Nitekim davalı konumunda bulunan paydaşın payını üçüncü kişiye devretmesi durumunda, davalının dava konusunu devretmesine ilişkin kuralları içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 125. maddesinin birinci fıkrası değil, davacının dava konusunu devretmesine ilişkin sonuçların düzenlendiği ikinci fıkrası uygulanmalıdır³⁰⁶.

6. Ortaklığın giderilmesi davasında davacı gibi değerlendirilen davalı, hangi paylaşırma biçimini talep ettiğini açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde, dava dilekçesinde talep sonucu eksikliği hakkındaki hükümler kural olarak burada da uygulanabilir³⁰⁷.

7. Yargıtay’ın yakın tarihli bir kararına göre, davalının davacı gibi değerlendirilmesi, davada ıslah bakımından da farklılık arz eder. Gerçi bu karara konu olay mirasın paylaşırılması davası ile ilgilidir. Ancak Yargıtay’ın yapmış olduğu tespit ortaklığın giderilmesi davası açısından da uygulanabilir. Yargıtay kararına konu olayda, davacı davalılara karşı mirasın paylaşırılması davası açmış ancak daha sonra talebini ıslah ederek elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talebini ileri sürmüştür. Yargıtay, davalı konumunda bulunan paydaşların da paylaşırma talebi bulunduğundan hareketle, davacının ıslah talebini reddedip, davanın mirasın paylaşırılması davası şeklinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir³⁰⁸. Kanaatimizce, Yargıtay’ın kararı kısmen isabetli, kısmen hatalıdır.

³⁰⁵ Bu konu hakkında bkz. aş. VIII, B, 2.

³⁰⁶ Bu konu hakkında bkz. aş. X, B,

³⁰⁷ Bu konu hakkında bkz. aş. IX, B, 2.

³⁰⁸ “[...] Davacı vekili, 16 adet taşınmazdaki ortaklığın aynen taksim, olmadığı takdirde satış suretiyle giderilmesini istemiş; 18.06.2012 tarihli celsede davayı, dava konusu 16 adet taşınmazdaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi olarak ıslah ettiğini belirtmiş [...] Davalılar [...] dava konusu taşınmazlardaki ortaklığın aynen taksim ya da satış suretiyle giderilmesini istediklerini belirtmişlerdir [...] Mahkemece [...] dava konusu diğer taşınmazlar yönünden ise davanın kabulüyle taşınmazlardaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete

Davacının ıslah işlemine rağmen, davalıların ileri sürmüş olduğu taleplerin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmesi bakımından kanaatimizce isabetlidir. Ancak davalıların talebinin değerlendirilmesi için davacının ıslah talebinin reddedilmesi gerekmez. Hatta ıslah talebi reddedilmesi doğru olmamıştır. Burada olması gereken, davada hem davacının ıslah işlemiyle yeni getirmiş olduğu elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talebi hem de davalıların aynen veya satış yoluyla paylaşırma talepleri incelenmelidir. Burada aynen veya satış yoluyla paylaşırma talebinin, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talebinden önce incelenmesi, işin niteliğine uygundur. Zira elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesinden sonra bile aynen veya satış yoluyla paylaşırma talep edebileceğinden, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talebi önce incelenip, bu konuda karar verilmesi anlamsız olur. Eğer davalıların ileri sürmüş oldukları aynen paylaşırma veya satış yoluyla paylaşırma taleplerinin şartlarının oluşmadığı tespit edilirse, davacının ıslah yoluyla ileri sürdüğü elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talebi incelenir. Oysa Yargıtay kararındaki tespit dikkate alındığında, aynen veya satış yoluyla paylaşırma talebine ilişkin şartların bulunmaması durumunda (davacının da ıslah talebi reddedildiği için) davanın reddedilmesi gerekir. Böyle bir sonuç, ne ıslahın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlenmesi ile ne de usûl ekonomisi ilkesi ile bağdaşır.

8. Davalının davacı gibi değerlendirilmesi, ortaklığın giderilmesi davasını yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından diğer davalardan ayırır. Zira ortaklığın giderilmesi davası kabul edildiğinde, davalı konumunda bulunan paydaş

çevrilmesine karar verilmiştir [...] Somut olaya gelince; davacı vekili, dava dilekçesi ile 16 adet taşınmazdaki ortaklığın aynen taksim ya da satış suretiyle giderilmesini istediği halde 18.06.2012 tarihli celsede davasını elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi olarak ıslah ettiğini belirtmiştir [...] Ortaklığın giderilmesi davasının iki taraflı, tarafları için benzer sonuçlar doğuran dava olma özelliği ve temyiz eden davalıların cevap dilekçeleri ile dava konusu taşınmazlardaki ortaklığın aynen taksim ya da satış suretiyle giderilmesini talep ettikleri ve davanın ıslahı suretiyle taşınmazlardaki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi kararı sonrası temyiz dilekçelerinde bu istemlerini tekrarladıkları gözetildiğinde, davanın elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi yönündeki ıslah talebi reddolunarak ortaklığın giderilmesi davası olarak sonuçlandırılması gerektiği düşünülmeksizin yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş [...]” Yarg. 14. HD, 22.1.2019, E. 2018/2517, K. 2019/643 (Kazancı).

lehine de vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekir³⁰⁹. Oysa normal bir davada, davacının talebinin kabul edilmesi durumunda yargılama giderlerinden kural olarak davalı sorumlu olmaktadır (HMK m.326/1).

Son olarak belirtmek gerekir ki, davalının davacı gibi değerlendirilmesi ve bu hususun yargılamaya etkisi dava açıldıktan sonraki işlemler açısından söz konusu olur. Davanın açılmasına ilişkin işlemler açısından davacı ve davalı rolü kanaatimizce korunur. Böylece örneğin, yetkili mahkeme olarak, davalının yerleşim yeri esas alınır. Yine, davaya ilişkin harç ve gider avansının davanın başında yatırılmasından sadece davayı açan paydaş sorumludur³¹⁰. Zira yargılamayı başlatan taraf davacı konumunda bulunan paydaş olduğuna göre, davanın başında alınan harç ve giderler açısından sorumluluk da ona ait olmalıdır. Nitekim İsviçre’de de, çift taraflı dava olduğu kabul edilen mirasın paylaşılması davasında, gider avansı³¹¹ açısından aynı sonuca varılmıştır³¹².

³⁰⁹ “[...] *Davalı taraf ile davacı aynı haklara sahiptir. Davalı [...] kendisini vekille temsil ettirdiğinden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir* [...]” İzmir BAM, 6. HD, 17.7.2017, E. 2017/1684, K. 2017/1468 (Kazancı).

³¹⁰ Paylaştırma hükmünün kurulması hâlinde, yargılama giderlerinden paydaşların payları oranında sorumlu olacağı hakkında bkz. aşı. VX, B, 1.

³¹¹ Sch. ZPO Art. 98.

³¹² Waadt Kanton Mahkemesi kararı için bkz. HC/2015/877 322 - 03.09.2015 (Urs Fassel, **Erbrecht – Entwicklungen 2015**, Njus ch, 2016 s. 59); Basel Kanton Mahkemesi’nin bu yöndeki kararı için bkz. **CAN - Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung**, 2016, N. 7, S. 24.

IV. Yargılama ve Dava Çeşitleri Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Ortaklığın Giderilmesi Talebinin Çekişmeli Yargıya Ait Olması

1. Uyuşmazlığın Bulunması Ölçütü Açısından

Çekişmesiz yargı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde sayılan üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere, hukukun mahkemelerce uygulanmasıdır³¹³. Ortaklığın giderilmesi talebinin çekişmesiz yargı kapsamında olup olmadığının tespiti için bu üç ölçütün değerlendirilmesi gerekir.

Çekişmesiz yargı kapsamına giren işlerde, ilgililer arasında kural olarak³¹⁴ bir uyuşmazlık söz konusu değildir (HMK m. 382/1-a)³¹⁵. Çekişmesiz yargıda, kural olarak belli bir kişiye karşı hukukî himaye talep edilmeyip mahkemeden sadece ilgili hak veya hukukî ilişki çerçevesinde bir karar verilmesi istenir³¹⁶.

Paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması için paydaşların mahkemeye başvuruları zorunlu değildir. Ancak bazı durumlarda paydaşlar, paylaşırmanın yapıp yapılamayacağı veya paylaşırmanın türü konusunda anlaşmazlık içinde

³¹³ Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2108; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 908; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 33 vd; ayrıca bkz. Tanrıver, **Çekişmesiz Yargı**, s. 348 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 586.

³¹⁴ Bununla birlikte, ilgililer arasında bir uyuşmazlığın bulunması, o işin her zaman çekişmeli yargı olarak nitelendirilmesi anlamına gelmez (Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19 vd; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2108 vd). Nitekim bazı çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer arasında bir uyuşmazlık söz konusu olabilir. Bu konu hakkında bkz. Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19 vd.

³¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 16 vd; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 911; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 33 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 28; Uyuşmazlığın bulunduğu her durumun da çekişmeli yargıya dâhil olduğu söylenemez. Zira ihtilaf yokluğu ölçütü, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran tek ölçüt değildir (Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 32 vd) Nitekim bazı çekişmesiz yargı işlerinde de bir ihtilâf bulunabilir (Hans-Joachim Musielak/Helmut Borth/Mathias Grandel, **Familiengerichtliches Verfahren Kommentar**, Franz Verlag, München, 2015, § 1, Rdnr. 2; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 32); bu yönde örnekler için bkz. Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19.

³¹⁶ Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2113; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 35

bulunabilir³¹⁷. Böyle bir durumda, paylaştırmanın yapılabilmesi için artık mahkemenin paylaştırma kararına ihtiyaç duyulur. Görüldüğü üzere, paydaşlardan biri paylı mülkiyet ilişkisinin devam etmesini ister veya diğer paydaşların aksine farklı bir paylaştırma türünün yapılmasını talep ederse paydaşlar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmış olur.

Uygulamada ortaklığın giderilmesi davasının, paylaştırmanın türü konusunda paydaşların anlaşamaması üzerine açıldığı görülmektedir³¹⁸. Ancak bu davada başka uyuşmazlık konuları da ortaya çıkabilir. Bu kapsamda özellikle bir paydaş, mevcut durum itibarıyla paylaştırmanın yapılmasının mümkün olmadığını da iddia edebilir. Bu gibi durumlarda, ortaklığın giderilmesi talebinde taraflar arasında çoğu zaman bir uyuşmazlığın bulunduğunu söylemek mümkündür³¹⁹.

Ortaklığın giderilmesi davasında bazı durumlarda paydaşlar arasında uyuşmazlık bulunmayabilir. Nitekim davacının paylaştırma talebinin davalılar tarafından uygun bulunması durumunda görünürde bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Ancak sadece bu durumdan hareket edilerek ortaklığın giderilmesi talebinin çekişmesiz yargıya ait olduğu ileri sürülemez³²⁰. Çünkü bir işin ilgililer arasında uyuşmazlık doğurması ihtimalinin bulunması da, o işin çekişmeli yargı olarak değerlendirilmesine neden olabilir³²¹. Ortaklığın giderilmesi davasında, paydaşlar

³¹⁷ Aybay, **Taksim**, s. 50.

³¹⁸ “[...] Davacı vekili, dava dilekçesinde, tarafların dava konusu edilen 8 No’lu parselde birlikte malik olduklarını, taşınmazın aynen bölünmesi ya da satışı konusunda anlaşamadıklarını belirterek, taşınmazın aynen bölünmesini, mümkün değil ise satışı suretiyle paydaşlığın giderilmesini talep etmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 12.4.2004, E. 2004/2662, K. 2004/2642 (Kazancı); “[...] Davacı vekili, Beyoğlu, Söğütözü Mahallesi 2751 ada 5 parsel sayılı taşınmazın taraflar arasında müşterek olduğunu, anlaşma ile aynen taksimi mümkün olmayan taşınmazın satılarak ortaklığının giderilmesini talep etmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 24.12.2002, E. 2002/7929, K. 2002/8223 (Kazancı); “[...] Davacı vekili, dava dilekçesinde, tarafların dava konusu edilen 5 No’lu parselde birlikte malik olduklarını, taşınmaza ilişkin taraflar arasında anlaşma sağlanamadığını belirterek, taşınmazın aynen bölünmesi, mümkün değilse satışı suretiyle paydaşlığın giderilmesini talep etmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 7.2.2005, E. 2004/10317, K. 2005/667 (Kazancı).

³¹⁹ Aybay, **Taksim**, s. 50; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308.

³²⁰ Aybay, **Taksim**, s. 50

³²¹ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 18; Kuru, bu durum için boşanma davasını örnek göstermektedir. Yazara göre

arasında davanın başında mevcut olmayan uyuşmazlığın davanın ilerleyen aşamalarında çıkma ihtimâli her zaman vardır³²².

Alman hukukunda, ilgililer arasında bir uyuşmazlığın bulunmadığı bazı durumlarda bir malın paylaşılması işi, çekişmesiz yargıya dâhil kabul edilmektedir. Nitekim § FamFG 363 gereğince, mirasçılardan her biri paylaşırma talebini öncelikle notere iletebilir. Bu talebi alan noter, ilgilileri müzakereye davet eder (§ FamFG 365 Abs. 1). Eğer ilgililer, paylaşırmanın ne şekilde yapılacağı konusunda anlaşılırlarsa bu durum noterce belgelendirilir (§ FamFG 366 Abs. 1). Bu belgenin icra kabiliyeti bulunur (§ FamFG 371 Abs. 2). Ancak bu süreç içerisinde ilgililer arasında örneğin paylaşırmanın türü hakkında bir uyuşmazlık çıkarsa³²³ artık bu yola devam edilemeyip mirasçılar arasındaki müzakere uyuşmazlığın mahkemece çözümüne kadar ertelenir (§ FamFG 370). Görüldüğü üzere noterin bu süreçteki görevi paylaştırmaya ilişkin taleplerin ilgililere iletilmesi ve anlaşma olması durumunda bunu belgelendirmekle sınırlandırılmıştır³²⁴.

Avusturya hukukunda ise mirasçılar, mirasın paylaşılmasına ilişkin yapmış oldukları sözleşmeyi mahkeme komiserine onaylatabilir. Onaylanmış olan bu sözleşme mahkemede yapılmış bir sulh sözleşmesi gibi etki doğurur (§ AußStrG 181)³²⁵. Ancak paylaşırma konusunda anlaşılamazsa, tarafların paylaşırma davası açmaktan başka bir seçenekleri yoktur³²⁶.

³²² Bu yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 50; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308;

³²³ Walter Zimmermann, **Keidel FamFG**, 19. Aufl, C.H. Beck, München, 2017, § 370 Rdnr. 2.

³²⁴ Bu konuda bkz. Ludwig Kroiß (Bearb.), **Burandt/Rojan Erbrecht**, 3. Aufl, C.H.Beck, München, 2018, § 370, Rdnr. 1; Schlögel, **BeckOK FamFG**, § 370 Rdnr. 1; J. Mayer (Bearb.), **MüKo FamFG**, 2. Aufl, C.H.Beck, München, 2013 § 370 Rn. 1.

³²⁵ Ayrıca bkz. Ludwig Bittner, **Walter H. Rechberger Kommentar zum Außerstreitgesetz** Springer Verlag, Wien, 2006, § 181, Rdnr. 1 ff.

³²⁶ Robert Fucik/Barbara Kloiber, **Außerstreitgesetz Kurzkommentar**, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2005, s. 516. Avusturya hukukunda bunun bir eda davası şeklinde değerlendirildiği hakkında bkz. Michael Gruber/Susanne Kalss/Katharina Müller/Martin Schauer, **Erbrecht und Vermögensnachfolge**, Springer Verlag, Wien, 2010, s. 365.

Yine Avusturya hukukunda bazı çekişmesiz yargı işleri, özel olarak başka bir kanunla³²⁷ daha düzenlenmiştir³²⁸. Söz konusu Kanunun birinci maddesinde, bazı hâllerde, malvarlığı unsurlarının paylaşılması konusunda mahkeme komiserine de yetki verilmiştir. Ancak öğretilde, bu düzenlemenin daha ziyade tarafların anlaşması durumunda işlerlik kazanacağı; bir ihtilâf durumunda, işin mirasın paylaşılması davasıyla çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir³²⁹.

2. Subjektif Hak Yokluğu ve Re'sen Harekete Geçme Ölçütü Açısından

İlgililer arasında bir uyuşmazlığın olması, o işin her zaman çekişmeli yargı kapsamında değerlendirilmesine neden olmaz³³⁰. Zira bazı çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer arasında bir uyuşmazlık mevcut olabilir³³¹. Bu sebeple, bir işin çekişmesiz yargıya ait olup olmadığının tespiti için diğer ölçütler de dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı birbirinden ayırt etmeye yarayan ikinci ölçüt, subjektif hak yokluğudur (HMK m. 382/1-b). Çekişmeli yargı, bir tarafın diğer tarafa ileri sürebileceği bir hakkın bulunması durumunda ortaya çıkar³³².

Paylı mülkiyet ilişkisinde her bir paydaşa paylaştırmayı isteme hakkı tanınmıştır (TMK m. 698). Öğretilde bazı yazarlar bu hakkı bir talep hakkı olarak değerlendirirken; bazı yazarlar bunu bir inşâi hak olarak görmektedir³³³. Ancak hakkın niteliğine ilişkin tartışmalardan bağımsız olarak, bu hakkın diğer paydaşlara yöneltilebilen subjektif bir hak olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

³²⁷ Bundesgesetz vom 11. November 1970 über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitsachen (Gerichtskommissärsengesetz).

³²⁸ Bu düzenleme ve bunun değerlendirmesi hakkında bkz. Murat Atalı, “Avusturya’da Noterlik Hukuku Alanında Gelişmeler ve Noterlerin Bazı Çekişmesiz Yargı İşlerinde Mahkeme Komiseri Sıfatıyla Görev Almaları”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 40 vd; ayrıca bkz. Atalı, **Çekişmesiz Yargı**, s. 76 vd.

³²⁹ Johann Schilchegger/Kieber Stefan, **Österreichisches Verlassenschaftsverfahren**, 2. Aufl, LexisNexis, 2015, s. 3 vd.

³³⁰ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19 vd; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2108 vd.

³³¹ Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 19 vd.

³³² Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 33.

³³³ Bu konu hakkında bkz. aşa. IV, B, 1, b.

Çekişmesiz yargı için getirilen diğer bir ölçüt ise hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği hâllerdir (HMK m. 382/1-c). Ortaklığın giderilmesi davası, hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği hâllerden biri değildir. Zira paydaşlardan birinin talebi olmadan mahkemenin paylaştırmaya karar verebilmesi mümkün değildir³³⁴. Gerçi bazen paydaş dışındaki üçüncü kişilerin bu davayı açabilmeleri mümkündür. Örneğin, bazı taşınmazların, imar uygulaması nedeniyle birlikte mülkiyetin konusunu oluşturması durumunda idare, bu taşınmaz sahiplerine durumu tebliğ eder. Bu tebliğden itibaren altı ay içinde bu kişiler anlaşılamaz ya da bu konuda bir ortaklığın giderilmesi davası açılmazsa, ilgili idare ortaklığın giderilmesi davası açabilir (İmar Kanunu m. 16). Ancak bu ihtimâlde dahi paylaşırmanın yapılması, idarenin bu yönde bir dava açmasına bağlıdır. Dolayısıyla burada kendiliğinden harekete geçme durumu söz konusu değildir.

Subjektif bir hakka dayanan ve taraflar arasında bir uyuşmazlığın mevcut olduğu ortaklığın giderilmesi talebi çekişmeli yargı kapsamında değerlendirilmelidir³³⁵. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dördüncü maddesinin birinci fıkrasında da ortaklığın giderilmesi talebinden bir dava olarak bahsedilmiştir.

³³⁴ Bu konu hakkında bkz. aşı. V, A, 1.

³³⁵ Bu yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 49 vd.; Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 112; Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939, s. 539 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 308; Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yarg. 6. HD, 21.3.2011, E. 2010/13467, K. 2011/3446 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 12.4.2004, E. 2004/2662, K. 2004/2642 (Kazancı).

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Dava Çeşitleri Arasındaki Konumu

1. Mahkemeden İstenilen Hukukî Himayenin Çeşidine Göre

a. Genel Olarak

Mahkemeden istenilen hukukî himaye çeşidine göre davalar üçe ayrılır³³⁶. Bunlardan birincisi olan eda davası aracılığıyla mahkemeden davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mâhkum edilmesi talep edilir (HMK m. 105). Buna karşılık tespit davasında bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi istenir (HMK m. 106/1)³³⁷. İnşai davada ise mahkemeden, yeni bir hukukî durumun yaratılması veya mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir (HMK m. 108/1)³³⁸.

³³⁶ Genel olarak bkz. Peter Scherner, **Das Klagensystem im Zivilprozess**, Diss, Marburg, 1970; Süha Tanrıver, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 62 vd; Ansay, **a.g.e.**, s. 223; Kuru, **C. II**, s. 1405 vd; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 249 vd; Üstündağ, **Yargılama**, s. 314 vd; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 388 vd; Önen, **Yargılama**, s. 55; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 293 vd; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 201 vd; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 960 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 340 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 217 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 208; ayrıca bkz. Tanrıver, **Usûl**, s. 582.

³³⁷ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Baki Kuru/Ali Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Bası, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 68 vd; Ansay, **a.g.e.**, s. 224; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 298 vd; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391 vd; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 252 vd; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 324 vd; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 202 vd; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 972 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 209; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 66; Tanrıver, **Usûl**, s. 583 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 342 vd; Martin Schwab, **Zivilprozessrecht**, 5. Aufl, C. F Müller, 2016, s. 46;

³³⁸ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Ergun Önen, **İnşai Dava**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, s. 50 vd; Peter Schlosser, **Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966, s. 39 vd; Meral Sungurtekin Özkan, “İnşai Karar ve Özellikleri”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 557; Ansay, **a.g.e.**, s. 232 vd; Kuru, **C. II**, s. 1407; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 303 vd; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 389 vd; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 264 vd; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 335 vd; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 202; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 961; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 342 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 199; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 63; Tanrıver, **Usûl**, s. 582 vd.

Bu üç dava türü, bu davaların sonunda verilen hükümlerin icraya elverişli olup olmaması yahut buna ihtiyaç gösterip göstermemesi yönünden farklılık gösterir. Eda davası sonunda verilen hükümlerin icra edilme kabiliyeti bulunurken³³⁹, tespit davası sonunda verilen hükümlerin (yargılama giderleri hariç) böyle bir özelliği yoktur³⁴⁰. İnşâî hükmün icra edilmesine ise gerek bulunmamaktadır³⁴¹. Zira inşâî etki, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi ile kendiliğinden ortaya çıkar³⁴². Bu sebeple, inşâî kararların icra edilmesi mümkün ve gerekli değildir³⁴³. Bununla birlikte, bir davanın eda ya da inşâî dava olması, hükmün her zaman eda ya da inşâî

³³⁹ Ansay, **a.g.e.**, s. 223; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 294; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 389; Önen, **Yargılama**, s. 56; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 252; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 314; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207 vd; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 984 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 208; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 341; Ulukapı, **Usûl**, s. 218; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 63; Tanrıver, **Usûl**, s. 586 vd; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 253 Rdnr. 4; eda davası sonunda verilen her hükmün icra edilme kabiliyetinin bulunduğu şeklindeki bir tespitin de doğru olmadığı hakkında bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 90, Rdnr. 4.

³⁴⁰ Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 340; Ansay, **a.g.e.**, s. 231; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 302; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 252; Önen, **Yargılama**, s. 57; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 327; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 202; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 983; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 343; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 199; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 69; Tanrıver, **Usûl**, s. 584 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 91, Rdnr. 1.

³⁴¹ Önen, **İnşâî Dava**, s. 182; Ansay, **a.g.e.**, s. 234; Kuru, **C. II**, s. 1472; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 337; Önen, **Yargılama**, s. 58; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 988; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 65; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Tanrıver, **Usûl**, s. 588; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14.

³⁴² Önen, **İnşâî Dava**, s. 182; Ansay, **a.g.e.**, s. 234; Kuru, **C. II**, s. 1472; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 337; Önen, **Yargılama**, s. 58; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 988; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 65; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Tanrıver, **Usûl**, s. 588; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14.

³⁴³ Kuru, **C. II**, s. 1472; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Arslan/Yılmaz//Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 337; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 988; Tanrıver, **Usûl**, s. 588; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 253, Rdnr. 14; Ansay **a.g.e.**, s. 234.

hüküm vasfında olmasına neden olmaz. Zira bu davaların reddedilmesi durumunda, ortada sadece bir tespit hükmü söz konusu olur³⁴⁴.

Hükmün etkilediği kişiler açısından da, dava türleri arasında farklar bulunur. Buna göre eda ve tespit davaları sadece taraflar arasında sonuç doğururken; inşaî davalar, kural olarak, herkes için ve herkese karşı etkilidir³⁴⁵.

b. Ortaklığın Giderilmesi Davası

(1) İnşaî Dava Görüşü

Ortaklığın giderilmesi davasının hangi dava çeşidine ait olduğunun belirlenebilmesi için öncelikle paylı mülkiyet ilişkisinde paylaştırmayı isteme hakkının niteliği tespit edilmelidir.

Paylaştırmayı isteme hakkının niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, paylaştırmayı isteme hakkını inşaî hak olarak değerlendirmek gerekir³⁴⁶. Bir paydaşın paylaşırma beyanı diğer paydaşlara yöneltmesiyle paydaşların hukukî durumunda bir değişiklik meydana gelir. Zira bu beyanın paydaşlara ulaşmasıyla birlikte paylı mülkiyet ilişkisi artık “tasfiye” sürecine sokulur ve paydaşların paylı

³⁴⁴ Scherner, **a.g.e.**, s. 8; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 987; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 211, 212; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Önen, **Yargılama**, s. 58; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 66 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 341, 350; Ulukapı, **Usûl**, s. 219; Tanrıver, **Usûl**, s. 588.

³⁴⁵ Önen, **İnşaî Dava**, s. 184 vd; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. V, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 5093; Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 342; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 267; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 987; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 212; Tanrıver, **Usûl**, s. 587; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Sungurtekin Özkan, **a.g.m.**, s. 565; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 253, Rdnr. 23; Paulus, **a.g.e.**, s. 52; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 209; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 253, Rdnr. 14.

³⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 331; Aybay, **Taksim**, s. 15, 23; Aybay, **a.g.m.**, s. 139; Ögüz, **a.g.e.**, s. 49; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 339; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 403; Aybay/Hatemi, s. 134; Kurşat, **a.g.e.**, s. 179; Ayan, **a.g.e.**, s. 70; bu hakkın niteliğiyle ilgili ayrıntılı olarak bkz. Aydın Aybay, “Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi”, **İÜHFİM**, C. 32, S. 1, 1966, s. 127 vd.

mülkiyet ilişkisini sona erdirmeye (paylaştırmayı yerine getirme) borçları doğar³⁴⁷. Paylaştırmayı yerine getirme borcu, paylaşırma beyanının yöneltmesiyle kendiliğinden ortaya çıkıp bu konuda ayrıca diğer paydaşların rızasına gerek bulunmaz³⁴⁸. Paylaştırmayı isteme hakkını kullanan paydaşın amacı, paylı mülkiyet ilişkisini “tasfiye” aşamasına sokmak olup bu hakkını kullanması onu doğrudan bu amacına ulaştırır³⁴⁹.

Paylaştırmayı isteme hakkını inşâî hak olarak gören yazarlara göre, bu hakkın talep hakkı olarak nitelendirilmesi uygun değildir. Çünkü bir talep hakkının mevcut olması için öncelikle içeriğinin belli olması gerekir³⁵⁰. Oysa ileri sürüldüğü anda paylaştırmayı isteme hakkının içeriği henüz belli değildir^{351 352}. Nitekim Türk Medenî Kanunu’nda tek bir paylaşırma türü mevcut olmayıp paylı mülkiyet ilişkisi çeşitli şekillerde sona erdirilebilir. Böylece örneğin kendisine satış talebi yöneltilen paydaşın, satış yönünde hareket etmesi zorunlu değildir. Çünkü bu paydaş paylaşırmanın aynen paylaşırma şeklinde yapılmasını isteyebilir. Öyleyse muhatabına yöneltildiği anda içeriği ve sonuçları belli olmayan paylaşırma hakkı, bu yönüyle bir talep hakkı olarak değerlendirilemez³⁵³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, paylaşırma beyanının diğer paydaşlara yöneltmesiyle paydaşların paylaşırma borçlarının doğduğuna ve paylaştırmayı isteme hakkının inşâî hak olarak nitelendirilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵⁴.

³⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 332; Aybay/Hatemi, s. 134; Ögüz, **a.g.e.**, s. 48 vd; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 340; Kurşat, **a.g.e.**, s. 178; Ayan, **a.g.e.**, s. 70; Önen, **İnşai Dava**, s. 84.

³⁴⁸ Aybay/Hatemi, s. 134; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 403; Kurşat, **a.g.e.**, s. 178.

³⁴⁹ Aybay/Hatemi, s. 135.

³⁵⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 288.

³⁵¹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 288.

³⁵² Mirasın paylaşırılması davası hakkında aynı sonuç için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 688.

³⁵³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 288; Aybay, **Taksim**, s. 15; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 134 vd.

³⁵⁴ “[...] *Davanın konusu, Kat Mülkiyeti Kanunu’na tabi olacak nitelikte yapımına başlanılan bir ana taşınmazın taksimi, bu olmadığı takdirde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi isteğinden ibarettir. Kural olarak müşterek mülkiyette paydaşlardan her biri bu ilişkiye son verilerek*

Paylaştırmayı isteme hakkının niteliği Alman hukukunda da tartışılmıştır. Orada azınlıkta kaldığı anlaşılan görüşe göre, paylaştırmayı isteme hakkının inşai hak olarak düşünülmesi gerekir³⁵⁵. Çünkü bu inşai hakkının kullanıldığının beyan edilmesi, paylı mülkiyet ilişkisinde tasfiye safhasına geçilmesine neden olur³⁵⁶.

Paylaştırmayı isteme hakkını inşai hak olarak değerlendiren yazarlar, doğal olarak, bu konuda açılacak olan davanın inşai dava olduğunu savunur³⁵⁷. Bu görüşte olanlara göre, mahkemenin paylaştırma hükmü inşai bir hükümdür. Zira paylaştırma hükmüyle, paydaşların sahip oldukları paylaştırmayı isteme hakkının kapsamı ve sonuçları belirlenmiş olur³⁵⁸.

Yargıtay da, ortaklığın giderilmesi davasını inşai dava olarak görmektedir³⁵⁹. Dolayısıyla mahkemenin bu davada vereceği hükmün inşai etkisi bulunur³⁶⁰.

payının kendisine verilmesini her zaman isteyebilir. Bu istem her paydaşa payına bağlı olarak yani eşyaya bağlı olarak tanınmış yenilik doğuran bir haktır. Bu hak diğer taraftan hukuki niteliği itibariyle paya bağlı olduğundan zaman aşımına da uğramaz. Taksim isteği de müşterek mülkiyetin sona erdirilmesi için ortaklara tanınan yenilik doğurucu bir haktır. Paydaşlardan biri bu hakkı kullanınca, diğer paydaşlar taksimi yerine getirme borcu altına girerler. Ancak bu hak kullanılınca müşterek mülkiyet kendiliğinden ortadan kalkmaz; bu sonuç ancak taksim ile hasıl olur [...]” Yarg. HGK, 2.11.1988, E. 1988/6-585, K. 1988/870 (Kazancı).

³⁵⁵ Jauerning/Stürner, **BGB**, § 758, Rdnr. 2; Eike Schmidt/Joseph Esser, **Schuldrecht**, B. I: Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl, C.F. Müller, 2000, s. 337

³⁵⁶ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 337; Jauerning/Stürner, **BGB**, § 758, Rdnr. 2

³⁵⁷ Ortaklığın giderilmesi davasının inşai bir dava olduğu yönünde bkz. Eren, **Mülkiyet**, s. 125; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 428; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 305; Aybay, **Taksim**, s. 14; Kurşat, **a.g.e.**, s. 289; ayrıca bkz. Önen, **İnşai Dava**, s. 84; Özgür, **a.g.e.**, s. 58; Bir görüş, paylaştırmayı isteme hakkının inşai bir hak olduğunu belirttikten sonra, bu yönde açılan davanın bir eda davası olduğunu iddia etmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338 vd)

³⁵⁸ Aybay, **Taksim**, s. 14; aynı yönde bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁵⁹ “[...] Dava ortaklığın giderilmesine ilişkin olup, 31.3.1997 tarihli kararlar davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. 3402 sayılı yasanın 27/2. maddesi gereğince müracaata kalmış olup yenilenmiyen davalar görülmekte olan dava sayılamaz. Kaldı ki bu nevi davalar yenilik doğurucu davalar olduğundan, bu davalara bakmak 3402 sayılı Yasanın 25 /son maddesi gereğince Kadastro Mahkemesinin görevi dışındadır [...]” Yarg. 16 HD, 12.6.2000, E. 2000/2634, K. 2000/2552 (Kazancı); “[...] Davacı tarafından daha sonra aynı taşınmazla ilgili olarak kadastro mahkemesine açılan dava ise "ortaklığın giderilmesi" davası niteliğindedir. Bu nitelikteki davalar yenilik doğurucu hakka ilişkin davalardan olup kadastro mahkemesinde görülmesi olanaksız genel mahkemede çözümlenmesi zorunludur [...]” Yarg. 7. HD, 5.4.1999,

İsviçre hukukunda ağırlıklı görüşe göre de, ortaklığın giderilmesi davası inşâî bir davadır³⁶¹. Bu davada mahkemenin vereceği hüküm, mülkiyet bakımından kurucu etkiye sahiptir³⁶². Dolayısıyla mahkeme kararından sonra tapu siciline yapılan kayıt açıklayıcı nitelikte olur³⁶³.

(2) Eda Davası Görüşü

Öğretide yer alan diğer görüşe göre, paylaştırmayı isteme hakkı talep hakkı niteliğindedir³⁶⁴. Bu görüşe göre, paylaştırmayı isteme hakkının inşâî hak olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Zira paylaştırmayı isteme hakkının kullanılması üzerine paydaşların paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmeye borçlarının doğması,

E. 1999/1266, K. 1999/1660 (Kazancı); “[...] *Mahkemeden istenen hukuki korunmaya göre dava çeşitleri üçe ayrılır. Bunlar; Eda davaları, tespit davaları ve İnşai davalarıdır. Paylaştırma ve şuyunun giderilmesi davaları inşai davalardandır* [...]” Yarg. 6. HD, 01.07.2010, E. 2010/1594, K. 2010/8273 (Lexpera).

³⁶⁰ “[...] *Ortaklığın giderilmesi davası sonucu verilen karar, yenilik doğurucu niteliktedir* [...]” Yarg. HGK, 17.4.1996, E. 1996/4-134, K. 1996/273 (Kazancı).

³⁶¹ Staehelin/Staehlin/Grolimund, **a.g.e.**, s. 218; Sogo, **a.g.e.**, s. 155 vd; Alexander R. Markus, **Berner Kommentar ZPO, B:I, Art.1-149**, Stämpfli Verlag, 2012, Art. 87, Rdnr. 16; Andreas Baumann, “Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen”, **Successio**, H. 4/09, 2009, s.288; Willisegger, **a.g.e.**, s. 151; Béatrice Grob-Andermacher, Hans Ulrich Walder-Richli, **Zivilprozessrecht**, 5. Aufl, 2009, Schulthess, s. 261; Balthasar Bessenich/Lukas Bopp, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Aufl, Schulthess, 2016, Zürich, Art. 87, Rdnr. 8; Anne Sabine Zoller, **Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht**, ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 157, Schulthess, 2008, s. 42; Basel Landschaft Kantonsgericht, 08.05.2018, 400 17 308, N.2.8 (**Entscheide des Kantonsgerichts Basel-Landschaft**); Graubünden, Kantonsgericht, 15.09.1997, PKG 1997 S. 24, **Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden**, E. 1; Zürich, Obergericht, 16.09.1977, ZR 77/1978 S. 297, **Blätter für Zürcherische Rechtsprechung**, s. 297.

³⁶² Nicola Haas, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts Unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 265, Schulthess, 2015, Zürich, s. 77; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Schulthess, 2013, Zürich, s. 443; Benzer şekilde Zoller, **a.g.e.**, s. 42

³⁶³ Haas, **a.g.e.**, s. 77.

³⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I**, s. 604 vd; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 137 vd; Öğretide *Arpacı*, bu talep hakkının zamanaşımına uğramamasından hareket ederek bu hakkın kendine özgü bir hak olduğunu ileri sürmüştür (Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 137); paylaştırmayı isteme hakkının bir talep hakkı olduğu; ancak paylaştırmaya ilişkin mahkeme hükmünün inşâî bir hüküm olduğu hakkında bkz. Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 184, dn. 2.

paylaştırmayı isteme hakkının inşâî hak olarak görülmesi için yeterli değildir³⁶⁵. Bu görüşe göre, paylaşırma hakkının diğer paydaşlara yöneltilmesi paydaşların mevcut hukukî durumlarında herhangi bir değişiklik yaratmaz³⁶⁶. Çünkü bu beyanın diğer paydaşlara karşı açıklanmasıyla ne paylı mülkiyet ilişkisi sona erer ne de ferdî mülkiyete geçilmiş olur^{367, 368}. Paylaştırmamanın tamamlanabilmesi için hâlâ tüm paydaşların anlaşmasına ihtiyaç duyulur³⁶⁹. Oysa bir hukukî ilişkinin sona erdirilmesi için bir anlaşmaya ihtiyaç duyulan durumlarda inşâî haktan söz edilemez³⁷⁰. Dolayısıyla paylaşırma isteme hakkı, inşâî hak olarak değil talep hakkı olarak görülmelidir. Böylece paydaş bu talep hakkını kullanarak payının kendisine aynen verilmesi ya da paylı mülkiyete konu şeyin satılarak kendi payına denk düşen tutarın kendisine verilmesi konusunda diğer paydaşların muvafakat etmesini ister³⁷¹.

Türk hukukunda paylaştırmayı isteme hakkını talep hakkı olarak gören yazarlar, ortaklığın giderilmesi davasının eda davası olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Böylece davacı, bu dava ile payının kendisine aynen verilmesini ya da malın satılarak paylaştırılması konusunda diğer paydaşların muvafakat etmesini amaçlar³⁷². Öğretide bir görüş, ortaklığın sona erdirilmesine ilişkin hak ile paylaştırmamanın yapılması istemini ayrı bir şekilde değerlendirmektedir³⁷³. Bu görüşe göre, ortaklığın sona erdirilmesine ilişkin beyanın paydaşlara ulaşmasıyla birlikte

³⁶⁵ Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁶⁶ Arpacı, s 137.

³⁶⁷ Bu beyanın yöneltilmesiyle paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermeyeceğini, paylaşırma hakkını inşâî hak olarak gören yazarlar dahi kabul etmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 332; Aybay/Hatemi, s. 134; Kurşat, **a.g.e.**, s. 178; Ayan, **a.g.e.**, s. 70)

³⁶⁸ Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁶⁹ Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁷⁰ Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I**, s. 604 vd.

³⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku, C. I**, s. 604 vd.

³⁷³ Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 134.

paylı mülkiyet ilişkisi “tasfiye” sürecine girer³⁷⁴. Bu aşamada paydaşlar paylaşırma konusunda anlaşılamazsa bir paydaş paylaşırma talebini içeren bir eda davası açar³⁷⁵.

Konu ile ilgili Alman hukukundaki görüşlerin de aktarılması gerekir. Alman hukukunda paylı mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkin hükümler Alman Medenî Kanunu’nun 749. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeye göre, her bir paydaş ortaklığın sona erdirilmesini, istedikleri zaman talep edebilir (§ BGB 749, Abs. 1).

Alman hukukunda hâkim olan görüşe göre de, paylaşırmayı isteme hakkının talep hakkı olarak değerlendirilmesi gerekir³⁷⁶. Bu görüşe göre paylaşırma talebi, paydaşların kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan paylaşırma borcunun yerine getirilmesine yönelmiştir³⁷⁷. Öyle ki, Alman Medenî Kanunu’nun 749. maddesindeki şartların bulunması durumunda her bir paydaş, paylaşırmaya ilişkin gerekli işlemleri yapmakla yükümlüdür³⁷⁸. Alman hukukunda paylaşırmayı isteme hakkının inşâî hak olarak değerlendirilmemesinin nedeni, bu hakkın kullanılmasıyla hukukî durumda bir değişiklik olmamasıdır. Zira paylı mülkiyet ilişkisi, bu hakkın kullanılmasıyla değil paylaşırmanın yapılmasıyla sona erer³⁷⁹.

³⁷⁴ Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 134.

³⁷⁵ Aybay/Hatemi, **a.g.e.**, s. 135; Öğretide diğer bir görüş, paylaşırmayı isteme hakkının inşâî bir hak olduğunu belirttikten sonra, bu yönde açılan davanın bir eda davası olduğunu iddia etmektedir (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338 vd).

³⁷⁶ Schmidt, **a.g.m.**, s. 318; Karsten Schmidt (Bearb.), **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, B. 6, 7. Aufl, C.H.Beck, München, 2017, § 749, Rdnr. 40; Schlosser, **a.g.e.**, s. 35; Erman/Aderhold, **BGB**, § 749, Rdnr. 2; Hartwig Sprau (Bearb.), **Palandt BGB**, 77. Aufl, C.H.Beck, München, 2018, § 749, Rdnr. 1.

³⁷⁷ Schulze/Saenger, **BGB**, § 749, Rdnr. 2.

³⁷⁸ Alman Medenî Kanunu’nun 752. maddesinde aynen paylaşırmaya ilişkin şartlar düzenlenmişken; 753. maddesinde satış yoluyla paylaşırmaya ilişkin hükümler bulunur. § BGB 752 hükmüne göre borcun konusu, paylaşırma işlemlerine katılma iken; § BGB 753 hükmüne göre borcun konusu ise, satış işlemlerine ve satış bedelinin paylaşırılmasına katılmadır (Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 20; OLG Hamm, 02.12.1991, 8 U 99/91 (NJW-RR, 1992, 665, 666).

³⁷⁹ Staudinger/Eickelberg, **BGB**, Rdnr. 23.

Alman hukukunda hâkim olan görüşe göre, paylaşırmanın yapılmasını talep edebilme hakkı içinde üç tane hakkı barındırır³⁸⁰. Buna göre paylaşırma beyanı ile diğer paydaşlardan talep edilen hususlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Ortaklığın sona erdirilmesi,
2. Paylaşırmanın belirli bir şekilde yapılması,
3. Paylaşırma plânı çerçevesinde paylaşırma için gerekli olan işlemlerin yapılması.

Böylece paylaşırmayı talep eden paydaş yukarıda belirtilen üç husus hakkında diğer paydaşların rıza göstermelerini talep eder. Eğer diğer paydaşlar bu talebi yerine getirmeye yanaşmazsa, bu talepleri konu alan bir eda davasının açılması gerekir³⁸¹.

Alman hukukunda ise, paylaşırmayı isteme hakkı talep hakkı olarak nitelendirildiğinden bu hakkı konu alan paylaşırma davası da eda davası olarak kabul edilir³⁸². Bu dava ile mahkemeden, paylaşırmaya karşı çıkan davalıların paylaşırma için gerekli olan irade beyanında bulunmalarına ve paylaşırma işlemlerine katılmalarına karar verilmesi talep edilir³⁸³. Paylaşırma davası eda davası olduğu için bu davada kurulan paylaşırma hükmü de eda hükmü olarak değerlendirilir³⁸⁴. Hüküm fıkrası, paydaşların paylaşırma yapmaları konusunda irade beyanında bulunmaya mahkûmiyet içereceği için bu hüküm Alman Medenî Usûl

³⁸⁰ Bu görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Schulze/Saenger, **BGB**, § 749, Rdnr. 2; Jauerning/Stürner, **BGB**, § 758, Rdnr. 1.

³⁸¹ Schulze, Rdnr. 5; Aderhold, **Erman BGB**, § 749, Rdnr. 2.

³⁸² Schulze/Saenger (Bearb.) § 749, Rdnr. 5; Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 40; Schulze/Saenger, **BGB**, § 749, Rdnr. 5; Erman/Aderhold, **BGB**, § 749, Rdnr. 2; Bunun bir sonucu olarak, bu davanın kabul edilmesi durumunda, mahkemenin hükmü, davalıların iradesi yerine geçer (Staudinger/Eickelberg, **BGB**, §§ 741-764, Sellier- de Gruyter, Berlin, 2015, § 749, Rdnr. 13). Böylece bu davada, “iradeye mahkûmiyet” hükmü kurulur (Staudinger/Eickelberg, **BGB**, § 749, Rdnr. 13).

³⁸³ Schulze/Saenger, **BGB**, § 749, Rdnr. 5; Erman/Aderhold, **BGB**, § 749, Rdnr. 2.

³⁸⁴ Schmidt, **MüKO BGB**, § 752, Rdnr. 33.

Kanunu'nun 894. maddesi³⁸⁵ kapsamında icra edilir³⁸⁶. Ancak hüküm fıkrası sadece iradeye mahkûmiyeti içermeyip duruma göre paylaştırılması istenen bir taşınırın teslim edilmesine ilişkin eda hükmü de kurulabilir³⁸⁷. Örneğin, paylı mülkiyete konu taşınırın paylaştırılmasının talep edildiği davanın kabul edilmesi durumunda davalı;

- taşınırın satılmasına katlanmaya,
- satışın yapılması amacıyla taşınırın yetkili merciiye teslim edilmesine,
- satış bedelinden masraflar düşüldükten sonra kalan miktarın yarısının davacıya verilmesine rıza göstermesine mahkûm edilir.

(3) Değerlendirme

Paylaştırmayı isteme hakkı ve bu hakkı konu alan ortaklığın giderilmesi davasının niteliği konusunda yapılan tüm tartışmalar değerlendirildiğinde, kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasının bir inşâî dava olarak kabul edilmesi daha isabetli olur.

Bir paydaşın paylaştırmayı isteme hakkını diğer paydaşlara karşı kullanmasıyla paydaşların paylaştırma konusunda anlaşma yapma borçları ortaya çıkar. Bu anlaşma ile paylaştırma biçimi ve paylaştırmanın nasıl yapılacağı tespit edilmiş olur. Ancak anlaşma aşamasında paylaştırmayı isteme hakkının içeriği henüz tam olarak belli değildir. Bu belirsizliğin nedeni, Türk Medenî Kanunu'nda birden fazla paylaştırma biçiminin yer almasıdır. Gerçekten Kanun'un 699. maddesine göre, paydaşlar aynen paylaştırma veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelin paylaştırılması yollarından birini seçebilir. Hatta bu madde emredici nitelikte olmadığından paydaşlar bu maddede belirtilen paylaştırma biçiminden daha farklı bir paylaştırma biçimine de karar verebilir³⁸⁸.

³⁸⁵ Hükme göre, bir borçlu irade beyanını açıklamaya mahkûm edildiğinde, iradeye mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle birlikte bu açıklamanın yapılmış olduğu kabul edilir.

³⁸⁶ Schmidt, **MüKO BGB**, § 752, Rdnr. 33; Aderhold, **Erman BGB**, § 749, Rdnr. 2.

³⁸⁷ Schmidt, **MüKO BGB**, § 752, Rdnr. 33.

³⁸⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 266.

Kanaatimizce paylaşırma biçimi tespit edilmeden, paylaşırmayı isteme hakkının içeriği tam olarak belirlenemez. Zira paylaşırmayı isteme hakkı, paylaşırma biçiminin nasıl yapılacağı hususunu da kapsar³⁸⁹. Öyleyse paylaşırmayı isteme hakkının kullanıldığı anda paydaşların hangi paylaşırma biçimini seçebilecekleri henüz belli olmadığından, paylaşırmayı isteme hakkının içeriği de tam olarak tespit edilmiş olmaz. Paydaşların paylaşırma hakkının kapsamı konusunda anlaşamaları durumunda, bunun kapsamı ve ne şekilde yapılacağı, ancak bu yönde açılacak bir davayla belirlenir³⁹⁰. Bu bakımdan, paylaşırma hakkının içeriği ve sonuçlarını belirleyen mahkeme hükmü de, inşaî hüküm kapsamında düşünölmelidir³⁹¹. Dolayısıyla paylaşırmayı isteme hakkının inşaî bir hak ve bu hakkı konu olan ortaklığın giderilmesi davasının da inşaî dava olarak kabul edilmesi gerekir.

Ortaklığın giderilmesi davasının inşaî dava olduğunu tespit ettikten sonra paylaşırma hükmünün hangi konularda inşaî etkisi olduğunu açıklanması gerekir. Bu etkininin açıklanabilmesi için öncelikle bir ayırım yapılmalıdır. Bilindiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında paylaşırma hükmüyle ya aynen paylaşırmaya ya da satış yoluyla paylaşırmaya hükmedilir. İşte inşaî etki bakımından aynen paylaşırma hükmü ve satış hükmü birbirinden ayrılmalıdır.

Kanaatimizce aynen paylaşırma hükmünün iki konu hakkında inşaî etkisi bulunur:

İlk olarak, paydaşlar aynen paylaşırma hükmünün kesinleşmesi anıyla birlikte kendilerine özgölenen parçalar üzerinde mülkiyet hakkı kazanmış olur³⁹². Paydaşlar arasında mevcut olan paylı mülkiyet ilişkisi de hükmün kesinleşmesiyle sona ermiş olur. Aynen paylaşırma hükmüyle, paylı mülkiyet ilişkisi ortadan

³⁸⁹ Karş. Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 20.

³⁹⁰ Aybay, **Taksim**, s. 14; Kurşat, **a.g.e.**, s. 289.

³⁹¹ Aybay, **Taksim**, s. 14; aynı yönde bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 184, dn. 2.

³⁹² Bu yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 78 vd; *Hatemi/Aybay*, **a.g.e.**, s. 140 vd; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 429; Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 481; Serozan, **a.g.e.**, s. 244; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Wicki, **a.g.m.**, s. 108; bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. aşıa. XIV, A, 1, a.

kaldırılarak mevcut bir hukukî durum sona erdirilir. Yine bu hükümle paydaşların ferdî mülkiyete geçmesi sağlanarak³⁹³ yeni bir hukukî durum yaratılmış olur³⁹⁴. Dolayısıyla aynen paylaşırma hükmü, bu yönüyle inşâî etkiyi haizdir. Nitekim Yargıtay da davanın bu özelliğinden hareket ederek söz konusu davayı, “*paylı ve elbirliği halinde mülkiyet hükümlerine tabi mallarda ortaklar arasındaki hukukî ilişkiyi sona erdiren*” ve “*birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan*” dava olarak tanımlamaktadır³⁹⁵.

İkinci olarak, paylaşırma hakkının içeriği ve şartları ilk kez mahkemenin bu kararıyla belirlenmiş olur. Gerçekten de mahkemenin bu hükmü, paydaşların kendi aralarında yaptıkları paylaşırma sözleşmesinin yerine geçer³⁹⁶. Mahkemenin bu kararıyla birlikte artık kanundaki paylaşırma türleri değil mahkemenin vermiş

³⁹³ “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallar ile haklarda, paydaş ya da ortaklar arasında yürürlükte olan hukukî ilişkiyi sona erdirip bireysel mülkiyete geçişi sağlayan, iki taraflı, yanlar için benzer sonuçlar doğuran davalardır [...]” İzmir BAM 6. HD, 17.7.2017, E. 2017/1684, K. 2017/1468 (Kazancı).

³⁹⁴ Mirasın paylaşırılması davası açısından da benzer sonuç için bkz. Jost, **a.g.e.** 38; Aral, **a.g.e.**, s. 59; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 689; M. Kemal Oğuzman, **Miras Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 320 vd; Mustafa Dural/Turgut Öz, **Miras Hukuku**, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 480. Öte yandan öğretide *Hatemi*’ye göre, paylaşırma sadece dava yoluyla değil; aynı zamanda paydaşların kendi aralarında yapacağı sözleşmeyle de gerçekleşebileceğinden bu dava, inşâî dava olarak nitelendirilmemelidir (Hatemi, **a.g.e.**, s. 165). Belirtmek gerekir ki, tarafların aynı inşâî sonuca, dava açmadan da ulaşabilmeleri, o davanın inşâî niteliğini ortadan kaldırmaz. Burada önemli olan şey, bu davada verilen hükümle, inşâî bir sonucun oluşup oluşmadığının tespitidir. Nitekim Alman hukukunda, inşâî davalar, gerçek ve gerçek olmayan inşâî dava olmak üzere ikiye ayrılır (Ekkehard Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, 5. Aufl, C.H.Beck, München, 2016, Vor. § 253, Rn. 29; bu ayrımın gereksizliği hakkında bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 24 vd). Gerçek olmayan inşâî davalarda (*unechte Gestaltungs-klage*), inşâî sonucun gerçekleşmesi için, dava açılmasına gerek yoktur. Taraflar, dava açmadan da, bu sonucu gerçekleştirebilir (Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, Vor. § 253, Rn. 29). Örneğin, Alman hukukunda kolektif şirketin tasfiyesi davası, bu şekilde değerlendirilir. Zira ortaklar, mahkeme hükmüne gerek duymadan tasfiye işlemini kendileri gerçekleştirebilir (Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, Vor. § 253, Rn. 29). Gerçek inşâî davada (*echte Gestaltungs-klage*) ise, inşâî sonucun doğması için mutlaka bir mahkeme kararı gerekir. Örneğin boşanma davası gerçek inşâî davadır. Zira bu konuda dava açılmadan, bu sonucun gerçekleşmesi mümkün değildir (Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, Vor. § 253, Rn. 29). Ancak her iki tür davanın da, esas olarak inşâî dava olduğuna şüphe yoktur. Bu sebeple *Hatemi*’nin bu şekildeki değerlendirmesine katılamamaktayız.

³⁹⁵ Yarg. 6. HD, 24.3.2003, E. 2003/1643, K. 2003/1760 (Kazancı); aynı şekilde bkz. Yarg. 6. HD, 18.3.2003, E. 2003/1448 K. 2003/1607 (Kazancı).

³⁹⁶ Karş. Abt/Weibel, **a.g.e.**, s. 1438.

olduğu karara göre bir paylaşırma yapılması tarafları bağlayıcı şekilde tespit edilmiş olur.

Satış yoluyla paylaşırma hükmünde ise hükmün kurucu etkisi mevcut olmaz. Zira satış yoluyla paylaşırma kararı verildikten sonra paylı mülkiye konu olan şeyin artırma yoluyla satılması gerekecek ve mülkiyet alıcıya ihale anında geçecektir³⁹⁷. Bununla birlikte, satış hükmünün kurucu etkisinin bulunmaması o hükmün inşâi etkiye sahip olmadığı anlamına gelmez. Zira paylaşırmanın nasıl yapılacağı ve bunun kapsamı, paydaşları da bağlayacak şekilde, ilk kez bu hükümle belirlenir³⁹⁸. Mahkeme hükmü işte bu yönüyle inşâi etkiye sahiptir.

Son olarak, satış hükmü verildikten sonra bu hükmün yerine getirilmesi için bazı işlemlerin (satış talebi gibi) yapılmasının gerekmesinin satış hükmünün inşâi hüküm kapsamında düşünölemeyeceği anlamına gelmediği belirtilmelidir³⁹⁹. Nitekim bazı durumlarda, inşâi hükme bağlı ve onun cüz'ü olarak nitelendirilebilecek edaya ilişkin yükümlölükler bulunabilir⁴⁰⁰. Kaldı ki, normal bir yargılamada verilen hükmün icrasından farklı olarak, ortaklığın giderilmesi davasında yargılama aşaması ile icra aşaması birbirinden katı bir şekilde ayrılamaz⁴⁰¹. Satışın yapılması için icraî işlemlerde bulunulması zorunluluğu, paylaşırma hükmünün bir kısmını teşkil etmekte olup bu durum, hükmün inşâi vasfını ortadan kaldırmaz⁴⁰². Paylaşırmaı isteme hakkının satış yoluyla gerçekleştirileceği, ilk kez mahkemenin hükmüyle

³⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Ögüz, **a.g.e.**, s. 47 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 162; “[...] Demek oluyor ki, mücerret satış suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin ilâm ile müşterek mülkiyetin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. İlâm infaz edilmedikçe, her paydaş paydaşlıktan doğan haklarını kullanabilir. Nitekim HUMK’nun 572. maddesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Durum bu olunca da, davacının şuf’a hakkının varlığını kabul etmek gerekir [...]” Yarg. HGK, 17.3.1982, E. 1981/6-299, K. 1982/270 (YKD, 1983/1, s. 23-27).

³⁹⁸ Aybay, **Taksim**, s. 16; Kurşat, **a.g.e.**, s. 289.

³⁹⁹ Aybay, **Taksim**, s. 14 vd.

⁴⁰⁰ Benzer yaklaşım için bkz. Önen, **İnşai Dava**, s. 83. dn. 47, s. 196; Aral, **a.g.e.**, s. 60; Aybay, **Taksim**, s. 15.

⁴⁰¹ Luzern Obergericht, 24.04.1990 (**Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide**, 1990, 7, 12). Benzer şekilde karş. “[...] İhalenin feshi davasını açan Av. ... izaleyi şuyuu ve satış dosyasında vekaletnameleri mevcut olup, ihalenin feshi davası aşamasında anılan vekaletler iptal edilmediği sürece vekil, müvekkilleri adına işlem yapabilir [...]” Yarg. 12. HD, 17.3.2005, E. 2005/813, K. 2005/5600 (Kazancı).

⁴⁰² Önen, **İnşai Dava**, s. 83. dn. 47.

ortaya çıkmış ve tarafların hukukî durumu da buna göre şekillenmiş olduğundan, satış yoluyla paylaştırma hükmü inşai hüküm olarak kabul edilmelidir⁴⁰³.

c. Paylaştırma Sözleşmesinin İfası Davası

Paydaşlar, aralarında yapacakları sözleşmeyle, paylaştırmanın ne şekilde gerçekleştirileceğini belirleyebilir. Bu sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesi durumunda açılacak olan ifa davası, her ne kadar ortaklığın giderilmesi davası şeklinde ortaya çıksa da⁴⁰⁴, nitelik itibarıyla artık bir eda davasıdır⁴⁰⁵. Zira bu dava ile zaten içeriği taraflarca belirlenmiş olan paylaştırma hakkının sadece yerine getirilmesi talep edilir. Mahkeme, bu dava sonunda paylaştırma hakkının içeriğine ilişkin bir karar vermeyip sadece sözleşme ile borçlanılan şeyin yerine getirilmesine ilişkin eda hükmü tesis eder.

ç. Paylaştırma İsteme Hakkının Bulunduğunun Tespiti Davası

İsviçre hukukunda, sadece paylaştırmayı talep hakkının mevcudiyetine ilişkin bir davanın açılabilmesi mümkündür⁴⁰⁶. İsviçre hukukunda bu davanın, bir tespit davası olduğu ifade edilmiştir⁴⁰⁷. Zira hükümle, paylaştırmayı talep hakkının bulunduğu (paylaştırmayı talep hakkının kullanılmasını engelleyen bir durumun bulunmadığı) tespit edilmiş olur⁴⁰⁸. Bundan sonra açılacak olan ve inşai dava niteliğindeki paylaştırma davasında, artık paylaştırmayı talep hakkının mevcut olup olmadığı tartışma konusu yapılamaz⁴⁰⁹.

Türk hukukunda durum farklıdır. Yargıtay'a göre, paylaştırma talep edilmeksizin sadece paylı mülkiyet ilişkisinin sonlandırılmasını konu alan dava

⁴⁰³ Aybay, **Taksim**, s. 16, 17; ayrıca bkz. Önen, **İnşai Dava**, s. 84, dn. 5, s. 196.

⁴⁰⁴ Robert Haab/August Simonius/Werner Scherrer/Dieter Zobl, **Das Sachenrecht**, Schultess, Zürich, 1977, s. 156.

⁴⁰⁵ Bu yönde bkz. Guldener, **a.g.e.**, s. 212; Aybay, **Taksim**, s. 16. Kurşat, **a.g.e.**, s. 288.

⁴⁰⁶ Bu yönde bkz. Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 650, Rdnr. 6.

⁴⁰⁷ Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 650, Rdnr. 6.

⁴⁰⁸ Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 650, Rdnr. 6.

⁴⁰⁹ Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 650, Rdnr. 6.

açılmaz. Zira paylı mülkiyet ilişkisi, ancak paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılmasıyla sona erer⁴¹⁰.

Yargıtay'ın kararı kanaatimizce isabetlidir. Zira hukukî himaye ihtiyacı, başka bir dava ile tam olarak tatmin edilebiliyorsa, bu konuda bir tespit davası açılmasında hukukî menfaat bulunmaz⁴¹¹. Örneğin, o konuda bir inşai dava açma olanağı varken, sadece bu inşai hakkın varlığının tespitinin istenmesinde hukukî menfaat yoktur⁴¹². Öyleyse paylaştırma davası açmak mümkünken, paylaştırma hakkının mevcut olup olmadığının tespitini istemekte hukukî menfaat bulunduğu söylenemez⁴¹³.

2. Talebin İleri Sürülüş Şekline Göre

a. Davaların Yığılması

Davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla aslî talebini aynı davada ileri sürmesi durumunda dava yığılması söz konusu olur (HMK m. 110)⁴¹⁴. Buna göre, davaların yığılmasında, esasen birden fazla dava konusu mevcuttur⁴¹⁵.

⁴¹⁰ “[...] Demek oluyor ki, mücerret satış suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin ilâm ile müşterek mülkiyetin sona erdiğini kabul etmek mümkün değildir. İlâm infaz edilmedikçe, her paydaş paydaşlıktan doğan haklarını kullanabilir. Nitekim HUMK'nun 572. maddesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Durum bu olunca da, davacının şuf'a hakkının varlığını kabul etmek gerekir [...] ” Yarg. HGK, 17.3.1982, E. 1981/6-299, K. 1982/270 (YKD, 1983/1, s. 23-27); aynı yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Mevzuatımızda da ortaklığın giderilmesi davası, her zaman paylaştırma talebini içine alacak şekilde kullanılmıştır. Bkz. HMK m. 322/2; Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/7; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 18/2; Tapu Sicili Tüzüğü (RG 17.08.2013 – 28738) m. 20/1-d; Bölge Adliye ve Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 171/1-h, m. 181/1, m 182/2; Mal Memurlarının Kayyımlığı Hakkında Yönetmelik (RG 16.05.2009 – 27230) m. 9/3.

⁴¹¹ Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 112; Hanağası, **a.g.e.**, s. 252.

⁴¹² Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 112; Hanağası, **a.g.e.**, s. 252; Ansay, **a.g.e.**, s. 230.

⁴¹³ Aynı yönde bkz. Kuru, **C. VI**, s. 6232.

⁴¹⁴ Uğur Bulut, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 23 vd; Heinrich Behrends, **Die Anspruchshäufung im Zivilprozeß**, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1935, s. 23; Dorothea Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, (§§ 253-299a), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/Boston, 2013, § 260, Rdnr. 14; Thomas/Putzo, **ZPO**, § 260, Rdnr. 1;

Ortaklığın giderilmesi davasıyla, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması talep edilir. Burada ayrıca bu ilişkinin sona erdirilmesi talebinde bulunulması gerekli değildir. Zira bu ilişki, paylaştırmanın yapılmasıyla sona ermiş olur. Öyleyse bu davada sadece bir talep mevcuttur. Dolayısıyla bu talep açısından, ortaklığın giderilmesi davasında, davaların yığılması söz konusu olmaz. Bununla birlikte, ortaklığın giderilmesi, paydaşları aynı birden fazla şey için talep edilirse⁴¹⁶, davaların yığılması söz konusu olur. Çünkü bu durumda, birbirinden bağımsız birden fazla mülkiyet hakkı mevcut olup⁴¹⁷ bunlar için ayrı ayrı paylaşırma hükmü kurulmalıdır⁴¹⁸. Bir görüşe göre, davalı bu şekilde açılan davaya itiraz ederse, bu dava görülemez⁴¹⁹. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü objektif dava yığılmasının geçerli olması ve her bir talebin aynı davada değerlendirilebilmesi, davalının bu yöndeki rızasına bağlı değildir⁴²⁰. Zira davaların yığılmasına ilişkin düzenlemede, davalının menfaati değil, usûl ekonomisi ilkesi göz önünde bulundurulmuştur⁴²¹.

Davaların yığılmasında olduğu gibi terditli davada da birden fazla talep vardır. Ancak bu talepler, davacı tarafından kademeli olarak ileri sürülür. Bu davayla davacı, asıl talebi reddededilirse fer'î talebi hakkında karar verilmesini ister (HMK m. 111). Ortaklığın giderilmesi davasında davacı, paylaştırmanın türü hakkındaki

Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 222; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 354; Ulukapı, **Usûl**, s. 229 vd.

⁴¹⁵ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1093; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 222; Bulut, **a.g.e.**, s. 30 vd; Behrends, **a.g.e.**, s. 23; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 260, Rdnr. 14, Rdnr. 3.

⁴¹⁶ Bkz. Aybay, **Taksim**, s. 31; Kurşat, **a.g.e.**, s. 245 vd.

⁴¹⁷ “[...] Ortaklığın giderilmesi davalarında taksim istenmesi halinde dava konusu her taşınmazın ayrı ayrı ele alınarak pay ve paydaş durumuna göre taksimin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir [...]” Yarg. 19.11.2001, E. 2001/8785, K. 2001/8920 (Kazancı).

⁴¹⁸ Aybay, **Taksim**, s. 31; paydaşlarının tamamının istemesi durumunda, mahkemenin dava konusu edilen şeyleri, paydaşlara ayrı ayrı tahsis edebilmesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Aybay, **Taksim**, s. 31.

⁴¹⁹ Aybay, **Taksim**, s. 31.

⁴²⁰ Bu yönde ayrıca bkz. İsmet Sungurbey, **Medenî Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1972, s. 22.

⁴²¹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1092; Bulut, **a.g.e.**, s. 53 vd; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 260, Rdnr. 2.

taleplerini terditli olarak ileri sürebilir⁴²². Örneğin, davacı öncelikle aynen paylaşırma; bu mümkün değilse satış yoluyla paylaşırmanın yapılmasını isteyebilir.

Terditli davada, mahkemenin talepleri hangi sırayla inceleyeceği hususunu, davacı belirler. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında, bu durum farklı olabilir. Zira çift taraflı yapısı sebebiyle bu davada, davalı da paylaşırma talebinde bulunabilir. Örneğin, satış talebiyle açılan davada davalı aynen paylaşırma isteyebilir. Böyle bir durumda iki ayrı talep ortaya çıkar. Paylaşırma türü konusunda kanunî bir önceliğin bulunduğu görüşü kabul edilirse⁴²³; mahkeme, ilk olarak davalının aynen paylaşırma talebi hakkında; aynen paylaşırma mümkün değilse satış talebi hakkında hüküm kurmalıdır.

b. Kısmî Dava

Talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısım için dava açılması durumunda kısmî davanın varlığından bahsedilir (HMK m. 109/1)⁴²⁴.

Ortaklığın giderilmesi davası inşâî dava olduğu için⁴²⁵, öncelikle inşâî davaların kısmî dava şeklinde (kısmî inşâî dava; “*Teilgestaltungsklage*”⁴²⁶) açılıp açılmayacağı meselesinin üzerinde durulmalıdır.

Bir görüşe göre, inşâî dava ile hedeflenen şeyin niteliği itibariyle bölünebilir olup olmadığına bakılmalıdır⁴²⁷. Eğer inşâî dava ile hedeflenen şey bölünebilir nitelikte ise kısmî inşâî dava açılabilir⁴²⁸. Alman hukukunda bu duruma anonim

⁴²² Aybay, **Taksim**, s. 40.

⁴²³ Bu konu hakkında bkz. aş. V, B.

⁴²⁴ Bu konu hakkında bkz. Akil, **Kısmî Dava**, s. 63 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 213; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 352; Ulukapı, **Usûl**, s. 226.

⁴²⁵ Bu konuda bkz. yuk. IV, B, 1, b.

⁴²⁶ Kavram için bkz. Stefan Trommler, **Die Teilklage im Zivilprozess**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, s. 30; Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, § 253, Rdnr. 155.

⁴²⁷ Trommler, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁴²⁸ Trommler, **a.g.e.**, s. 29 vd; Gottwald, **MüKO ZPO**, § 322, Rdnr. 185.

şirket genel kurul kararının iptali davası⁴²⁹ (§ AktG 246) ve kolektif ortaklıkta temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin dava⁴³⁰ (§ HGB 117) örnek olarak gösterilmektedir. Bu kapsamda Alman hukukunda anonim şirket genel kurulunda alınan kararlardan sadece birinin iptali için açılan dava veya kolektif ortaklıkta temsil yetkisinin bir bölümünün kaldırılması için açılan dava kısmî dava olarak nitelendirilmiştir⁴³¹.

Ortaklığın giderilmesi davasında hedeflenen şey paylı mülkiyet ilişkisi sona erdirilerek paylı mülkiyete konu olan şeyin paylaştırılmasıdır. Nitekim paylaştırma talebiyle esasen paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaştırılması istenir⁴³².

Paydaşların tamamının istemesi durumunda paylı mülkiyete konu olan şeyin bir kısmının paylaştırılmasına karar verilebilir⁴³³. Paylı mülkiyete konu şeyin bir kısmının paylaştırılmış olması eski paylı mülkiyet ilişkisinin sona ermesi ve paylaştırılmamış olan parça üzerinde tekrar paylı mülkiyet ilişkisi kurulması demektir⁴³⁴. Bu görüş takip edilirse, paylı mülkiyete konu şeyin bir kısmı için açılan davayı kanaatimizce kısmî değil tam dava olarak nitelendirmek gerekir. Zira davanın sonunda paylı mülkiyet ilişkisi sona ermiş ve paylaşılmayan kısım üzerinde yeni bir paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

Son olarak kısmî dava konusu mirasın paylaştırılması davası için de incelenmelidir. Mirasın paylaştırılması terekenin tamamı şeklinde olabileceği gibi terekede bulunan bazı malların paylaştırılması şeklinde de yapılabilir (TMK m. 642/2). Başka bir anlatımla, bir mirasçı terekenin tamamının paylaştırılmasını

⁴²⁹ Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, § 253, Rdnr. 155.

⁴³⁰ Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, § 253, Rdnr. 155; Trommler, **a.g.e.**, s. 30.

⁴³¹ Becker-Eberhard, **MüKO ZPO**, § 253, Rdnr. 155; Trommler, **a.g.e.**, s. 30; *Trommler*, temsil yetkisinin bir kısmının geri alınması için açılan davanın esasen tam dava olduğunu, temsil yetkisinin geri alınması hususunda haklı sebebin bulunması durumunda mahkemenin temsil yetkisinin tamamını geri alacağını ifade etmektedir (Trommler, **a.g.e.**, s. 30).

⁴³² Aybay, **Taksim**, s. 30.

⁴³³ Yarg. 14. HD, 27.5.2019, E. 2016/13356, K. 2019/4786 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 8.4.2019, E. 2016/5203, K. 2019/3227 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 19.1.2011, E. 2010/9982, K. 2011/244 (Kazancı); Aybay, **Taksim**, s. 30.

⁴³⁴ Aybay, **Taksim**, s. 30.

istemeden sadece bir malın paylaşılması için dava açabilir⁴³⁵. Kanaatimizce terekede bulunan bir malın paylaşılması için açılan davanın kısmî dava olarak değerlendirilmesi mümkündür. Burada yine davanın miras ortaklığını sona erdirip erdirmemesi bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, terekede beş taşınmaz mevcut olsun. Sadece bir taşınmaz için açılan dava sonunda verilen paylaşırma hükmü mirasçılar arasındaki miras ortaklığını sona erdirmes. Dolayısıyla tek bir taşınmazın paylaşılmasının istenmiş olduğu davada kısmî davaya ilişkin sonuçlardan bazıları uygulanabilir. Örneğin, böyle bir davada dava konusunun değeri terekenin tamamı değil sadece paylaşılması istenen taşınmazın değeri olmalıdır.

c. Karşı Dava

Davalı, asıl dava konusuyla bağlantılı talebi hakkında, cevap dilekçesiyle davacıya karşı bir dava açabilir. Bu davaya, karşı dava adı verilir (HMK m. 132)⁴³⁶.

Ortaklığın giderilmesi davasında, davalı paydaşın paylaşırma talebi için karşı dava açıp açamayacağı meselesinin üzerinde durulmalıdır. İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre, davalı paydaş bu talebi için karşı dava açabilir⁴³⁷. Hatta İsviçre hukukunda, ortaklığın giderilmesi davasından feragat edilmesi davayı sona erdirdiğinden⁴³⁸, davalının bu durumu engellemek için karşı dava açması tavsiye edilmektedir⁴³⁹.

İsviçre hukukunun aksine, Türk hukuku'nda kanaatimizce davalının karşı dava açması mümkün değildir. Aynen paylaşırmanın istendiğı dava derdestken, diğer bir paydaşın aynı şey için aynen paylaşırma talep ederek karşı dava açması

⁴³⁵ Türk Medenî Kanunu'nun 642. maddesinin ikinci fıkrasının bu şekilde bir davaya izin verdiğı hakkında ayrıntılı olarak bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1079; bu konuda ileri sürülen görüşler için toplu olarak bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1076 vd.

⁴³⁶ Bu konu hakkında bkz. Akil, **Kısmî Dava**, s. 63 vd; Karafakih, **Usul**, s. 150; Önen, **Yargılama**, s. 173; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 213; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 97, Rdnr. 1. Okonska, **a.g.e.**, s. 67; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 398 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 277 vd.

⁴³⁷ Genel olarak bkz. Grieder, **a.g.e.**, s. 75 vd; Jost, **a.g.e.**, s. 40.

⁴³⁸ Bu konu hakkında bkz. aşı. XI, A.

⁴³⁹ Bu konu hakkında bkz. aşı. XI, A.

durumunda, her iki davanın talep sonuçları aynı olur. Dolayısıyla kanaatimizce karşı derdestlik sebebiyle reddi gerekir. Aynı şekilde, satış yoluyla paylaştırmanın istendiği dava derdestken, diğer bir paydaşın aynı şey için satış yoluyla paylaştırma talebini içeren karşı dava açması durumunda da, karşı davanın derdestlik sebebiyle reddedilmesi gerekir. Yine öncelikle aynen paylaştırma, bu mümkün olmazsa satış yoluyla paylaştırmanın istendiği davaya karşı, satış yoluyla paylaştırma talebiyle karşı dava açılmaz. Zira terditli davalarda fer'î talep, asıl taleple birlikte derdest olur⁴⁴⁰.

Buna karşılık, aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davaya karşı, davalının satış yoluyla paylaştırma talebini içeren karşı dava açması durumunda derdestlikten söz edilemez. Zira aynen paylaştırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talepleri birbirinden farklı taleplerdir⁴⁴¹. Ancak aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davaya karşı, satış yoluyla paylaştırma talebini içeren karşı dava açılması yine de mümkün değildir. Çünkü bu talebi içeren bir karşı dava açılmasında kanaatimizce hukukî menfaat yoktur (HMK m. 114/1-h). Bilindiği üzere, aynı dava içerisinde ileri sürülmesi mümkün bulunan iddia ve savunmalar hakkında, ayrıca dava açılmasında hukukî menfaat bulunmaz⁴⁴². Oysa ortaklığın giderilmesi davasında davalı, dava açmadan paylaştırma türüne ilişkin talebini ileri sürebilir. Üstelik Türk hukukunda, ortaklığın giderilmesi davasından feragat edilmesi, davanın hemen sona ermesine neden olmayıp bu ihtimâlde dahi davalılar, davaya devam edilmesini isteyebilir⁴⁴³. Öyleyse davanın sona ermesini engellemek için karşı dava açılmasında menfaat bulunduğu görüşü ortaklığın giderilmesi açısından savunulamaz.

Ortaklığın giderilmesi davası, paylı mülkiyete konu şeyin bir bölümü için açılmış olabilir⁴⁴⁴. Mahkemenin paylı mülkiyete konu şeyin bir kısmının paylaştırılmasına karar verebilmesi için tüm paydaşların bu kısım hakkında

⁴⁴⁰ Timuçin Muşul, **Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri**, 2. Bası, Ankara, 2009, s. 179.

⁴⁴¹ Bu konu hakkında bkz. aş. VII, B, 1, c.

⁴⁴² Genel olarak bkz. Hanağası, **a.g.e.**, s. 275.

⁴⁴³ Bu konu hakkında bkz. aş. XI, A, 2.

⁴⁴⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. IV, B, 2, b.

paylaştırılma yapılmasını istemesi gerekir⁴⁴⁵. Başka bir anlatımla, davalı konumda yer alan paydaş paylı mülkiyete konu şeyin bir kısmı için açılan davada paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaştırılmasını talep edebilir. Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı dava olduğu ve davalının da davacı gibi değerlendirilmesi ve dava konusunu belirleyebilmesinin bir sonucu olarak paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaştırılması talebi karşı dava açılmadan ileri sürülebilir⁴⁴⁶.

Aynı sonuç mirasın paylaştırılması davası için de geçerli olmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir mirasçı terekenin tamamı için değil bir kısmını teşkil eden unsurların paylaştırılması için dava açabilir⁴⁴⁷. Bununla birlikte, böyle bir dava açılması durumunda mirasçılardan birinin terekenin tamamının paylaştırılmasını istemesi durumunda hâkim terekenin tamamını paylaştırmalıdır (TMK m. 642/2)⁴⁴⁸. Üstelik davalının burada terekenin tamamının paylaştırılmasını içeren talebi, esasen kısmî paylaşmaya rıza göstermediğine ilişkin bir itiraz olarak düşünülebilir⁴⁴⁹. Çift taraflı davanın bir sonucu olarak, burada davalı mirasçının terekenin tamamının paylaştırılmasına ilişkin talebi için karşı dava açmasına kanaatimizce gerek yoktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu davada davacı gibi değerlendirilen davalı paylaştırmaya ilişkin taleplerini ileri sürebilir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Yarg. 14. HD, 27.5.2019, E. 2016/13356, K. 2019/4786 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 8.4.2019, E. 2016/5203, K. 2019/3227 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 19.1.2011, E. 2010/9982, K. 2011/244 (Kazancı); Aybay, **Taksim**, s. 30.

⁴⁴⁶ Böyle bir durumda dava değerinin artacak olması ve buna bağlı olarak eksik harcın tamamlattırılması ayrı bir meseledir. Böyle bir durumda eksik kalan harç kanaatimizce paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaştırılmasını talep eden paydaş tarafından tamamlanmalıdır (Bu konu hakkında bkz. § 15, A, 2.

⁴⁴⁷ Ergüne, **a.g.m.**, s. 1079; bu konuda ileri sürülen görüşler için toplu olarak bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1076 vd.

⁴⁴⁸ Terekede yer alan belli mallar için açılan paylaşırma davasında davalılara terekenin tamamının paylaştırılmasını talep edebilme yetkisi verilmesinin davanın çift taraflı yapısına uygun olduğu hakkında bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1082.

⁴⁴⁹ Karş. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1082.

⁴⁵⁰ Bkz. yuk. III, B.

V. Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Tasarruf İlkesi

1. Davanın Açılması Bakımından

Tasarruf ilkesine göre, yargılama ancak hak sahibinin o konuda bir dava açmasıyla başlar⁴⁵¹. Mahkeme, tarafların talebi olmadan kendiliğinden bir davayı inceleyip karara bağlayamaz (HMK m. 24/1).

Taraflarının talebi olmaksızın yargılamanın başlayamayacağına ilişkin ilke, ortaklığın giderilmesi davası bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla paydaşlar ortaklığın giderilmesi davası açmadıkça mahkeme kararıyla paylaşırma yapılması mümkün değildir. Ortaklığın giderilmesi davasının paydaş dışındaki üçüncü kişiler tarafından açılması durumu da⁴⁵² tasarruf ilkesine aykırılık yaratmaz. Zira bu ihtimâlde bile mahkeme paylaştırmaya ilişkin kendiliğinden harekete geçmemekte; yargılamanın başlaması için üçüncü kişinin talebine ihtiyaç duymaktadır.

Tasarruf ilkesine göre, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz (HMK m. 24/2)⁴⁵³. Bu kural, ortaklığın giderilmesi davasında kanaatimizce farklılık arz eder. Çünkü bu davada paylaşırma hükmü sadece davacı lehine değil aynı zamanda davalı lehine de kurulmak zorundadır. Öyleyse bu konuda bir dava açmamış paydaş için de paylaşırma hükmü kurulacaktır. Paylaşırma hükmü verildikten sonra aynı konuda tekrar bir dava

⁴⁵¹ Bu konu hakkında bkz. Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 73; Nedim Meriç, “Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XII, SDÜHFD**, 2014/2, s. 29; ayrıca bkz. Karafakih, **Usul**, s. 74; Önen, **Yargılama**, s. 140 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 178 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 118 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 118 vd.

⁴⁵² Bu konu hakkında bkz. aşa. VIII, A, 2, c.

⁴⁵³ Meriç, **Tasarruf**, s. 77; Bilge Umar, **İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi**, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973, s. 3; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 120.

açılması hükmün inşaî etkisi sebebiyle mümkün değildir⁴⁵⁴. Öyleyse, davacının talep etmiş olduğu paylaşırma türünü uygun bulmayan davalı paydaş, bu davada kendi talebini ileri sürmeye bir anlamda zorlanmış olmaktadır.

Bir görüşe göre, tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, davalılar talep etmedikçe ortaklığın giderilmesi davasında onların lehine bir hüküm kurulamaz⁴⁵⁵. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü ortaklığın giderilmesi davası, sadece davacının payının kendisine verilmesini değil; işin niteliği gereği diğer paydaşların paylarının da onlara verilmesi talebini bünyesinde taşır. Bu davanın niteliği göz önüne alındığında, davalıların payları verilmeden paylaşırmanın yapılabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, yargılamaya aktif olarak katılmayan⁴⁵⁶, dava dilekçesine cevap vermeyen⁴⁵⁷ ve hatta davanın reddini talep eden davalılara⁴⁵⁸ da, payları verilmek zorundadır.

2. Davanın Yürütülmesi ve Dava Konusu Üzerinde Tasarruf Edilebilmesi Bakımından

Tasarruf ilkesine göre taraflar, davanın yürütülmesinde serbesttir⁴⁵⁹. Örneğin⁴⁶⁰, iki tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda davaya devam edilmesi

⁴⁵⁴ Benzer yaklaşım için bkz. Reutlinger, **a.g.e.**, s. 23; bu konu hakkında ayrıca bkz. aşa. XIV, B, 3, a.

⁴⁵⁵ Mirasın paylaşırılması davası için bkz. Thomas Sutter-Somm/Cordula Lötscher, “Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis” **Successio**, 2013/4, s. 357; Tarkan Göksu, “Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage” **Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo**, Schultess, Zürich, 2014, s. 140; ayrıca bkz. Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Bosshardt/Moritz B. Kocher, “Rechtsbegehren im Erbrecht”, **Successio**, 2018/4, s. 24; karşı. Thomas Sutter-Somm, “Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen”, **SZZP**, 2007/15, s. 305.

⁴⁵⁶ Benzer bir yaklaşım için bkz. Sogo, **a.g.e.**, s. 59.

⁴⁵⁷ Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, **Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung**, 3. Aufl, Schultess Polygraphischer, Zürich, 1997, § 60, Rdnr. 3; Werner, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁵⁸ Benzer bir yaklaşım için bkz. Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651 Rdnr. 17; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18.

⁴⁵⁹ Meriç, **Tasarruf**, s. 169 vd; Önen, **Yargılama**, s. 141.

⁴⁶⁰ Meriç, **Tasarruf**, s. 176 vd; Meriç, **Değerlendirme**, s. 45.

mümkün olmayıp dava dosyası işlemde kaldırılır (HMK m. 150). Ortaklığın giderilmesi davası, bu yönüyle diğer davalardan farklı bir özellik göstermez. Bu sebeple ortaklığın giderilmesi davasının yürütülmesinde tasarruf ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir.

Tasarruf ilkesine göre, taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilir (HMK m. 24/1)⁴⁶¹. Buna göre, davanın açılması tarafların dava konusunu devretmelerine (HMK m. 125) engel değildir (HMK m. 24/3)⁴⁶². Ortaklığın giderilmesi davasında da taraflar, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Bu davanın açılması, tarafların paylarını devretmelerine engel olmaz⁴⁶³.

3. Davanın Sona Erdirilmesi Bakımından

Tasarruf ilkesine göre taraflar, davanın sona erdirilmesinde de serbesttir⁴⁶⁴. Buna göre davacı, karşı tarafın veya mahkemenin rızasına ihtiyaç duymadan davasından tamamen veya kısmen feragat edebilir (HMK m. 309/2); davalı da davacının talep sonucunun tamamını veya bir kısmını kabul edebilir (HMK m. 308/1).

Ortaklığın giderilmesi davasında da, davanın sona erdirilmesi açısından, tasarruf ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. Şu kadar ki, çift taraflı yapısından ötürü bu davadan feragat edilmesi tek başına davayı sona erdirmeyip bu feragat beyanına rağmen davalıların davaya devam etmek istemeleri durumunda dava kaldığı yerden devam eder⁴⁶⁵. Kanaatimizce bu durum tasarruf ilkesine aykırı değildir. Çünkü davacı bu davayla sadece kendi payı değil paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaşılmasını talep etmektedir. Dolayısıyla bu dava artık sadece davacının değil diğer paydaşların da paylarını ilgilendirir. Diğer bir ifadeyle, bu dava bir anlamda

⁴⁶¹ Bu konu hakkında bkz. Meriç, **Tasarruf**, s. 91 vd; Meriç, **Değerlendirme**, s. 32 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 77, Rdnr. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 179.

⁴⁶² Meriç, **Tasarruf**, s. 154.

⁴⁶³ Bu konu hakkında ayrıca bkz. a.ş. X, B, 1.

⁴⁶⁴ Meriç, **Tasarruf**, s. 189 vd; Meriç, **Değerlendirme**, s. 46 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 179; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 121.

⁴⁶⁵ Bu konu hakkında bkz. a.ş. XI, A, 2.

davalı tarafta bulunan paydaşların da davasıdır. Öyleyse tüm paydaşlar istemedikçe bu davanın feragat sebebiyle sona ermesi uygun olmaz⁴⁶⁶.

B. Hâkimin Tarafların Talepleriyle Bağlı Olması

Tasarruf ilkesinin bir diğer görünümü taleple bağıllık ikesidir⁴⁶⁷. Bu ilkeye göre, hâkim kural olarak tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m. 25/1)⁴⁶⁸.

İlk olarak, ortaklığın giderilmesi davasında sadece aynen paylaşırma istenir ve aynen paylaşırmanın çeşitli sebeplerle mümkün olmadığı anlaşılırsa mahkemenin talep edilmemiş olmasına rağmen satış yoluyla paylaşırma kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durulmalıdır.

Türk Medenî Kanunu’nun 699. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: *“Paylaşırma biçiminde uyuşırma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaşırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir.”* Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise şöyledir: *“Bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, açık artırmayla satışa hükümlenir.”*

699. maddenin üçüncü fıkrasında, satış yoluyla paylaşırma kararı verilebilmesi için bu yönde bir talepte bulunmanın gerekli olup olmadığı hususu açık değildir. Ancak ilk izlenim olarak madde metninden satış yoluyla paylaşırma talep edilmemiş olsa bile mahkemenin satış kararı verebileceği şeklinde bir çıkarım yapılabilir.

⁴⁶⁶ Ortaklığın giderilmesi davasından feragatin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen şekliyle gerçek anlamda bir feragat olmadığı hakkında bkz. aşı. XI, A, 4.

⁴⁶⁷ Meriç, **Tasarruf**, s. 110; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 122; Hartmut Rensen, **Wieczorek/Schütze ZPO**, (§§ 300-329), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/Boston, 2015, § 308, Rdnr. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 76, Rdnr. 3.

⁴⁶⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Meriç, **Tasarruf**, s. 113 vd; Meriç, **Değerlendirme**, s. 37 vd; ayrıca bkz. Önen, **Yargılama**, s. 141.

Kanunlarda hâkimin talep dışında başka bir şeye karar verebilmesine izin veren düzenlemelerin bulunabileceği hususu tereddütten uzaktır. Örneğin, boşanmanın istenmiş olduğu davada hâkimin, şartları varsa ayrılık kararına hükmedebilmesi mümkündür (TMK m. 170/3). Ancak hâkimin taleple bağlı olması ilkesi kural olduğuna göre (HMK m. 25/1), bu kurala istisna getirilmek isteniyorsa bunun madde metninden açık bir şekilde anlaşılması gerekir. Kanaatimizce 699. maddenin üçüncü fıkrasından, açık bir şekilde, davada talep edilmemiş olmasına rağmen mahkemenin satışa karar verebileceği şeklinde bir sonuç çıkmamaktadır. Bu konuda İsviçre Medenî Kanunu’nun 651. maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: “Paydaşların paylaşırmanın türü konusunda anlaşamaması durumunda, mahkeme aynen paylaştırmaya veya paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine imkân bulunmazsa genel veya paydaşlar arasında açık artırma usûlüyle satılmasına karar verebilir.” Görüldüğü üzere, İsviçre Medenî Kanunu’nun 651. maddesinde tek fıkroda düzenlenen hüküm, bizde iki ayrı fıkroda ifade edilmiştir. Satış talep edilmemiş olmasınra rağmen mahkemenin satışa karar verip veremeyeceği konusunda İsviçre’deki düzenleme daha açıktır. Zira oradaki hüküm “*Paydaşların paylaşırmanın türü konusunda anlaşamaması durumunda*” diye başlayıp mahkemenin duruma göre aynen paylaşırma veya satış yoluyla paylaşırma kararı verebileceğini düzenleyerek sona ermektedir. Paydaşların paylaşırma türü konusunda anlaşamamaları demek bir tarafın aynen paylaşırma diğer tarafın ise satış istemesi anlamına gelir. Dolayısıyla söz konusu davada zaten her iki talep birlikte ileri sürülmüştür. Bu sebeple mahkemenin satış yoluyla paylaştırmaya karar vermesi talep dışına çıktığı anlamına gelmez.

Kanaatimizce, Türk Medenî Kanunu’nun 699. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası birbirinden bağımsız olarak düşünülmemeli; bu fıkralar, İsviçre’de olduğu gibi sanki tek bir fıkraymış gibi değerlendirmelidir. Böylece üçüncü fıkradaki sonucun doğabilmesi (satış kararı verilebilmesi) için ikinci fıkradaki şartın (yani tarafların paylaşırma türünde anlaşamaması) bulunması gerekir. Tarafların paylaşırma türünde anlaşamamaları, genel olarak, bir paydaşın aynen paylaşırma diğer paydaşın satış yoluyla paylaşırma istemesi durumunda söz konusu olur. Öyleyse bu ihtimâlde aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu davada hâlihazırda

paydaşlardan en az birisi satış yoluyla paylaştırmayı talep etmiş demektir. Satış talebi mevcut olduğundan mahkeme, aynen paylaştırmaya ilişkin şartlar mevcut değilse satış yoluyla paylaştırmaya karar verebilir. Dolayısıyla 699. maddenin üçüncü fıkrası, satış yoluyla paylaştırmamanın istenmemiş olduğu davada mahkemeye talep dışına çıkılarak satış yoluyla paylaştırma hükmü kurmasına ilişkin yetki vermez.

Keza Yargıtay, sadece aynen paylaştırmamanın istendiği davada, aynen paylaştırmamanın şartları mevcut olmadığı için satış yoluyla paylaştırma hükmü kurulamayacağına⁴⁶⁹ ve bu durumda ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁷⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasında mahkeme tarafların paylaştırmaya ilişkin yaptıkları anlaşmalarla bağlıdır⁴⁷¹. Örneğin, taraflar paylaştırmamanın türü konusunda anlaşmışlarsa kural olarak buna aykırı bir karar verilemez⁴⁷².

Aynen paylaştırmamanın istendiği davada, kat mülkiyeti kurulması yoluyla paylaştırma kararı verilebilir. Zira Yargıtay’a göre, aynen paylaştırma talebi, duruma

⁴⁶⁹ “[...] Somut uyumsuzlukta, davacı ve davalılar dava konusu taşınmazlardaki ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemişlerdir. Hükme esas alınan 06.06.2013 günlü ziraat bilirkişi raporunda, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8.maddesi gereğince dava konusu taşınmazların bölünebilir büyüklükte olmadığı gerekçesiyle ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmeyeceğinden satış yoluyla giderilmesi gerektiği belirtilmiştir. HMK’nın “Taleple bağlılık ilkesi” başlığını taşıyan 26. maddesi uyarınca hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Davacı ve davalılar ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemişler, bu istemlerini yargılama sırasında ıslah yoluyla da değiştirmemişlerdir. Mahkemece, tarafların taşınmazlardaki ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesi istemleri 5403 sayılı yasanın 8. Maddesine uygun bulunmadığından davanın reddi gerekirken, talepleri aşılarak ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 11.3.2014, E. 2014/818, K. 2014/3248 (Kazancı).

⁴⁷⁰ “[...] Taşınmazın taksiminin mümkün olmadığı bilirkişi raporuyla belirlendiğine göre mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, talep dışına çıkılarak satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7487, K. 2013/9684 (Kazancı).

⁴⁷¹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 19; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 12; Jörg Schmidt/Céline Bussmann, “Die Aufhebung des Miteigentums bei nutzniessungsbelasteten Grundstücken”, **Baurecht/Droit de la Construction**, 2016, s. 155.

⁴⁷² Jost, **a.g.e.**, s. 39; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 138; Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s. 95.

göre kat mülkiyeti yoluyla paylaşırma yapılması talebini de kapsar⁴⁷³ ve bu sebeple mahkeme ayrıca bu yönde de araştırma yapmalıdır⁴⁷⁴.

Ana taşınmaz üzerinde sadece bir adet bağımsız bölüm için açılan ortaklığın giderilmesi davasında tüm ana taşınmaz hakkında paylaştırmaya karar verilmesi, taleple bağıllık ilkesine aykırıdır⁴⁷⁵.

Aynen paylaşırmanın istendiği bir davada, buna engel bir durum yoksa nesne paydaş sayısı kadar paylara ayrılır⁴⁷⁶. Paydaşlar, ayrılan payların kime tahsis edileceği konusunda anlaşabilir. Hâkim bu anlaşmayla bağlıdır⁴⁷⁷. Böyle bir anlaşma mevcut değilse, tahsis işlemi, hâkimin takdir hakkı çerçevesinde yapılır. Tahsis yapılırken hâkim, paydaşların kişisel durumlarını ve fiili bir kullanım olup olmadığı hususunu da göz önünde bulundurmalıdır⁴⁷⁸. Bu sebeple hâkim, paydaşların tahsis işlemine ilişkin talepleriyle bağlı değildir.

Bir davada hâkim, sadece davacının değil; aynı zamanda davalının talepleriyle de bağlıdır⁴⁷⁹. Normal bir davada davalı, sadece davanın reddini talep eder. Hâkim, karşı dava açılmadıkça, davalının hakkını hüküm altına alamaz. Oysa bu husus, ortaklığın giderilmesi davasında farklıdır. Çünkü mahkeme, bu davada bazı durumlarda, davalının talebinin dışına çıkmak zorunda kalır. Bu kapsamda hâkim,

⁴⁷³ “[...] Taşınmaz üzerinde bağımsız bölümler içeren yapı varsa, Yargıtay uygulamalarında aynen taksim isteğinin kat mülkiyetinin kurulması istemini de kapsadığı kabul edilmektedir [...]” Yarg. 31.10.2002, E. 2002/9499, K. 2002/10574 (Kazancı).

⁴⁷⁴ “[...] Bu durumda, davacı ve davalılar adına paylı mülkiyet hükümlerine tâbi olan taşınmaz için mahkemece yerinde keşif yapılarak öncelikle aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin taleplerinin kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi isteğini de kapsadığı kabul edilerek bu yönde araştırma yapıp sonucuna göre bir karar vermek gerekirken [...]” Yarg. 20. HD, 14.06.2017, E. 2017/1730, K. 2017/5406 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁷⁵ “[...] Mahkemece yalnızca dava konusu 7016 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki (3) no’lu bağımsız bölüm hakkında karar verilmesi gerekirken ana taşınmazın tamamının satışı sonucunu doğuracak şekilde, 7016 parsel sayılı arsa vasıflı taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesine karar verilmiş olması [...] doğru görülmemiş [...]” Yarg. 14. HD, 20.6.2017, E. 2015/14799, K. 2017/5300 (Lexpera).

⁴⁷⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 139.

⁴⁷⁷ Kuru, **C. VI**, 6277.

⁴⁷⁸ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 350.

⁴⁷⁹ Genel olarak bkz. Rensen, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 308, Rdnr. 11.

paylaştırma kararı verdiğinde, davanın reddini isteyen paydaşın da hakkını hüküm altına almış olur⁴⁸⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasında, davacının talebi dışında başka bir şeye de karar verilebilir. Zira bu davada, sadece davacı değil; aynı zamanda davalı da paylaştırma talep edebilir. Her iki tarafın farklı bir paylaştırma türü talep etmesi durumunda, bunlardan hangisinin öncelikle inceleneceğinin tespit edilmesi gerekir.

İsviçre hukukunda, paylaştırma türleri arasında bir öncelik sırasının bulunmadığı ve hâkimin paylaştırma talepleri konusunda takdir hakkının bulunduğu kabul edilir^{481,482}. Yukarıda aktarılan İsviçre Medenî Kanunu’nun 651. maddesinin ikinci fıkrasının lafzı değerlendirildiğinde bu şekilde bir yorum kanaatimizce de isabetlidir.

Buna karşın Türk hukukunda durum farklıdır. Türk Medeni Kanunu’nun 699. maddesinin üçüncü fıkrasını göz önünde bulunduran öğreti, ağırlıklı olarak, aynen paylaştırmının satışa göre öncelikli olduğunu iddia eder⁴⁸³. Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir⁴⁸⁴. Belirtmek gerekir ki, aynen paylaştırma türünün satış yoluyla paylaştırma türüne karşı öncelikli olarak incelenmesi, sadece her iki talebin de aynı

⁴⁸⁰ Dolge, **a.g.e.**, s. 212.

⁴⁸¹ Bu yönde bkz. Brunner/Wichertmann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 13; Andrea Büchler/Dominique Jakob, **ZGB Kurzkomentar**, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Aufl, 2017, Art. 651, Rdnr. 11; İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre de böyle bir öncelik bulunmaz. Ancak, her iki paylaştırma türü taraflar için eşit menfaat doğuruyorsa, mahkeme aynen paylaştırmaya öncelik tanıyabilir (BGE 100 II 187, 193).

⁴⁸² İsviçre hukukunda bu durumun hâkimin taleple bağlı olmaması sonucunu doğurduğu hakkında bkz. Isaak Meier, **iura novit curia**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975, s. 41.

⁴⁸³ Aybay, **Taksim**, s. 66 vd; A. Lâle Sirmen, **Eşya Hukuku**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 299; bu görüşün eleştirisi için bkz. Sungurbey, **Eleştiri**, s. 17 vd; bu görüşler hakkında toplu olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 330, dn. 189.

⁴⁸⁴ “[...] Genel olarak ortaklığın giderilmesi davalarında, gerek mülga ve gerekse yeni Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre istek varsa asıl olan taşınmazın paydaşlar arasında aynen taksimi yoluna gidilmesidir [...]” Yarg. 18. HD, 24.1.2002, E. 2001/11651, K. 2002/590 (Kazancı). “[...] Dava, bir adet taşınmazın paylaştırılmasına ilişkindir. Mahkemece oran da kurularak taşınmazın satışına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir [...] Davalılar, belediyenin projesine göre taşınmazın aynen bölünmesini kabul ettiklerini beyan etmişlerdir [...] Bu durumda mahkemece davalıların bu beyanı üzerinde durularak, buna göre aynen bölünme imkanının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken [...]” (Yarg. 6. HD, 17.11.2003, E. 2003/8339, K. 2003/8433) (Kazancı).

davada ileri sürülmesi durumunda ortaya çıkar. Yoksa tüm paydaşların satış talep ettikleri davada aynen paylaştırma kararı verilebilmesi mümkün değildir⁴⁸⁵.

Aynen paylaştırma talebinin, satış talebine göre öncelikle incelenmesi ve şartları varsa bu yönde karar verilmesi için aynen paylaştırma talebinin davacı veya davalı tarafından yapılmasının bir önemi bulunmaz. Dolayısıyla satış yoluyla paylaştırma talebiyle açılan davada, davalının aynen paylaştırma istemesi durumunda mahkeme, şartları varsa aynen paylaştırmaya hükmeder⁴⁸⁶. Görüldüğü üzere, mahkemenin davacının talebi dışında başka bir şeye karar verebilmesi mümkündür. Ancak bu durum, taleple bağlılık ilkesinin tam bir istisnası olarak da nitelendirilemez. Zira bu durumda dahi mahkeme, tarafların ileri sürmüş olduğu taleplerin dışına çıkamamaktadır.

Aynen paylaştırmının istenmiş olduğu davada, paylı mülkiyete konu şeyin bölünen parçalarının değerleri birbirine denk düşmezse, mahkeme eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verir (TMK m. 699/2). Kendisine değeri düşük parça isabet eden paydaşın, Türk Medenî Kanunu'ndaki bu düzenleme gereğince, mahkemecen ayrıca denkleştirme talebinde bulunmasına gerek yoktur⁴⁸⁷.

Ortaklığın giderilmesi davası için yukarıda aktarılan hususlar, büyük ölçüde, mirasın paylaştırılması davası açısından da geçerlidir⁴⁸⁸. Hâkim, tarafların

⁴⁸⁵ Aynı yönde bkz. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, s. 156; Umar, **Şerh**, s. 25.

⁴⁸⁶ “[...] Davacı vekili dava dilekçesinde, 32 ada 42 parsel ve 84 ada 13 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki ortaklığın satış yoluyla giderilmesini, duruşmada 32 ada 42 parsel sayılı taşınmaz yönünden davasından feragat etmiş, davalı ise aynen taksimin mümkün olduğunu, kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesini istemiş, mahkemece 84 ada 13 parsel sayılı taşınmaz yönünden satış yoluyla ortaklığın giderilmesine ve 32 ada 42 parsel sayılı taşınmaz yönünden feragat nedeni ile davanın reddine karar verilmiştir [...] araştırmanın tamamlanmasından sonra kat mülkiyeti kurulmak suretiyle ortaklığın giderilmesine; belirtilen koşulların oluşmaması durumunda ancak, satışa karar verilmesi gerekir [...]” Yarg. 18. HD, 17.6.2013, E. 2013/9521, 2013/10502 (Kazancı).

⁴⁸⁷ Kurşat, **a.g.e.**, s. 348; denkleştirme kararı ve niteliği hakkında bkz. aşa. XIV, A, 1, a.

⁴⁸⁸ Bu konuda bkz. Seeberger, **a.g.e.**, s. 61; talep olmamasına rağmen terekeye ait kira alacağının tespit edilerek mirasçılar lehine hüküm kurulması bu ilkeye aykırılık arz eder (BGer, 5A_682/2014, 16.07.2015); ayrıca bkz. Sutter Somm/Seiler, **Schulthess ZPO**, s. 508; Borçlu mirasçının alacaklısı, bazı durumlarda ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Esasen bu dava,

anlaşmaları ve bu kapsamda ileri sürdükleri taleplerle bağlıdır⁴⁸⁹. Ancak mirasın paylaşılması davasının maddî hukuka ait özellikleri, taleple bağlılık ilkesinin mutlak anlamda uygulanmasına engel olur. Örneğin, terekede yer alan bir taşınmaz birden fazla mirasçı tarafından istenirse, mahkeme artık burada taleple bağlı değildir. Zira hâkimin bir mirasçının talebini kabul etmesi, zorunlu olarak, diğerinin talebinden farklı bir şeye karar verilmesine neden olur⁴⁹⁰. Bu sebeple hâkim, bu davalar açısından talepten başka bir şeye hükmedebilir⁴⁹¹.

nitelik olarak, mirasın paylaşılması davasıdır (Bu konu hakkında bkz. yuk. I, B, 2). Bu dava ile birden fazla taşınmaz için satış talep edilmişse de mahkeme, ancak borç miktarı değerindeki taşınmazın satışına karar vermelidir. Bu yönde bkz. “[...] *En son borç miktarı sorulmamış ise de, 4.6.2007 tarihinde borç miktarının 12823 TL olduğu satılan 3 taşınmazın değerinin bilirkişilerce 96250 TL olarak belirlendiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece, en son borç miktarını karşılamaya yetecek sayıda taşınmazla ilgili istemin kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde üç adet taşınmazın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi doğru değildir* [...]” Yarg. 6. HD, 21.6.2011, E. 2011/2005, K. 2011/6777 (Kazancı). Bu ihtimâlde, hükümde, borcun karşılandığı anda satışın durdurulmasına şeklindeki bir ifadeye yer verilmesi de doğru değildir: “[...] *Bu itibarla dava tarihi ile satışın yapılacağı tarih arasındaki süre ve bu süre içerisinde icra takip borcunun artacağı da dikkate alınarak, mahkemece taşınmazların satışına karar verilmeden önce borçlu paydaşın güncel borcu tespit edilerek borca yetecek miktarda taşınmazın satışına karar verilmesi gerekirken, ‘borçlunun, alacaklıya olan 149.977,03 TL borcun karşılandığında satışın durdurulmasına’ şeklinde hüküm kurulması da doğru görülmemiş* [...]” Yarg.14. HD, 25.01.2016, E. 2014/15914, K. 2016/830 (YKD, 2016/3, s. 635); benzer kararlar için bkz. Yarg. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7499, K. 2013/9723 (Kazancı); Yarg. 6. HD, 7.6.2012, E. 2012/6124, K. 2012/8549 (Kazancı). Yargıtay’ın bu kararları kanaatimizce bir yönüyle taleple bağlılık ilkesi ile de ilgilidir. Zira üçüncü kişinin açmış olduğu bu dava ile amaçladığı şey, alacak miktarıyla sınırlı olmak üzere satışın gerçekleştirilmesidir.

⁴⁸⁹ David Stokar, **Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches**, Diss, Zürich, 1954, s. 49; Ergüne, **a.g.m.**, s. 1073, dn. 38;

⁴⁹⁰ Bu konuda bkz. Seerberger, **a.g.e.**, s. 61 vd; Sutter Somm/Ammann, **a.g.e.**, s. 89; Aral, **a.g.e.**, s. 85; Avcı, **a.g.e.**, s. 76; Göksu, **a.g.m.**, s. 141. Çift taraflı davalardan bir diğeri olan sınır tespiti davalarında da hâkim, talepten başkasına karar verebilirken (örneğin, davacın talep etmiş olduğu sınırdan daha farklı bir sınır hattına) (Rensen, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 308, Rdnr. 25; ayrıca bkz. Herbert Roth (Bearb.), **Staudinger BGB § 903-924 (Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht**, 15. Aufl, de Gruyter, 2015, § 920, Rdnr. 4; Herbert Grziwotz/Wolfgang Lücke/Roland Rudolf Saller, (Grziwotz), **Praxishandbuch Nachbarrecht**, 2. Aufl, Verlag C.H. Beck, München, 2013, s. 41); talep edilen sınırdan miktar olarak daha fazlasına hükmedemez (Bu yönde bkz. Rensen, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 308, Rdnr. 25).

⁴⁹¹ Jost, **a.g.e.**, s. 39; Seerberger, **a.g.e.**, s. 61 vd.

C. Taraflarca Getirilme İlkesi

Taraflarca getirilme ilkesine göre davacı, talep sonucunu haklı kılmaya yarayan vakıa ve delilleri, davalı da aynı şekilde savunmasını dayandırdığı vakıa ve delilleri yargılamaya kendisi getirmelidir⁴⁹². Bu ilkeye göre mahkeme, taraflarca ileri sürülmeyen vakıa ve delilleri dikkate alamaz (HMK m. 25). Re’sen araştırma ilkesinde ise mahkeme, vakıa ve delilleri görevi gereği kendisi toplar⁴⁹³.

Ortaklığın giderilmesi davasında da, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla dava malzemesini taraflar mahkemeye getirmelidir. Bununla birlikte, mahkemenin aynen paylaşırma yapılırken görevi gereği dikkate alması gereken bazı durumlar vardır⁴⁹⁴. Bu bağlamda mahkemenin, aynen paylaşırmanın şartlarının düzenlenmiş olduğu Türk Medenî Kanunu’nun 699. maddesinin üçüncü fıkrasını göz önünde bulundurması gerekir⁴⁹⁵. Söz konusu hükme göre, paylaşırma isteği durum ve koşullara göre uygun değilse ve paylı mülkiyet konusu şeyin önemli bir değer

⁴⁹² Bu konu hakkında bkz. Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 95 vd; Nur Bolayır, *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması Tarafların ve Hâkimin Rolü*, Vedat, İstanbul, 2014, s. 118 vd; Karafakih, *Usul*, s. 76; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, a.g.e., s. 183; Bilge Umar, *İktisatçılar İçin Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Ders Notları*, Sobe Matbaası, İzmir, 1973, s. 18; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 796 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, a.g.e., s. 124; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Usûl*, s. 162.

⁴⁹³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 183; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 796 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 182; Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Bası, Alternatif, İstanbul, 2014, s. 259 vd; Bolayır, **a.g.e.**, s. 129 vd.

⁴⁹⁴ Örneğin bkz. “[...] *Ortaklığın giderilmesi davalarından dava konusu taşınmazlarda kamulaştırma şerhi bulunduğu takdirde kamulaştırma belgeleri getirtilerek kamulaştırma işlemlerinin kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalı, kamulaştırma kesinleşmişse kamulaştırılan kısmın ifrazı için davacıya uygun bir süre verilerek taşınmazın kalan kısmının ortaklığının giderilmesine karar verilmesi gerekir* [...]” Yarg. 14. HD, 14.3.2017, E. 2015/9433, K. 2017/1990 (Lexpera).

⁴⁹⁵ Bazı kanunlarda taşınmazın aynen paylaşılmasına ilişkin daha farklı şartlar getirilmiş olabilir. Bu kapsamda tarım arazisi vasfında olan taşınmazın ne şekilde ifraz edebileceğine ilişkin 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun sekizinci maddesi örnek olarak gösterilebilir. Bu maddenin üçüncü fıkrasına göre, tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez ve hisselendirilemez.

kaybına uğramadan paylaştırılmasına imkân yoksa⁴⁹⁶ satış yoluyla paylaştırmaya karar verilir⁴⁹⁷. Örneğin, mahkemenin taşınmazın paylaştırılmasında İmar mevzuatındaki hükümleri dikkate alması gerekir⁴⁹⁸. Mahkeme ayrıca paylı mülkiyete konu şeyin parçalara ayrılması ve ayrılan parçaların paydaşlara özgülenmesi aşamasında, bazı hususları göz önünde bulundurmalıdır⁴⁹⁹. Bu aşamada mahkeme, özellikle fiili bir kullanım olup olmadığını, paydaşların kişisel durumlarını ve bu parçalarla ilişkilerini de dikkate almalıdır⁵⁰⁰.

Bir davada taraflarca getirilme ilkesinin uygulanması, o davada mahkemenin dava malzemesini toplaması konusunda her zaman pasif kalmasını gerektirmez⁵⁰¹. Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda dahi mahkeme re'sen keşfe karar verebilir (HMK m. 288/2) ya da ilgili konuda bilirkişiye (HMK m. 266/1)

⁴⁹⁶ “[...] *Taksimde, her bir taşınmazın pay ve paydaş durumuna, arazinin verim niteliğine göre taksimin mümkün olup olmadığının bilirkişi aracılığıyla saptanması gerekir* [...]” Yarg. 6. HD, 13.2.1995, E. 1995/1363, K. 1995/1574 (Kazancı).

⁴⁹⁷ Aynen paylaştırma şartlarına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 339 vd.

⁴⁹⁸ “[...] *Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davalarında mahkemece malın aynen bölünerek paylaştırılmasına karar verilebilmesi için taşınmazın yüzölçümü, niteliği, pay ve paydaş sayısı ile imar mevzuatına göre aynen bölüşmenin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Taşınmazın önemli ölçüde bir değer kaybına uğraması söz konusu ise aynen bölünerek paylaştırılmasına karar verilemez* [...]” Yarg. 6. HD, 23.11.2004, E. 2004/7700, K. 2004/8304 (Kazancı); “[...] *Paylar denkleştirilmek ve ivaz da öngörülmek suretiyle ana gayrimenkulde kat mülkiyetine geçiş suretiyle paydaşlığın giderilmesi mümkün görünmektedir. Ancak; taşınmaz üzerindeki bir böüm yapıların Boğaziçi Kanun ve Yönetmeliğine aykırı halleri nedeniyle yıkılmalarının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece öncelikle bu husus araştırılmalıdır* [...]” Yarg. 18. HD, 11.12.1996, E. 1996/10237, K. 1996/11061 (Şeref Ertaş, **Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2015, s. 86; Mahkeme tarafından araştırılması gereken hususlarda bir araştırma yapılmaması durumunun bozma sebebi teşkil edebileceği hakkında bkz. “[...] *Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazların bulunduğu bölgede 3402 Sayılı Kanunun 22/2-a bendi gereğince yenileme çalışması yapıldığı ve taşınmazlara yeni parsel numaraları verildiği, yenileme çalışmasının kesinleşerek tapuya tescil edildiği anlaşıldığından mahkemece, oluşan yeni parseller bakımından araştırma ve inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, sicil kayıtları kapatılarak işlerliğini yitiren kadastral parseller yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir* [...]” Yarg. 14. HD, E. 2017/6154, K. 2018/2125 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁹⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 350.

⁵⁰⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 350. İsviçre hukukunda da aynı durum geçerlidir (Brunner/Wichermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 13). Mirasın paylaştırılması davasında da, paylaştırma yapılırken mahkemenin özellikle yerel adetler ve mirasçıların şahsî durumlarını re'sen araştırması gerektiği hakkında bkz. Aral, **a.g.e.**, s. 85; Avcı, **a.g.e.**, s. 76.

⁵⁰¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 797.

müracaat edebilir⁵⁰². Hatta Yargıtay’a göre, ortaklığın giderilmesi davasında, tapu kayıtlarının zemine uygun olup olmadığının tespiti için mutlaka keşif yapılmalıdır⁵⁰³. Ayrıca keşif zorunluluğu, sadece aynen paylaştırmının talep edildiği davalarda değil; aynı zamanda satış talep edilen davalarda da mevcuttur⁵⁰⁴.

⁵⁰² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 797.

⁵⁰³ “ [...] Ortaklığın giderilmesi davaları taşınmazın aynına ilişkin olup mahkemece tapu kayıtlarının zemine uyup uymadığının denetlenmesi ve taşınmazların değerinin belirlenmesi amacıyla mahallinde keşif yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Somut olayda; mahkemece, keşif yapılmadan ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiği görülmüştür. Mahkemece taşınmazdaki ortaklığın giderilmesi konusunda HMK’nın 288 vd. maddeleri uyarınca mahallinde keşif yapılarak rapor alınmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir [...]” Yarg. 14. HD, 19.03.2018, E. 2017/6014, K. 2018/2050 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵⁰⁴ “[...] *Ortaklığın giderilmesi davasında tapu kaydının bilirkişiler vasıtasıyla mahallinde uygulanması, varsa üzerindeki muhdesatın ve değerinin belirlenmesi, aynen taksime imkan olup olmadığının tespit edilmesi, aynen taksim edilmeyip satış zorunluluğu varsa satış bedelinden paydaşlara düşecek oranın yüzde hesabıyla belirtilmesi için keşif yapılması gerekir. Mahkemece keşif yapılmaksızın yazılı şekilde dava konusu taşınmazda satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir* [...]” Yarg. 14. HD, 17.01.2018, E. 2017/5231, K. 2018/430 (karararama.yargitay.gov.tr).

İKİNCİ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA İLK DERECE YARGILAMASI

VI. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Görevli Mahkeme

1. Genel Olarak

Medenî usûl hukukunda görev bir uyuşmazlığın, ilk derece hukuk mahkemelerinden hangisinde görülmesi gerektiğini belirler⁵⁰⁵. İlk derece hukuk mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleridir (5235 s. K m. 4).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dördüncü maddesinde, taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılması ve ortaklığın giderilmesi davalarında, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir (m. 4/1-b). Bu maddenin kapsamına, temel olarak, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşılması (TMK m. 699) ve mirasın paylaşılması davaları girer (TMK m. 642/2)⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Belgesay, **Şerh**, s. 12 vd; Karafakih, **Usul**, s. 49; Önen, **Yargılama**, s. 27 vd; Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 233; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 87; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 195; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 159; Ulukapı, **Usûl**, s. 150; Gamp/Reuschle, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 1, Rdnr. 3; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 60; Fatih Tahiroğlu, **Medeni Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi**, İÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 9 vd.

⁵⁰⁶ Kuru, **C. VI**, s. 6229 vd; Üstündağ, **Yargılama**, s. 145 vd; Umar, **Şerh**, s. 24; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 68; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 219; karşı. Baki Kuru/Ejder Yılmaz/Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukuku**, 24. Bası, Yetkin, Ankara, 2013, s. 119; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.** s. 197.

Adî ortaklığın feshi için açılan davada (TBK m. 639/1-7) sulh hukuk mahkemesinin değil; duruma göre, asliye hukuk mahkemesi veya asliye ticaret mahkemesinin görevli olacağı yukarıda ifade edilmişti⁵⁰⁷.

Borçlu mirasçının alacaklısının açmış olduğu “ortaklığın giderilmesi” davası, mirasın paylaşılması davası niteliğinde olduğu için sulh hukuk mahkemesi bu davada da görevlidir⁵⁰⁸. Ancak ilgili alacaklı, bu davayı açmadan önce icra mahkemesinden dava açma yetkisi almalıdır (İİK m. 121)⁵⁰⁹.

Kadastro kapsamındaki yerler hakkında açılan ortaklığın giderilmesi davaları için de sulh hukuk mahkemesi görevlidir⁵¹⁰. Nitekim kadastro mahkemelerinin, kadastro yapılan bölgelerdeki ortaklığın giderilmesi davasında görevli olmadığı açıkça düzenlenmiştir (Kadastro Kanunu m. 25/3).

⁵⁰⁷ Bkz. § 1, B, 2, b, 3.

⁵⁰⁸ Bu konu hakkında bkz. aş. VIII, A, 1, b.

⁵⁰⁹ Yarg. İBK, 14.04.1943, E. 1940/48 K. 1943/15 (RG 28.01.1944 – 5615); Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. II, 3. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 1231 vd; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2013, s. 380 vd; Mine Erturgut, **İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 203; Bu konu hakkında ayrıca bkz. aş. VIII, A, 1, b.

⁵¹⁰ “[...] Kadastro sırasında 114 ada 3 parsel sayılı taşınmaz Sulh Hukuk Mahkemesinde dava konusu olduğundan sözedilerek yüzölçümü ve malik hanesi açık bırakılmak suretiyle tesbit edilmiştir. Davacılar tarafından davalılar aleyhine Sulh Hukuk Mahkemesinde açılan ortaklığın giderilmesi davası davaya konu olan parsel hakkında tutanak düzenlenmiş olması nedeniyle Kadastro Mahkemesine aktarılmıştır. Kadastro Mahkemesinde çekişmeli parsel tutanağı ile dava dosyası birleştirilerek yapılan yargılama sonunda bir kısım davacıların feragat, bir kısım davacılarında sübut bulmaması nedeniyle davalarının reddine, davacı Mahir'in davasının kabulüne ve çekişmeli 114 ada 3 parselde kayıtlı iki katlı kargir binasının Mahir adına tesciline karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından Safiye tarafından temyiz edilmiştir. Nizalı taşınmazın kadastro tutanağı tanzim edilirken davalı olduğundan söz edilerek malik hanesi ve miktarı açık bırakılmak suretiyle tesbit edilmiştir. Sözü edilen dava Küre Sulh Hukuk Mahkemesinin 1982/83 sayılı dava dosyasıdır. Bu dava dosyası hakkındaki hüküm Yargıtay 6. Hukuk Dairesince bozulduktan sonra 1997/12 esasını almıştır. Dava ortaklığın giderilmesine ilişkin olup, 31.3.1997 tarihli kararla davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. 3402 sayılı yasanın 27/2. maddesi gereğince müracaata kalmış olup yenilenmiyen davalar görülmekte olan dava sayılamaz. Kaldı ki bu nevi davalar yenilik doğurucu davalar olduğundan, bu davalara bakmak 3402 sayılı Yasanın 25 /son maddesi gereğince Kadastro Mahkemesinin görevi dışındadır [...]” Yarg. 16. HD, 12.6.2000, E. 2000/2634, K. 2000/2552 (Kazancı).

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10. maddesinin yedinci fıkrasına göre, paydaşlardan biri, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi yoluyla yapılmasını isteyebilir. Bu dava bakımından da sulh hukuk mahkemesi görevlidir (KMK Ek Madde 1; HMK m. 4/1-b)⁵¹¹.

Bir görüşe göre, gemiler hakkında açılan ortaklığın giderilmesi davasında, asliye ticaret mahkemesi görevlidir⁵¹². Zira burada artık ticarî bir iş söz konusudur⁵¹³. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Çünkü sulh hukuk mahkemesi, bütün taşınır ve taşınmazlar için açılan ortaklığın giderilmesi davasında görevli olup; bu konuda Kanun'da ayrıca bir istisna da kabul edilmemiştir. Diğer kanunlarda göreve ilişkin özel bir düzenleme bulunmadıkça, birlikte mülkiyete konu şeyin niteliği ne olursa olsun, sulh hukuk mahkemesi bu davalarda görevli olacaktır⁵¹⁴. Nitekim Yargıtay da, 6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu'nun uygulandığı dönemde, sicile kayıtlı gemilerin taşınmaz olarak değerlendirilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, gemi için açılan ortaklığın giderilmesi davasında asliye ticaret mahkemesinin görevli olmadığına karar vermiştir^{515,516}.

⁵¹¹ Öte yandan, Uyuşmazlık Mahkemesi, iskân izni verilen binada kat mülkiyeti kurulması istemiyle Tapu İdaresine yapılan başvurunun reddi kararının iptali için açılacak davanın sulh hukuk mahkemesinde değil idare mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir: "[...] Anılan Yasa'ya göre, paydaşlar ya da malikler arasındaki anlaşmazlıklar dışında olup Yasa'nın 13. maddesi uyarınca yapının imar durumunu ya da belge eksikliğini esas alarak istemi reddeden Tapu İdaresi işlemlerinin kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olarak tesis edilmesi nedeniyle idari işlem niteliğini taşıması karşısında, imar mevzuatına aykırı kaçak çatı katının varlığı nedeniyle kısmi kat mülkiyeti kurulamayacağı yolundaki işlemde doğan davanın, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin değişik (1/a). bendinde sayılan "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" kapsamında görüş ve çözümünde idari yargı yerleri görevli bulunmaktadır [...]" 1.3.2004, E. 2003/85, K. 2004/1 (Kazancı).

⁵¹² Kurşat, **a.g.e.**, s. 308, dn. 110; karş. Aybay, **Taksim**, s. 52.

⁵¹³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 308, dn. 110.

⁵¹⁴ Aynı yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 52.

⁵¹⁵ "[...] Davacılar, İstanbul Limanı'na bağlı S.S.Sönmezler Gemisi'nin ortaklığının giderilmesini istemişlerdir. Mahkemece TTK'nun 979, 952 ve 968. maddelerince donatma iştirakinin feshi talep edilebileceğinden ve bu hususta vazifeli mahkeme, ticaret mahkemesi bulunduğundan bahisle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş ve hüküm davacı vekili tarafından

Yine birlikte mülkiyete konu olabilen markalar⁵¹⁷ hakkında açılan ve bu ilişkinin ortadan kaldırılmasını amaçlayan dava için de aynı sonuca varılmalıdır. Marka, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenmiş olup bu Kanun'da öngörülen davalarda, kural olarak, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir (m. 156/1). Ancak bu Kanun'da birlikte hak ilişkisinin sonlandırılmasına yönelik bir dava öngörülmemiştir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye bakılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, hakların paylaşılması açısından da sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Öyleyse sulh hukuk mahkemeleri, markalar için açılan “ortaklığın giderilmesi” davalarında da görevlidir.

Göreve ilişkin kurallar, dava şartı olduğundan (HMK m. 114/1-c), mahkemenin görevli olup olmadığı hususu re'sen araştırılır. Aynı zamanda taraflar, görev kurallarına aykırılık bulunduğu ilişkin itirazlarını davanın her aşamasında ileri sürebilir (HMK m. 115/1). Mahkeme, uyuşmazlık açısından kendisini görevli olarak görmezse, görevsizlik kararı vermelidir (HMK m. 20/1; HMK m. 115/2).

2. Paylı Mülkiyet Konusu Üzerindeki Mülkiyet Uyuşmazlıkları Bakımından Görevli Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davası görülürken taraflar arasında paylı mülkiyet konusu üzerinde mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu bağlamda örneğin davalı, davacının pay sahibi olmadığını veya pay oranının iddia edilenden daha az olduğunu ileri sürebileceği gibi davacının lehine olan tapu kaydının yolsuz

temyiz olunmuştur. Dava konusu Sönmezler isimli nakliyat gemisinin İstanbul Limanı'na 1011 sicil ve İstanbul 417 bağlama numarası ile kayıtlı bulunduğu ve taraflar adına müştereken paylı olduğu anlaşılmaktadır. Ticaret Kanunu 897 ve 891 inci maddeleri hükümlerince sicile kayıtlı olan gemi taşınmaz mal hükmündedir. Mahkemenin kabulüne göre donatma işbirliğinin feshi, geminin işletmesi ile ilgili olup ortaklığının giderilmesi talebini önleyen bir husus değildir. Bu nedenle davaya bakılması gerekirken [...]” Yarg. 6. HD, 24.12.1979, E. 1979/5249, K. 1979/10698 (Kazancı).

⁵¹⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 936. maddesine göre, sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın, bu Kanun ve diğer kanunların uygulanmasında bütün gemiler artık taşınır eşya kabul edilir. Ancak aynı Kanunun 937. maddesine göre, İcra ve İflâs Kanununun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tâbi olacağı bildirilen gemiler hakkında, 936. madde hükmü uygulanmaz.

⁵¹⁷ Marka hakkının birlikte mülkiyete konu olabileceği hakkında bkz. Sabih Arkan, “Marka Müşterek Mülkiyete Konu Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 176 vd.

olduğu itirazında da bulunabilir⁵¹⁸. Hatta mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar davalıların kendi aralarında bile yaşanabilir⁵¹⁹. Mülkiyete ilişkin itirazlar sonuçlandırılmadan paylaştırmanın doğru ve kesin olarak yapılabilmesi mümkün değildir⁵²⁰. Öyleyse bu tür mülkiyet uyuşmazlıklarının hangi mahkemede çözüleceğinin belirlenmesi gerekir

Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 566. maddesinin birinci fıkrası, sulh hukuk mahkemesini, paylaştırma talebiyle ilgili belirli bir miktarın altındaki bazı uyuşmazlıklar için görevli kılmıştı. Bu miktarın üzerinde kalan mülkiyet uyuşmazlıkları için Yargıtay o dönemde, görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğuna karar vermiştir⁵²¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, Mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 566. maddesindeki düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla genel kural gereğince mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir.

⁵¹⁸ Aybay, **Taksim**, s. 42; Kurşat, **a.g.e.**, s. 317.

⁵¹⁹ Aybay, **Taksim**, s. 44; Kurşat, **a.g.e.**, s. 318.

⁵²⁰ Aybay, **Taksim**, s. 57; Kurşat, **a.g.e.**, s. 317; “[...] Somut olaya gelince, davalı ... vekili 09.07.2015 havale tarihli temyiz dilekçesiyle, davacı tarafın davaya konu taşınmazın 1/2 hissesini müvekkilinin eşinden herhangi bir bedel ödemededen hile ve desise yoluyla iktisap ettiği iddiasıyla davacı tarafın payının iptali amacıyla 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2015/183 Esas sayılı dava dosyasıyla tapu iptali ve tescil davası açtıklarını, davanın taşınmazın aynına dair olması sebebiyle bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumda, tapu iptali ve tescil davası sonucunda verilecek karar ile davaya konu taşınmazın pay ve paydaşlık durumu değişebileceğinden mahkemece, sözü edilen tapu iptali ve tescil davası bekletici mesele yapılarak [...]” Yarg. 14. HD, 11.9.2017, E. 2015/15440, K. 2017/5922 (Kazancı).

⁵²¹ “[...] Dava, traktörün ortaklığının giderilmesine ilişkindir. Mahkeme ortaklığın giderilmesine karar vermiş; hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Taşınır malların ortaklığının giderilmesinde malı elinde bulunduran onun maliki sayılır. Zilyet olmayan paydaş o mal üzerinde hak iddia ettiğine göre, hakkı olduğunun ispatı için görevli mahkemeye dava açması gerekiyorsa o davayı açma külfeti zilyet olmayan paydaşa ait olacaktır. Tabiatıyla HUMK.nun 567 nci maddesindeki süre de o paydaşa verilecektir. Tarafların hak sahibi olduğunu iddia ettikleri traktörün değeri 500 bin liradan fazla olduğu halde Mahkeme mülkiyet ihtilaflını halletmiş ve davaya katılanların hakları olduğunu kabul ederek satış bedelinin bölüştürülmesini buna göre yapmıştır. Yukarıdaki esaslar nazara alınarak mülkiyette pay iddiasında bulunan ve dāvaya katılanlara HUMK.'nun 567. maddesi gereğince görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmak üzere mehil verilmesi ve sonucunun beklenmesi gerekir. Bundan zuhul olunarak mülkiyet ihtilaflının sulh mahkemesinde halledilmesi doğru değildir [...]” Yarg. 6. HD, 28.10.1987, E. 1987/4855, K. 1987/10487 (Kazancı); Benzer yönde bkz. Yarg. 6. HD, 21.1.2002, E. 2002/9905, K. 2002/74 (Kazancı).

Paylaştırma talebiyle ilgili bazı uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemesinde görülebilmesine olanak tanıyan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 566. maddesine benzer bir düzenlemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaması, ortaklığın giderilmesi davalarını uzatabileceği gerekçesiyle öğretilde eleştirilmiştir⁵²². Zira bu durumda sulh hukuk mahkemesi, asliye hukuk mahkemesinde açılacak olan davayı bekletici sorun yapmak zorundadır. Kanaatimizce bu eleştiri isabetli değildir. Çünkü paylı mülkiyet ilişkisinin hızlı bir şekilde sona erdirilmesini amaçlayan⁵²³ ortaklığın giderilmesi davasında mülkiyete ilişkin inceleme davada sıfat kapsamında yapılır⁵²⁴. Bu kapsamda mahkeme, örneğin taşınmazın paylaştırılması davasında sadece davanın tarafları ile tapu sicilinde paydaş görünenlerin aynı kişiler olup olmadığını inceler. Tapu sicilinde yolsuz bir tescil bulunup bulunmadığı ve bunun çözümü farklı bir uyuşmazlık konusudur⁵²⁵. Bu iki uyuşmazlığın birbirinden ayrılması, kanaatimizce, ortaklığın giderilmesi davasının daha hızlı sonuçlandırılmasına hizmet eder. Kaldı ki, davayı uzatma amacı bulunan paydaş, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümleriyle, bu amacını daha kolay gerçekleştirebilirdi. Zira paydaşın burada dava açması gerekmeyip basit bir iddiada bulunması yeterliydi. Bu iddia üzerine de mahkeme, bunu ön sorun olarak⁵²⁶ incelemek zorundaydı. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde, iddiasında gerçekten ciddi olan paydaştan bu konuda asliye hukuk mahkemesinde ayrıca bir dava açması beklenmektedir.

⁵²² Abdurrahim Karşı/Evren Koç/Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanununda Problemli Konular**, Alternatif, İstanbul, 2014, s. 23.

⁵²³ Aybay, **Taksim**, s. 43; Kurşat, **a.g.e.**, s. 311.

⁵²⁴ Aybay, **Taksim**, s. 42; Kurşat, **a.g.e.**, s. 317.

⁵²⁵ Aybay, **Taksim**, s. 42; Kurşat, **a.g.e.**, s. 317.

⁵²⁶ Hakan Pekcanitez, "Bekletici Sorun (Mesele-i Müstehire)", **Makaleler**, C. 1, XII Levha, İstanbul, 2016, s. 23.

3. Muhdesatın Aidiyetine İlişkin Uyuşmazlıklar Bakımından Görevli Mahkeme

22.12.1995 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre⁵²⁷ muhdesat ile “taşınmaz üzerinde malikten başka bir kimseye veya paydaşlardan birine ait olan yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe gibi dikilen şeyleri” ifade olunur.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflar arasında muhdesatın aidiyetine ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu kapsamda paydaşlardan biri, muhdesatın kendisi tarafından yapıldığını iddia edebilir. Bu iddianın haklı bulunması durumunda paydaşların, artırma sonucunda elde edecekleri bedel de buna göre değişmiş olacaktır⁵²⁸.

Paylaştırma talebiyle ilgili bazı uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemesinde görülebilmesine olanak tanıyan mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 566. maddesine benzer bir düzenlemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaması nedeniyle muhdesata ilişkin uyuşmazlıklar için asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁵²⁹. Nitekim Yargıtay, sulh hukuk mahkemesinin böyle bir durumda, iddia sahibine bu konuda dava açması için makûl bir süre⁵³⁰ vermesi; süresinde açılan davanın bekletici sorun (HMK m. 165) yapılması gerektiğine karar vermiştir⁵³¹.

⁵²⁷ E. 1994/1, K. 1995/3 (RG 3.6.1996 – 22655)

⁵²⁸ “[...] Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. Belirlenen bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri bulunur. Bulunan bu değer ne kadarının arza ne kadarının muhdesata isabet ettiği yüzdelik (%...) oran kurulmak suretiyle belirlenir. Satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu oranlar esas alınarak yapılır. Muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara dağıtılır [...]” Yarg.14. HD, 25.01.2016, E. 2014/15914, K. 2016/830 (YKD, 2016/3, s. 635).

⁵²⁹ HUMK zamanında, belli bir değer altında kalan muhdesata ilişkin uyuşmazlıkların çözümü bakımından da ortaklığın giderilmesi davasının görüldüğü mahkemenin görevli olmasına ilişkin bkz. Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 210.

⁵³⁰ Yargıtay, bir olayda, muhdesat sahibine dava açması için verilen iki haftalık süreyi makûl bulmamıştır. Bkz. “[...] Bu ilkeler ışığında somut olaya gelindiğinde; 25.05.2015 tarihli duruşmada, davalıların 215 ada 8 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki yapı yönünden muhdesat iddiasında bulunmaları sonucu mahkemece, davalılara muhdesatın aidiyeti davası açmak

4. Ortaklığın Satış Yoluyla Giderilmesine Yönelik İşlemlere Karşı İleri Sürülebilecek İtiraz ve Şikâyetlerde Görevli Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davasında, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi durumunda bu kararın yerine getirilmesi için bazı işlemler yapılır. Bu işlemlere karşı ileri sürülebilecek itiraz ve şikâyetler bakımından hangi mahkemenin görevli olduğunun belirlenmesi gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, satış kararının yerine getirilmesine karşı yapılabilecek itiraz ve şikâyetler açısından hangi mahkemenin görevli olacağı hakkında doğrudan bir hüküm mevcut olmayıp, sadece sulh hukuk mahkemesinin satış için bir memur görevlendireceği ve satış işleminin İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre yapılacağı düzenlenmiştir (m. 322). Bu konuda öğretideki hâkim görüş, paylaşırma hükmü veren sulh hukuk mahkemesinin, satış aşamasındaki işlemlere karşı ileri sürülebilecek itiraz ve şikâyetler için de görevli olduğu istikametindedir⁵³². Çünkü satış memuru sulh hukuk mahkemesi tarafından

üzere 2 haftalık kesin süre verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 165. maddesi uyarınca verilen kesin sürenin davanın açılmasına ilişkin işlemleri yürütmek için makul olmadığı anlaşılmış olup; davalıların kesin süreye riayet etmemeleri sebebiyle mahkemenin aidiyet davasını bekletici mesele yaptığı ara karardan dönmüş olması da uygun değildir. O halde mahkemece yapılması gereken, öncelikle davalıların Çaykara Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2015/191 Esas sayılı dava dosyası ile açtıkları muhdesatın aidiyeti davasını bekletici mesele yapmak ve bu davanın sonucuna göre de eldeki dava hakkında hüküm kurmak olmalıdır [...]” Yarg. 14. HD, 23.9.2019, E. 2016/7849, K. 2019/5652 (Kazancı).

⁵³¹ “[...] Paydaşlığın (ortaklığın) satış suretiyle giderilmesine ilişkin davalarda taşınmaz üzerinde bulunan bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçaların (muhdesat) kime ait olduğu konusunda uyuşmazlık olup da bunlar üzerinde bazı paydaşların (ortaklar) hak iddia etmeleri ve öncelikle bu uyuşmazlığın giderilmesini istemeleri halinde o paydaşa görevli mahkemede dava açmak üzere HMK'nın 165. maddesi uyarınca uygun bir süre verilmelidir. Mahkemece verilen süre içerisinde dava açıldığı takdirde sonucunun beklenmesi, açılmadığı takdirde o konuda uyuşmazlık yokmuş gibi davaya devam edilmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta; davalı ...'ın kuyuya ilişkin muhdesat iddiasının yukarıda anılan ilkeler ışığında bir çözüme kavuşturularak, TMK m. 698 uyarınca ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru görülmemiş olup [...] ” Yarg. 14. HD, 12.9.2017, E. 2017/2270, K. 2017/6176 (karararama.yargitay.gov.tr); ayrıca karşı. Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 210.

⁵³² Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 288; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003, s. 707; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, 3. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 102; Ramazan Arslan, **İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,

görevlendirilmiştir⁵³³. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüşe göre, sulh hukuk mahkemesi, paylaşırma hükmüyle görevini tamamlar ve artık icra işlemlerine karşı denetleme görevi icra mahkemesine geçer⁵³⁴.

Yargıtay, istikrarlı bir şekilde, tüm itiraz ve şikâyetler açısından sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu görüşündedir⁵³⁵. Ne var ki Yargıtay, yakın tarihli bir kararında, satışın icra dairesi tarafından yapılması sebebiyle ihalenin feshinde icra mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir⁵³⁶. Fakat bu tarihten sonra Yargıtay, bu uyuşmazlıklar açısından yine sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir⁵³⁷.

Ankara, 1984, s. 158; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. III, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 3098.

⁵³³ Kuru, **İcra-İflâs**, s. 707; Arslan, **İhale**, s. 158.

⁵³⁴ Aybay, **Taksim**, s. 88; satış için mahkemenin bir memur görevlendirmesi durumunda sulh hukuk mahkemesinin; icra dairesinin görevlendirilmesi durumunda ise icra mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz. Özgür, **a.g.e.**, s. 114.

⁵³⁵ “[...] Bilindiği üzere; HMK’nun 322/2. maddesinde; “Paylaşırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâllerde, hâkim satış için bir memur görevlendirir. Taşınır ve taşınmaz malların satışı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır.” hükmüne yer verilmiştir. Satış memurunun satış bedelinin tevziine kadar her muamelesine karşı şikâyet mercii, ortaklığın giderilmesine karar veren Sulh Hukuk Mahkemesi’dir [...]” Yarg. 12. HD, 12.10.2015, E. 2015/17992, K. 2015/23903 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD, 11.9.2012, E. 2012/12095, K. 2012/25785 (Kazancı); Yarg. 12. HD, 12.4.2002, E. 2002/6300, K. 2002/7665 (Kazancı); Yarg. 12. HD, 29.1.1987, E. 1986/5731, K. 1987/897 (Kazancı).

⁵³⁶ “[...] Alacaklı vekiline Sulh Hukuk Mahkemesinde İcra İflas Kanunu’nun 121. maddesi gereğince ortaklığın giderilmesi davası açmak için verilen yetki gereğince alacaklı tarafından izaleyi şüyu davası açılıp satış yaptırılmış ve borçlu hissesi hissedarlar tarafından satın alınarak tapuya tescil edilmiştir. Sulh Hukuk Mahkemesinin görevi İİK 121. madde çerçevesinde yapılması gerekenlerle sınırlı olup bunun dışındaki taleplerde görev İcra Mahkemesine aittir. İhalenin feshine konu edilen 6, 14 ve 188 parsel sayılı taşınmazların ihalesi icra müdürlüğünce yapılmış olmakla ihalenin feshi istemini inceleme görevi icra mahkemesine aittir [...]” Yarg. 12. HD, 30.11.2015, E. 2015/18312, K. 2015/29807 (**MİHDER**, 2016/2, s. 522 vd).

⁵³⁷ “[...] 6100 Sayılı HMK’nun 322/2. maddesinde ise; paylaşırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması halinde hakim satış için bir memur görevlendireceği, satışın ise İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu maddeye göre, satış memuru davaya bakan sulh hukuk mahkemesince tayin edildiğinden, onun işlemlerine karşı şikâyetleri inceleme görevi de sulh hukuk mahkemesine aittir [...]” Yarg. 12. HD, 23.3.2017, E. 2016/27503, K. 2017/4491 (Kazancı)

Kanaatimizce, satış işlemlerine karşı ileri sürülen itiraz ve şikâyetlerde sulh hukuk mahkemesi görevli olmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun dördüncü maddesinin ikinci fıkrasına göre, "icra yetkisini haiz" sulh mahkemelerinin işlemlerine karşı ileri sürülebilecek itiraz ve şikâyetlerde yine bu mahkeme görevlidir. Ortaklığın giderilmesi davasında satış kararı veren ve bu kararın uygulanması için bir memur ya da icra dairesi görevlendiren sulh hukuk mahkemesi, kanaatimizce bu hüküm kapsamında değerlendirilmelidir⁵³⁸.

Öğretideki bir görüşe göre, özellikle ihalenin feshi açısından icra mahkemesinin görevli olması daha uygun olacaktır⁵³⁹. Zira icra mahkemeleri, ihalenin feshi talebi açısından uzman olup uyuşmazlığı daha doğru ve hızlı bir şekilde sonuçlandırabilir⁵⁴⁰. Bu görüşe bir yönüyle hak vermek mümkündür. Ancak bütün ihale sebepleri açısından, icra mahkemesinin o uyuşmazlığı sulh hukuk mahkemesine göre daha hızlı ve doğru değerlendireceği de iddia edilemez. Özellikle ihale konusu şeyin niteliğinin önem kazandığı durumlarda, sulh hukuk mahkemesi uyuşmazlığı daha doğru ve hızlı bir şekilde ele alabilir. Örneğin ihale edilen şey arttırma şartnamesinde gösterilenden farklı bir nitelikteyse ihalenin feshi talep edilebilir. Bu durumda sulh hukuk mahkemesi, buna tamamen yabancı olan icra mahkemesine göre, bu durumu daha doğru bir şekilde tespit edebilir. Yine uygulanacak kurallar açısından, ortaklığın giderilmesi için yapılacak satış ile diğer satışlar arasında bazı farklar vardır. Örneğin ortaklığın giderilmesi yoluyla yapılan satışlarda, satış tutarının rüçhanlı alacakları karşılamasına gerek yoktur⁵⁴¹. Bu ve

⁵³⁸ Yargıtay'ın benzer yaklaşımı hakkında bkz: "[...] İİK'nın 4/son maddesinde; "İcra yetkisini haiz sulh mahkemelerinin muamelelerine karşı vuku bulacak şikayet ve itirazların icra mahkemesi, o mahkemenin hakimidir" düzenlemesine yer verilmiştir. Diğer taraftan 6100 sayılı HMK'nın 4/b maddesi uyarınca ortaklığın giderilmesi davalarına, sulh hukuk mahkemesince bakılır ve anılan Kanunun 322/2. maddesi gereğince de, taşınır ve taşınmaz malların satışı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır. HMK'nın 322/2. maddesine göre satış memuru, davaya bakan sulh hukuk mahkemesince tayin edildiğinden, onun işlemlerine karşı şikayet ve itiraz davalarına da sulh hukuk mahkemesince bakılması gerekmektedir [...]" Yarg. 20. HD, 14.11.2016, E. 2016/10550, K. 2016/10643 (karararama.yargitay.gov.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD, 26.09.2016, E. 2016/15882, K. 2016/19723 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵³⁹ Arslan, **İhale**, s. 158.

⁵⁴⁰ Arslan, **İhale**, s. 158.

⁵⁴¹ Yarg. 12. HD, 11.4.2011, E. 2010/26026, K. 2011/6045 (Kazancı).

buna benzer diğer kuralların daha doğru tespit edilmesi açısından sulh hukuk mahkemesinin görevli olması kanaatimizce daha uygun olur.

Satış aşamasında pek çok işlem yapılır. Bu işlemlere karşı gerçekleştirilecek itiraz ve şikâyetler açısından görevli mahkeme, ayırım yapılmaksızın sulh hukuk mahkemesidir. Örneğin, ihalenin feshinde⁵⁴², “sıra cetveli”ne karşı gerçekleştirilecek itiraz veya şikâyetlerde⁵⁴³, ortaklığın giderilmesi davasında verilen karar kapsamında gönderilen tahliye emrinin iptali isteminde⁵⁴⁴ sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Satış işlemi için icra dairesinin görevlendirilmiş olması, bu uyuşmazlıklarda icra mahkemesinin görevli olması sonucunu doğurmaz⁵⁴⁵.

İtiraz ve şikâyetler açısından görevli olan sulh hukuk mahkemesi, uyuşmazlığı icra mahkemesi gibi ele alır⁵⁴⁶. Örneğin, ihalenin feshi davasında görevli olan sulh hukuk mahkemesi, ortaklığın giderilmesi davasından farklı olarak, taraflar duruşmaya katılmasa bile dosyanın işleminden kaldırılması kararı veremez⁵⁴⁷.

⁵⁴² “[...] HUMK’nun 570. maddesine göre, satış memuru davaya bakan Sulh Hukuk Mahkemesince tayin edildiğinden onun işlemlerine karşı şikâyetler ve açılacak ihalenin feshi davalarında da Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Satışın icra müdürlüğünce yapılması, satışın icrai takiple ilgili olmaması ve icra müdürünün satış memuru sıfatı ile işlem yapması bu duruma etkili olamayacağından Mercice ihalenin feshi davasını inceleme görevinin Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu düşünülmeksizin görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi isabetsizdir [...]” Yarg. 12. HD, 12.4.2002, E. 2002/6300, K. 2002/7665 (Kazancı).

⁵⁴³ Yarg. 20. HD, 14.11.2016, E. 2016/10550, K. 2016/10643 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵⁴⁴ Yarg. 20. HD, 04.11.2015, E. 2015/5294, K. 2015/10434 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵⁴⁵ “[...] HMK’nun 322/2. maddesine göre satış memuru, davaya bakan sulh hukuk mahkemesince tayin edildiğinden, onun işlemlerine karşı şikâyetlere ve açılacak ihalenin feshi davalarına da sulh hukuk mahkemesince bakılması gerekmektedir. Satışın icra müdürlüğünce yapılmış olması, satışın icrai takiple ilgili olmaması ve icra müdürünün satış memuru sıfatı ile işlem yapması nedeni ile sonuca etkili değildir [...]” Yarg. 12. HD, 11.06.2013, E. 2013/13172, K. 2013/22056 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵⁴⁶ Kuru, **İcra-İflâs**, s. 78.

⁵⁴⁷ Yarg. 12. HD, 13.06.2006, E. 2006/10245, K. 2006/12677 (Kazancı).

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme

1. Genel Olarak

Yetki kuralları, uyuşmazlığın hangi yerde bulunan görevli mahkeme tarafından görülmesi gerektiğini düzenler⁵⁴⁸. Genel yetkili mahkeme, davanın açıldığı sırada davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir (HMK m. 6).

Genel yetki kuralının yanında Kanunda özel yetki kuralları da belirlenmiş olabilir. Bu özel yetki kurallarından bazıları kesin nitelikte olup, bazıları bu niteliğe sahip değildir. Kesin yetkinin söz konusu olduğu hâller aynı zamanda bir dava şartıdır (HMK m. 114/1-d). Bu kurala aykırılık hâlinde mahkeme, tarafların bu yönde bir talebi olmasa bile, kendiliğinden yetkisizlik kararı verir (HMK m. 20). Kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde yetkisizlik kararı verilebilmesi ise, yetki ilk itirazının yapılmış olmasına bağlıdır. Aksi takdirde yetkili olmayan mahkeme, kanun gereği yetkili hâle gelir.

Ortaklığın giderilmesi davasının konusunu taşınır ve taşınmaz mallar ile haklar oluşturabilir. Bu bakımdan yetkili mahkeme bunlar için ayrı ayrı tespit edilmelidir.

2. Taşınır ve Haklar İçin Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme

Ortaklığın giderilmesi davası aracılığıyla taşınır ve hakların paylaşılması talep edilebilir. Konusunu taşınır ve hakların paylaşılmasının oluşturduğu ortaklığın giderilmesi davasında uyuşmazlığı görmek için hangi mahkemenin yetkili olduğunun belirlenmesi gerekir.

Taşınır ve hakların paylaşılmasını konu alan ortaklığın giderilmesi davası için özel bir yetki kuralı mevcut değildir⁵⁴⁹. Bu sebeple bu davalarda, genel kural

⁵⁴⁸ Belgesay, **Şerh**, s. 28; Önen, **Yargılama**, s. 35 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 69; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 191; Ulukapı, **Usûl**, s. 160.

gereğince davalının davanın açılması anındaki yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir (HMK m. 6/1)⁵⁵⁰.

Ortaklığın giderilmesi davası birden fazla paydaşa karşı açılırsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yedinci maddesinin birinci fıkrasındaki genel kural gereğince, bu paydaşların herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi uyuşmazlığı görebilir.

Birden fazla yer mahkemesinin uyuşmazlığı görmeye yetkili olduğu durumlarda, bu mahkemelerden biri seçilirken dürüstlük kuralı (HMK m. 29) özellikle dikkate alınmalıdır⁵⁵¹. Dürüstlük kuralı, ortaklığın giderilmesi davasındaki yetkili mahkeme açısından da özellikle dikkate alınmalıdır. Zira bu davalarda davacı ve davalı ayrımı, diğer davalara göre keskin değildir. Yargılamayı başlatan paydaş davacı olurken; diğer paydaş veya paydaşlar davalı konumuna geçer. Bu davalarda bir paydaşın davalı tarafta yer alması onun paylaştırmaya karşı çıktığı anlamına gelmez. Esasen paylaştırmaya karşı çıkmayan paydaş davalı gösterilerek onun yerleşim yeri, sırf paylaşım istemeyen davalının savunma yapabilmesini zorlaştırması sebebiyle, tercih edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, kanaatimizce mahkemenin yetkisinin dürüstlük kuralına aykırı olarak belirlendiği itirazında bulunulabilir (HMK m. 29/1).

⁵⁴⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun sekizinci maddesinde düzenlenen “taşınır davası”, ortaklığın giderilmesi davasından farklı bir davadır. Zira taşınır davası, taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyedin, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı açtığı bir davadır (TMK m. 989, 991) (Jale G. Akipek, **Menkul Davası**, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1959, s. 18 vd; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 57). Dolayısıyla Kanunun sekizinci maddesinde düzenlenen yetki kuralı, taşınır için açılan ortaklığın giderilmesi davasında uygulanamaz.

⁵⁵⁰ “[...] Dava evrakı münderecatiyle, tarafların iddia ve savunmalarına ve ortaklığın giderilmesi istenen mallar taşınmaz değil, taşınır mallar olmasına, bu durumda, usulün değişik 9. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kural uyarınca, davanın açıldığı tarihte davalının MK.nun gereğince ikâmetgahı sayılan yer mahkemesinde görülmesi gerekeceğine [...]” Yarg. 6. HD, 07.10.1976, E. 1976/5983, K. 1976/6137 (Celal Erdoğan, **Ortaklığın Giderilmesi (İzalevi Şuyuu)**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1999, s. 161).

⁵⁵¹ Genel olarak bkz. Jan D. Lüttringhaus, “Der Missbrauch des Gerichtsstandes im Zivilprozess”, **ZZP**, 2014/1, s. 29 vd; Smid/Hartmann, **Wieczorek/Schütze ZPO, a.g.e.**, vor § 12-37, Rdnr. 45; Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 83 vd.

3. Taşınmazlar için Açılan Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yetkili Mahkeme

Taşınmazın üzerindeki aynî hakka ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir (HMK m. 12/1).

Taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir⁵⁵². Çünkü bu dava taşınmaz üzerindeki aynî bir hakka (mülkiyet) ilişkin olup bu dava sonunda taşınmaz üzerindeki aynî hakta (mülkiyette) bir değişiklik meydana gelir⁵⁵³. Öyle ki, paylaşırma kararı sonucunda paydaşlar ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın, kendilerine tahsis edilen şeyler üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır⁵⁵⁴.

Taşınmazın bulunduğu yer ifadesiyle tapuda kayıtlı olunan yer değil taşınmazın fiilen bulunduğu yer anlaşılır⁵⁵⁵. Tapuda kayıtlı olunan yer ile taşınmazın fiilen bulunduğu yer birbiriyle örtüşmüyorsa, taşınmazın fiilen bulunduğu yere

⁵⁵² Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 208.

⁵⁵³ “[...] Ortaklığın giderilmesi davası taşınmazın aynına ilişkin dava olup, HMK’nın 12/1 maddesi hükmüne göre taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkinin kesin olmasına göre ... ilçesi sınırları içinde bulunan ... köyündeki taşınmazlar yönünden yetkili mahkeme Karşıyaka Sulh Hukuk Mahkemeleridir [...]” Yarg. 20. HD, 26.11.2015, E. 2015/4966, K. 2015/11810 (Kazancı).

⁵⁵⁴ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 26; Kaser/Hackl, **a.g.e.**, s. 345 vd; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, s. 157; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Jonas Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 5; Aybay, **Taksim**, s. 76 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 354; bu konu hakkında ayrıca bkz. aşa. XIV, A, 1, a.

⁵⁵⁵ “[...] Bilindiği ve 6100 sayılı HMK’nın 12/1 (1086 sayılı HUMY’nun 13/1) maddesinde düzenlendiği üzere taşınmazın aynına ilişkin davalar taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Bu maddedeki taşınmazın bulunduğu yerden maksat " taşınmazın il ve ilçe sınırı bakımından fiilen bulunduğu" yerdir. Yoksa tapuda kayıtlı olduğu yer değildir. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin ve kesin olup, mahkemece kendiliğinden (re’sen) gözetilmesi zorunludur.Somut olayda dava konusu taşınmaz tapuda Amasra İlçesi K.. Köyü Ç.. mevkiinde kayıtlı olup, yapılan keşifte sınır krokisi uygulanmış ve fen bilirkişisi taşınmazın Kazpınarı köyü sınırları içinde kaldığını rapor etmiştir. Hal böyle olunca, mahkemenin yetkili olduğu gözetilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yanılıklı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir [...]” Yarg. 1. HD, 6.2.2012, E. 2011/12793, K. 2012/787 (Kazancı). Bu yönde ayrıca bkz. Ergun Önen, “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, **AÜHF**, C. 22, S. 1, 1966, s. 612; Umar, **Şerh**, s. 54; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 208; Ulukapı, **Usûl**, s. 168.

öncelik tanınır⁵⁵⁶. Aynı sonuç ortaklığın giderilmesi davası bakımında da geçerlidir⁵⁵⁷.

Taşınmaza ait bölümlerin birden fazla yargı çevresinde bulunması durumunda kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm kıyasen uygulanmalıdır⁵⁵⁸. Böylece bu dava, söz konusu yerlerden herhangi birinde açılabilir.

Paydaşları aynı birden fazla taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açılması⁵⁵⁹ durumunda yetkili mahkemenin hangisi olacağının belirlenmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde diğerleri için de dava açılabilir. Dolayısıyla bu taşınmazlardan herhangi birinin bulunduğu yer mahkemesinde, diğerleri için de ortaklığın giderilmesi davası açılabilir⁵⁶⁰. Buna karşılık azınlıkta

⁵⁵⁶ “[...] *Taşınmazın bulunduğu yerden amaç da taşınmazın fiilen bulunduğu ilçe sınırlarıdır. Tapuda kayıtlı olduğu yerin farklı olması bu kuralı etkilemez* [...]” Yarg. 1. HD, 7.3.2005, E. 2005/1473, K. 2005/2390 (Kazancı); aynı yönde bkz. Umar, **Şerh**, s. 54.

⁵⁵⁷ Yarg. 6.HD, 31.10.1955, E. 1955/5368, K. 1955/5053 (Karahasan, **a.g.e.**, s. 286).

⁵⁵⁸ Genel olarak bu yöndeki bir kıyasın, taşınmazın yetkisini düzenleyen kuralın amacına aykırı olabileceği hakkında bkz. Önen, **a.g.m.**, s. 613. İsviçre hukukunda, bir taşınmazın bazı parçalarının farklı yargı çevrelerinde bulunması durumunda, davanın, en fazla parçanın ait olduğu yargı çevresinde açılacağı hükmü düzenlenmiştir (Sch. ZPO Art.29, Abs. 3). Alman Hukukunda, bu sorun daha farklı ele alınmıştır. Böyle bir durumda hangi mahkemenin yetkili olacağına en yakın üst dereceli mahkeme karar verir (§ ZPO 36).

⁵⁵⁹ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 245 vd.

⁵⁶⁰ “[...] *Dava, iki adet taşınmazın paydaşlığının giderilmesine ilişkindir. Mahkeme yetkisizlik kararı vermiş ve hüküm davacılar vekili tarafından temyiz olunmuştur. HUMK m. 13/3 ve yerleşen içtihatlarla göre "dava birden çok taşınmaza ilişkin ise taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılır"*. Olayımızda, dava konusu taşınmazlardan 9 no.lu parsel Eminönü Çarşı Mahallesinde, 28 no.lu parsel ise Zeytinburnu Merkezefendi Mahallesinde tapuya kayıtlıdır. Davacılar paydaşlığın giderilmesi davasını 9 no.lu parselin bulunduğu yer olan Eminönü ilçesinin bağlı olduğu İstanbul Mahkemesinde açmıştır. Bu durumda işin esasının incelenerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesi, Usul ve yasaya uygun bulunmadığından hükmün bozulması icap etmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 23.2.2004, E. 2004/894, K. 2004/974 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 10.7.2018, E. 2016/2467, K. 2018/5218 (Kazancı). Bir olayda davacı, iki taşınmaz için, bunlardan birinin bulunduğu yerde dava açmış; daha sonra davanın açıldığı yerde bulunan taşınmaz hakkındaki davayı takip etmemiş ve o dava dosyası işlemde kaldırılmıştır. Yargıtay, davacının kötüniyetli olduğu tespit edilmedikçe, mahkemenin, yargı çevresinde yer almayan taşınmaz hakkındaki davayı görmesi gerektiğini, diğer bir ifadeyle, mahkemenin, yargı çevresinde bulunmayan o taşınmaz için de halen yetkili olduğuna karar vermiştir (Yarg. 2. HD,

kalan bir görüşe göre, bu taşınmazların hepsi için, bunlardan sadece birinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması uygun değildir⁵⁶¹. Zira bu görüşe göre, her bir taşınmazda ayrı bir paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğundan bunların ayrı ayrı incelenmesi gerekir⁵⁶². Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun açık hükmü karşısında bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir.

Adli teşkilatta yapılan değişikliklerle taşınmazın yargı çevresi değişebilir. Bu ihtimâlde, davanın açıldığı mahkemenin davayı görmeye devam edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkar. 18.6.1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, bu durumda mahkeme yetkisizlik kararı vermeli ve dava dosyasını daha sonra yetkili hâle gelen mahkemeye devretmelidir⁵⁶³. Yargıtay'ın sonraki uygulaması da bu doğrultuda ilerlemiştir⁵⁶⁴. Öğretide de, bu yöndeki kararlar isabetli bulunmuş ve bu uygulamanın taşınmazlar için getirilen yetki kuralının amacına uygun olduğu ifade edilmiştir⁵⁶⁵. Bununla birlikte yakın tarihli bir kararında Yargıtay, taşınmazın yargı çevresinin değiştirilmesine rağmen, ortaklığın giderilmesi davasının eski yargı çevresindeki mahkemede görülmeye devam etmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁶⁶.

01.07.1996, E. 1996/6446, K. 1996/7393) (Hasan Erdoğan, **Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şüyu) Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 171 vd); Umar, **Şerh**, s. 54. Yılmaz, **Şerh (C. I)**, s. 381.

⁵⁶¹ Aybay, **Taksim**, s. 54.

⁵⁶² Aybay, **Taksim**, s. 54.

⁵⁶³ E. 1957/21 K. 1958/10 (RG. 1.10.1958-10021) . Bu karar, esasen, böyle bir yetkisizlik kararı verilmesinden sonra, mahkemenin dosyayı kendiliğinden mi yoksa tarafların talebi üzerine mi yetkili mahkemeye göndermesi gerektiği sorunu üzerine verilmiştir.

⁵⁶⁴ Bu gibi durumlarda, davanın açıldığı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği hakkındaki uygulama için bkz. Önen, **a.g.m.**, s. 615, dn. 192; ayrıca bkz. Akkan, **Pekcanitez Usûl**, s. 296; Umar, **Şerh**, s. 54; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 103.

⁵⁶⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 103; Önen, **a.g.m.**, s. 615 vd.

⁵⁶⁶ “[...] Dava, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. ... Sulh Hukuk Mahkemesince, 15/01/2013 tarih ve 8 sayılı HSYK kararı ile çekişmeli taşınmazın bulunduğu ... ilçesinin v ilçesinin yargı alanından ayrılarak ... yargı alanına dahil edildiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. ... Sulh Hukuk Mahkemesi ise, davanın HSYK kararından önce açıldığı gerekçesiyle yetkisizlik yönünde hüküm kurmuştur. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 15.01.2013 tarih ve 8 sayılı kararı uyarınca ... ilçesinin ... ilçesi yargı alanından çıkarılarak ... ilçesi yargı alanına bağlandığı anlaşılmakta ise de, davanın açıldığı 22.12.2008 tarihi itibarıyla ... Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkisinin devam ettiği, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin yetkisinin idari nitelikteki kararın alındığı 15.01.2013 tarihinden sonra açılan davalar için söz konusu olduğu anlaşıldığından, uyuşmazlığın ... Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp,

Davanın açıldığı esnada yetkili olan mahkemenin, yetkili olmasına dayanak teşkil eden durumun değişmesinden etkilenmeyip yetkili kalması kuralına *perpetuatio fori* adı verilir⁵⁶⁷. Bu kural, mahkemenin yetkili olup olmadığı sorununu bir an önce çözüp işin esasına girmeye olanak tanınması sebebiyle usûl ekonomisine hizmet eder⁵⁶⁸.

Kanaatimizce sonradan yapılan değişikliklerin mahkemenin yetkisini etkilememesi gerekir. Çünkü *perpetuatio fori* kuralı, aynı zamanda hukukî güvenlik ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir⁵⁶⁹. Kaldı ki, usûl kurallarına ilişkin değişiklikler ancak tamamlanmamış usûl işlemleri açısından sonuç doğurur. (HMK m. 448)⁵⁷⁰. Oysa yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre görevli ve yetkili mahkemede dava açılmasıyla artık bu usûl işleminin tamamlandığı kabul edilmelidir⁵⁷¹. Bu sebeplerle, dava açıldıktan sonra görev ve yetkiyi ilgilendiren kanun değişikliklerinin görülmekte olan davayı etkilememesi gerekir.

sonuçlandırılması gerekmektedir [...]” Yarg. 20. HD, E. 2017/5757, K. 2017/3862 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁵⁶⁷ Hakan Pekcanitez, “Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005/2, s. 178; Wolfgang Grunsky/Florian Jacoby, **Zivilprozessrecht**, 16. Aufl, Verlag Franz Vahlen, München, 2018; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 261, Rdnr. 100; ayrıca bkz. ZPO § 261; Sema Taşpınar Ayvaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 86 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 383.

⁵⁶⁸ Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 261, Rdnr. 100; ayrıca bkz. Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 197; Alman hukukunda, davanın açıldığı esnada yetkili olan bir mahkemenin yargı çevresinin değişmesinin, o mahkemenin yetkisini değiştirmeyeceği kabul edilmektedir (Smid/Hartmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, Vor §§ 12–37, Rdnr. 39).

⁵⁶⁹ Pekcanitez, **Görev**, s. 179; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 383; karş. Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 197.

⁵⁷⁰ Pekcanitez, **Görev**, s. 182; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 16 vd; mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki durum için bkz. Karafakih, **Usul**, s. 8 vd;

⁵⁷¹ Pekcanitez, **Görev**, s. 182; görev kurallarının kamu düzeninden olması gerekçesiyle, açık bir hüküm olmadığı sürece göreve ilişkin değişikliklerin derhâl uygulanması gerektiği hakkında bkz. Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 198, 199.

4. Ortaklığın Satış Yoluyla Giderilmesine Yönelik İşlemlere Karşı İleri Sürülebilecek İtiraz ve Şikâyetlerde Yetkili Mahkeme

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine yönelik işlemlere karşı ileri sürülebilecek itiraz ve şikâyetler açısından paylaşırma kararı veren sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu tespit edilmiştir⁵⁷². Bu tespitle birlikte yetkili mahkeme de belirlenmiş olmaktadır. Böylece bu itiraz ve şikâyetler açısından yetkili mahkeme paylaşırma kararı veren sulh hukuk mahkemesidir.

Kural bu olmakla birlikte, üzerindeki ortaklığın giderilmesine karar verilen şeyin başka bir mahkemenin yargı çevresinde bulunması ve satışın o yerdeki icra dairesi aracılığıyla yapılması durumunda yetkili mahkemenin neresi olacağı sorusu akla gelebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 322. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ortaklığın giderilmesi amacıyla yapılan taşınır ve taşınmaz satışlarında, İcra ve İflâs Kanunu'na ilişkin hükümler uygulanır. Dolayısıyla yukarıdaki soruya İcra ve İflâs Kanunu'nun hükümlerine göre bir cevap aranmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 360. maddesine göre, haczedilen malın farklı bir yargı çevresinde bulunması durumunda bunun satışı istinabe yoluyla yapılır ve buna ilişkin uyuşmazlıklar açısından istinabe edilen icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi yetkilidir. Bu hükümden hareketle, paylaştırmaya yönelik satış yapması amacıyla istinabe olunan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesinin, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine yönelik işlemlere karşı ileri sürülebilecek itiraz ve şikâyetler açısından yetkili olduğu sonucuna varılabilir⁵⁷³.

⁵⁷² Bu konuda bkz. yuk. VI, A, 4.

⁵⁷³ Bu kapsamda Yargıtay ihalenin feshi açısından satışın yapıldığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermiştir: “[...] *Satış Eceabat İcra Memurluğunca yapılmış olduğuna göre, ihalenin feshi davasının da Eceabat Sulh Hukuk Mahkemesinde görülmesi Yasa hükmü gereğidir [...] İhalenin feshi için ileri sürülen sebeplerin en çabuk ve en iyi bir şekilde incelenmesi, delillerin kolayca toplanıp isabetli olarak değerlendirilmesi ancak ihaleyi yapan memurun ve ihalesi yapılan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde yapılabilir [...]*” Yarg. HGK, 13.1.1962, E. 1962/12-263, K. 1962/16 (Arslan, **a.g.e.**, s. 159).

5. Mirasın Paylaştırılması Davasında Yetki

a. Terekenin Tamamının Paylaştırılması Talebi

Mirasın paylaştırılması ile ortaklığın giderilmesi davaları birbirinden farklıdır⁵⁷⁴. Bu farklılığın usûl hukukuna ilişkin sonuçlarından birisi de her iki dava için farklı mahkemelerin yetkili olması durumudur.

Mirasın paylaştırılması davasında, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkililidir (HMK m. 11/1-a; TMK m. 576/2). Bu yer mahkemesinin yetkili olmasının nedeni, mahkemenin kolay tespit edilebilir olmasının yanında, işin esası ve hükmün icrası açısından da elverişli olmasıdır⁵⁷⁵. Zira mirasbırakanın mallarının büyük bir bölümünün bu yerde bulunması ihtimâli, diğer yerlere göre daha yüksektir⁵⁷⁶.

Bazı durumlarda borçlu mirasçının alacaklısı da bu davayı açabilir. Açılan bu dava da mirasın paylaştırılması davası niteliğindedir⁵⁷⁷. Bu sebeple, burada da ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Bu dava, takip talebinin yapıldığı icra dairesinin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinde (o yer aynı zamanda ölenin son yerleşim yeri değilse) açılmaz⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. I, B, 2.

⁵⁷⁵ Belgesay, **Şerh**, s. 41; Heinrich, **Musielak/Voit ZPO**, § 27, Rdnr. 1.

⁵⁷⁶ Belgesay, **Şerh**, s. 41; Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 35.

⁵⁷⁷ Bu konu hakkında bkz. aşağı. VIII, A, 2, b.

⁵⁷⁸ “[...] Davacı alacaklı borçlu ortağın borcu nedeniyle yaptığı takip neticesi Alanya İcra Mahkemesinden aldığı yetkiye istinaden dava konusu 4 adet taşınmazdaki ortaklığın giderilmesini istemiştir. HUMK'un 13. Maddesi uyarınca gayrimenkule müteallik davalar gayrimenkulun bulunduğu mahal mahkemesinde, gayrimenkulun birden fazla olması halinde ise gayrimenkullerden birinin bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur. HUMK'un 13. maddesindeki düzenleme kamu düzenine ilişkin olup kesindir ve bu konuda yetki sözleşmesi dahi yapılamaz. Somut olayda ortaklığın giderilmesine konu 4 adet taşınmazdan 3 adedinin Ankara'da 1 adedinin ise Silifke'de olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda HUMK'un 23. maddesi gereği mahkemenin re'sen yetkisizlik kararı vermesi gerekirken işin esasına girilerek dava konusu taşınmazların satılarak ortaklığının giderilmesine karar verilmesi doğru olmadığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, Adalet Bakanlığı'nın gösterdiği lüzum

Bir mirasçı, terekede bulunan bir mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesini sulh hukuk mahkemesinden talep edebilir (TMK m. 644/1)⁵⁷⁹. Elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz söz konusu olmadıkça mahkeme, kural olarak bu yönde karar verir (TMK m. 644/2). Bu dava, mirasın paylaşılması davası olmadığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesi hükmü burada uygulanmaz. Bu bakımdan, taşınmaz üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davasında, kanaatimizce taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olmalıdır. Nitekim Yargıtay da, bu davanın taşınmazın bulunduğu yerde açılması gerektiğine hükmetmiştir. Çünkü Yargıtay'a göre, bu davada elbirliği mülkiyetinin devamını haklı kılacak bir itiraz ileri sürülürse, bu itirazın haklılığı en doğru olarak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde tespit edilir⁵⁸⁰.

b. Terekede Yer Alan Taşınmazların Paylaştırılması Talebi

Diğer mirasçılar itiraz etmedikçe terekenin sadece bir kısmı için de mirasın paylaşılması davası açılabilir (TMK m. 642/2)⁵⁸¹. Bu kapsamda örneğin sadece bir taşınmaz için mirasın paylaşılması istenebilir. Taşınmazın bulunduğu yer ile ölen kimsenin son yerleşim yeri farklı yargı çevrelerinde bulunursa bir yetki sorunu ortaya çıkar. Çünkü Kanun'da her iki yetki kuralı da kesin niteliktedir.

Yargıtay'a göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenen davalarda, bu davalar taşınmazın aynını ilgilendirse bile, ölen kimsenin

üzerine kanun yararına bozma isteğinin kabulü gerekmiştir [...]" Yarg. 6. HD, 3.3.2009, E. 2009/12312, K. 2009/1668 (RG 21.4.2009 – 27207).

⁵⁷⁹ Bu konu hakkında bkz. yuk. I, B, 2, b, (2).

⁵⁸⁰ “[...] Talebe karşı itiraz olduğu takdirde "iştirak halinde mülkiyetin o mal üzerinde devamını haklı kılacak" (MK. 584/a) bir halin bulunup bulunmadığını en iyi inceleme imkanına sahip olan hakimin, gayrimenkulün bulunduğu yer hakimî bulunmasına; bu halin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesinin konuluş amacına uygun bulunmasına göre incelenen davada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 11. maddesinin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir [...] Dava konusu taşınmaz malın, İstanbul İli Eminönü İlçesi'nde bulunduğu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 13. maddesi uyarınca İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilmeden işin esasının incelenip yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır [...]” Yarg. 2. HD, 13.10.1993, E. 1993/8273, K. 1993/9241 (Sinerji).

⁵⁸¹ Genel olarak bkz. Ergüne, **a.g.m.**, s. 1079 vd.

son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olmalıdır⁵⁸². Buradan hareket edilerek taşınmaz için açılan mirasın paylaşılması davasında da, taşınmazın bulunduğu yer değil ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi yetkili olmalıdır⁵⁸³. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinde, terekede yer alan malvarlığı unsurları açısından bir ayırım yapılmamıştır⁵⁸⁴.

⁵⁸² “[...] Vasiyetnamenin yerine getirilmesine yönelik davaya mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesinde bakılması gerekir. Bu yetki kesindir. Yargılamanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması zorunludur (MK. m. 576, HUMK. m. 1). Bu davada Hukuk Usulü Muhakemesi Yasası'nın 13. maddesinin uygulanma olanağı yoktur (HGK. 17.01.2007 gün ve 2007/2-2, 2007/10 sayılı, HGK. 04.10.2006 gün ve 2006/2-538-619 sayılı, Y.2.HD. 27.03.2007 gün, 2937-5017 sayılı kararlar). Mahkemece yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır [...]” Yarg. 2. HD, 13.5.2008, E. 2008/3742, K. 2008/6979 (Kazancı); ayrıca bkz. Yarg. HGK 17.1.2007, E. 2007/2-2, K. 2007/10 (Kazancı); Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci fıkrasının aynı Kanun'un 12. maddesine göre özel nitelikte olduğu hakkında bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 206

⁵⁸³ “[...] Bu nedenle paylaşma davasında yetkili mahkeme murisin yerleşim yeri mahkemesidir. Davalılar murisin yerleşim yerinin Ceyhan olduğunu bildirmişlerdir. Paylaşma davasında yetki, kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Murisin yerleşim yeri tespit edilmeden paylaşılması istenen terekedeki gayrimenkulün Belen İlçesinde olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş [...]” Yarg. 14. HD, 18.4.2016, E. 2015/3993, K. 2016/4702 (karararama.yargitay.gov.tr). Ancak karşı. “[...] Dava, murisin taşınır ve taşınmaz malları üzerindeki ortaklığın giderilmesine karar verilmesi istemine ilişkindir.9. Sulh Hukuk Mahkemesince, ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmazlardan birinin..... mahallesinde bulunduğu gerekçesiyle tefrik ve mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.... 6. Sulh Hukuk Mahkemesi ise birden fazla taşınmazın aynına ilişkin davanın, taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki başlıklı 6100 Sayılı HMK'nın 12. maddesinin birinci fıkrasında "Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir", üçüncü fıkrasında "bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkin ise, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da dava açılabilir" hükmüne yer verilmiştir. Bu madde gereğince davanın ilk açıldığı dava konusu 394 ada, 111 parsel 23 numaralı daire,..... mevkii, 1636 ada 15 parsel sayılı, ... mevkii 2508 pafta 213 ada 8 numaralı daire yönünden yetkili olmakla dava konusu edilen diğer taşınmazlar için de yetkili olacaktır. Bu durumda uyuşmazlığın Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir [...]” Yarg. 20. HD, 7.11.2019, E. 2019/4796, K. 2019/6395 (Kazancı).

⁵⁸⁴ Mirasın paylaşılması davasındaki yetkiye ilişkin hükümlerin, taşınmazın yetkisine ilişkin hükümlere göre özel nitelikte bulunması sebebiyle, bu davalar için, ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu yönünde bkz. Yabancı, **a.g.t.**, s. 24; Belgesay da, terekedeki malvarlığı unsurlarının birlikte incelenmesinin faydalı olacağı gerekçesiyle, bu uyuşmazlığın ölen kimsenin yerleşim yeri mahkemesinde görülmesi gerektiğini ifade etmektedir (Belgesay, **Şerh**, s. 49).

Bununla birlikte uyuşmazlığın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülemeyecek olması, davanın daha uzun sürmesine ve daha masraflı olmasına neden olabilir. İsviçre hukukunda, terekedeki bir taşınmazın tahsisi için açılan davada, alternatif olarak, o taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (Sch. ZPO Art. 28, Abs. 3). Ancak bu hüküm, sadece terekedeki taşınmazlar için paylaştırmanın istendiği davalar açısından uygulanır⁵⁸⁵. Başka bir ifadeyle bu hüküm, terekenin tamamı için açılan paylaştırma davasında uygulanamaz⁵⁸⁶. Kanaatimizce benzer bir düzenleme, hukukumuz açısından da faydalı olabilir. Böylece bu dava, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir ve bu davalarda gerçekleştirilmesi çoğunlukla zorunlu olan keşif de⁵⁸⁷ istinabe yoluna başvurulmadan doğrudan davanın görüldüğü mahkemece yapılabilir.

⁵⁸⁵ Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1463; Spühler, **Basler ZPO** Art. 28 Rdnr. 26

⁵⁸⁶ Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1463; Spühler, **Basler ZPO** Art. 28 Rdnr. 26. Bazı durumlarda, terekenin tamamı hakkında açılan dava için de, taşınmazın bulunduğu mahkemenin yetkili olmasının faydalı olabileceği hakkında bkz. Annette Spycher, “Prozessuales zur Erbteilung und zur Erbteilungsklage” **Ausgewählte Aspekte der Erbteilung**, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 33.

⁵⁸⁷ Yargıtay’ın ortaklığın giderilmesi davalarında keşif yapılmasını zorunlu gördüğü bazı durumlar için bkz. yuk. IX, C, 2, c.

VII. Dava Konusu Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Genel Olarak

Bir davada dava konusunun belirlenmesi, mahkemenin görev ve yetkisi, davanın değiştirilmesi yasağı, bir dava yığılmasının bulunup bulunmadığı, derdestlik ve kesin hükmün kapsamı gibi çeşitli konular bakımından belirleyicidir⁵⁸⁸.

Medenî usûl hukuku bakımından büyük önemi bulunan dava konusunun ne olduğuna ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür⁵⁸⁹. Bunlar arasında özellikle dava konusunu maddî hukuktaki haktan bağımsız olarak ele alan usûl hukuku teorileri üzerinde durmak gerekir. Bu teorilerden iki parçalı dava konusu teorisine göre, dava konusu, mahkemeye yöneltilmiş talep ve bu talebin kaynaklandığı hayat olayıdır⁵⁹⁰. Tek parçalı dava konusu teorisine göreyse, dava konusu talep sonucundan ibarettir⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ Kern, **Kern/Diehm ZPO**, Einl, Rdnr. 21; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 93, Rdnr. 2; Roth, **Stein/Jonas ZPO**, vor § 253, Rdnr. 4.

⁵⁸⁹ Bu teoriler hakkında genel açıklamalar için bkz. Hanns Prütting, **Wieczorek/Schütze ZPO**, (§§ 1-23a), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/München/Boston, 2015, Einl, Rdnr. 68; Christoph Althammer, **Streitgegenstand und Interesse**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, s. 40 vd; Walther J. Habscheid, **Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit**, Deutscher Heimat Verlag, Bielefeld, 1956, s. 30 vd; Petra Pohlmann, **Zivilprozessrecht**, 4. Aufl, Verlag C.H.Beck, München, 2018, s. 142; Arthur Nikisch, “Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, **Archiv für civilistische Praxis**, B.154, H. 4, 1955, s. 271 vd; Yılmaz, **Islah**, s. 183 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 483 vd; Kâmil Yıldırım, “Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri”, **HAD**, 1993/1-3, s. 23 vd; Levent Börü, “Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”, **BATİDER**, 2012/2, s. 261 vd; Börü, **Devir**, s. 214 vd; Ermenek, **Birleştirme**, s. 161 vd; Bulut, **a.g.e.**, s. 257 vd.

⁵⁹⁰ Genel olarak bkz. Habscheid, **a.g.e.**, Deutscher Heimat Verlag, Bielefeld, 1956, s. 30 vd; ayrıca bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 57 vd; Kern, **Kern/Diehm ZPO**, Einl, Rdnr. 22; Börü, **Dava Konusu**, s. 265; Bulut, **a.g.e.**, s. 265 vd; Hayat olayı, birbiriyle bağlantılı birden fazla vakianın meydana getirdiği bir bütündür (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 223; Meriç, **Tasarruf**, s. 99 vd; Börü, **Dava Konusu**, s. 265).

⁵⁹¹ Genel olarak bkz. Karl Heinz Schwab, **Der Streitgegenstand im Zivilprozess**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1954, s. 183 vd; ayrıca bkz. Althammer, **a.g.e.**, s. 60 vd; Börü, **Dava Konusu**, s. 263 vd.

Alman hukukunda iki parçalı dava konusu teorisi hâkim konumdur⁵⁹². Türk hukukunda ise her iki teori lehine de görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir⁵⁹³. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava konusunun, talep sonucu anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir⁵⁹⁴. Ancak bu durum, derdestlik ve kesin hüküm değerlendirilirken dava sebebinin dikkate alınmaması anlamına gelmez⁵⁹⁵. Örneğin, dava sebebi, kesin hüküm için varlığı aranan bir unsurdur (HMK m. 303/1). Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunun ve dava sebebinin ne olduğunun ayrı bir şekilde tespit edilmesi gerekir.

⁵⁹² Bu yönde bkz. Prütting, **Wieczorek/Schütze ZPO**, Einl, Rdnr. 71; Roth, **Stein/Jonas ZPO**, vor § 253, Rdnr. 18; bu konuda ayrıca bkz. Direnisa, **a.g.e.**, s. 143; Börü, **Dava Konusu**, s. 265.

⁵⁹³ Bu görüşler hakkında toplu olarak bkz. Börü, **Dava Konusu**, s. 274 vd; Levent Börü, **Dava Konusunun Devri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 227 vd; öğretide bir görüş iki parçalı dava konusu teorisinin daha isabetli olduğunu iddia etmektedir (Üstündağ, **Yargılama**, s. 529, dn. 36; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 242; Yıldırım, **a.g.m.**, s. 40; H. Özden Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 177 vd; Meriç, **Tasarruf**, s. 91 vd; Meriç, **Değerlendirme**, s. 33; öğretide diğer bir görüşe dava konusundan sadece talep sonucu anlaşılmalıdır (Yılmaz, **Islah**, s. 190; Tanrıver, **Usûl**, s. 492; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 81 vd; Bulut, **a.g.e.**, s. 296). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan çeşitli düzenlemelerin değerlendirilmesinden sonra, dava konusundan sadece talep sonucunun anlaşıldığı hakkında bkz. Tanrıver, **Usûl**, s. 491 vd; Börü, **Devir**, s. 233 vd. Bununla birlikte dava konusuna ilişkin belirleme yapılırken, dava sebebinin hangi ölçüde dikkate alınıp alınamayacağı konusu ise tartışmalıdır (Bu konuda bkz. Tanrıver, **Derdestlik**, s. 81); Örneğin, derdestlik ve kesin hüküm incelemesi açısından vakıaların da değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. Tanrıver, **Derdestlik**, s. 82; konunun davanın birleştirilmesi açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. Ermenek, **Birleştirme**, s. 165 vd.

⁵⁹⁴ Kanun'un 119/1-d, 303/1, 375/1-ı hükümlerinden böyle bir sonucun çıktığı hakkında bkz. Börü, **Dava Konusu**, s. 281 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 491 vd; Börü, **Devir**, s. 233 vd; Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 132; Ermenek, **Birleştirme**, s. 165; ayrıca bkz. Bulut, **a.g.e.**, s. 291, 296 vd.

⁵⁹⁵ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 82; davanın birleştirilmesi bakımından ayrıca bkz. Ermenek, **Birleştirme**, s. 165 vd.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Konusu

1. Talep Sonucu

a. Paylı Mülkiyet İlişkisinin Sona Erdirilmesi ile Paylaştırma Taleplerinin Birbirinden Bağımsız Olduğu Görüşü ve Bu Görüşün Eleştirisi

Ortaklığın giderilmesi davasında dava konusu belirlenirken öncelikle bu davaya konu edilen paylaştırmayı isteme hakkının kapsamı dikkate alınmalıdır⁵⁹⁶. Paylaştırmayı isteme hakkının, hak sahibine hangi talepleri ileri sürebilmesine imkân verdiği tespit edilerek, ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunun ne olduğu ortaya konulmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, paylı mülkiyet ilişkisinin ortadan kaldırılmasında iki ayrı safha bulunur. Buna göre, ilk safha paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesine yönelikken; ikinci safha paylaştırmaya ilişkindir⁵⁹⁷. Bunun bir sonucu olarak bir paydaş, paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi ve paylaştırma talepleri olmak üzere iki ayrı talep ileri sürer⁵⁹⁸. Bu görüş takip edildiğinde, ortaklığın giderilmesi davasında iki ayrı talebin söz konusu olduğu ve bu davada bir dava yığılmasının gündeme gelebileceği düşünülebilir.

Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, paylaştırmayı isteme hakkı paydaşa temel olarak üç tane talep ileri sürebilme imkânı verir⁵⁹⁹. Bu görüşe göre,

⁵⁹⁶ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 41.

⁵⁹⁷ Aybay, **Taksim**, s. 2 vd; Yazar, bu ayrımın maddî hukuk bakımından da bazı sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, paydaşlar her iki safhaya ilişkin ayrı ayrı sözleşme yapabilir (Aybay, **Taksim**, s. 2 vd.). Örneğin paylı mülkiyet ilişkisinin bir süre daha devam edeceğini öngören sözleşme, birinci safhaya ilişkinen; paylaştırmanın türü hakkında yapılacak sözleşme, ikinci safhaya aittir (Aybay, **Taksim**, s. 2 vd).

⁵⁹⁸ Kuru, **C. VI**, s. 6234.

⁵⁹⁹ Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 5.

paylı mülkiyet ilişkisinin tamamen ortadan kaldırılması için aşağıdaki taleplerin birlikte ileri sürülmesi davanın amacına uygun olur⁶⁰⁰:

1. Paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi talebi,
2. Kanuna uygun bir paylaştırma sözleşmesi yapılması talebi,
3. Paylaştırma sözleşmesinin gerektirdiği işlemlerin yapılması talebi.

Bu görüşe göre, davacı, ilk talebiyle diğer paydaşların paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi konusunda irade beyanlarını açıklamasını talep eder⁶⁰¹. Bu talebin mahkemece uygun bulunması durumunda “*iradeye mahkûmiyet*” kararı verilir ve bu karar Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 894. maddesi kapsamında⁶⁰² icra edilir⁶⁰³. Davacının ikinci talebi, davalılarla paylaştırma sözleşmesi yapılmasına ilişkin olup bu talebin de uygun bulunması durumunda mahkeme hükmü davalıların paylaştırma sözleşmesi yapılması konusundaki eksik olan iradelerini tamamlar. Davacının üçüncü talebi ise bu paylaştırma sözleşmesi çerçevesinde paylaştırmanın yapılması için davalıların gerekli şeyleri yapması isteğini içerir. Davacının bu üç talebi ayrı bir dava konusu olarak değerlendirildiği için burada davaların yığılması söz konusu olur⁶⁰⁴.

Buna karşılık, paylı mülkiyetin sonlandırılması talebi ile paylaştırma talebini ayrı ayrı değerlendiren görüş, hem Türk⁶⁰⁵ hem de Alman hukukunda⁶⁰⁶ eleştiriye uğramıştır. Çünkü ortaklığın giderilmesini isteme hakkı; paylı mülkiyet ilişkisinin

⁶⁰⁰ Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 5.

⁶⁰¹ Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 5.

⁶⁰² Hükme göre, bir borçlu irade beyanını açıklamaya mahkûm edildiğinde, iradeye mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle birlikte bu açıklamanın yapılmış olduğu kabul edilir.

⁶⁰³ Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 5.

⁶⁰⁴ Jauerning/Stürner, **BGB**, § 758, Rdnr. 10; Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 5.

⁶⁰⁵ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 332, dn. 223; Ögüz, **a.g.e.**, s. 47 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 162; Özgür, **a.g.e.**, s. 15.

⁶⁰⁶ Schmidt, **MüKO BGB**, Rdnr. 41; Staudinger/Eickelberg, **BGB**, Rdnr. 20; Palandt/Sprau, **BGB**, § 749, Rdnr. 2; Schulze/Saenger, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 9. Aufl, Nomos, 2017, § 749, Rdnr. 2; Erman/Aderhold, **Bürgerliches Gesetzbuch**, B. I, 15. Aufl, Otto Schmidt, Köln, 2017, § 749, Rdnr. 2.

sona erdirilmesi veya paylaşırma sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir talep hakkı değil doğrudan doğruya paylaşırma isteme yetkisi verir⁶⁰⁷. Üstelik paylaşırma yapılmadan paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi zaten mümkün değildir⁶⁰⁸. Paylaşırma davası, aynı zamanda paylı mülkiyet ilişkisinin de sonlandırılmasına ilişkin bir davadır⁶⁰⁹. Dolayısıyla bu davada sadece paylaşırma talebi yeterli değildir⁶¹⁰. Bu gerekçelerle, ortaklığın giderilmesi davasında tek bir talep söz konusu olup (paylaşırma), bu davada bir dava yığılmasından (paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi + paylaşırma talebi gibi) bahsetmek mümkün değildir⁶¹¹.

b. Değerlendirme

Kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucu, paylı mülkiyete konu şeyin paylaşırılmasıdır. Paylaşırma talebinin yanında ayrıca paylı mülkiyetin sona erdirilmesi talebinde bulunmaya gerek yoktur⁶¹². Zira ortaklığın giderilmesi talebi paylaşırma talebini de kapsar⁶¹³. Nitekim mevzuatımızda da ortaklığın giderilmesi davası, her zaman paylaşırma talebini içine alacak şekilde kullanılmıştır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 322. maddesinde “*ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâller*” denilmiştir. Eğer ortaklığın giderilmesi sadece paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi olarak anlaşılırdı, bunun için satış yapılmasına gerek kalmazdı. Bu konuda Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 10. maddesinin

⁶⁰⁷ Staudinger/Eickelberg, **BGB**, § 749, Rdnr. 20; Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 20; OLG Hamm, 02/12/1991 - 8 U 99/91 (NJW-RR, 1992, 665, 666).

⁶⁰⁸ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 332, dn. 223; Ögüz, **a.g.e.**, s. 47 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 162; Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 41.

⁶⁰⁹ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 41.

⁶¹⁰ Staudinger/Eickelberg, **BGB**, § 749, Rdnr. 20; Palandt/Sprau, **BGB**, § 749, Rdnr. 2; Schulze/Saenger, **Bürgerliches Gesetzbuch**, 9. Aufl, Nomos, 2017, § 749, Rdnr. 2; Erman/Aderhold, **Bürgerliches Gesetzbuch**, B. I, 15. Aufl, Otto Schmidt, Köln, 2017, § 749, Rdnr. 2.

⁶¹¹ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 41; İsviçre hukuku bakımından benzer sonuç için bkz. Yannick Minnig, “Aufhebung von Miteigentum in der Erbgemeinschaft”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 2018, s. 1199.

⁶¹² Kuru, her ne kadar dava dilekçesinde ortaklığın giderilmesi ve paylaşırma talepleri olmak üzere iki ayrı talep ileri sürüleceğini belirtse de, sadece ortaklığın giderilmesi talebinin ileri sürülmesi durumunda, bu talebin paylaşırma talebini de kapsadığını ve dava dilekçesinin bu şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir (Kuru, **C. VI**, s. 6234, 6235).

⁶¹³ Bu konu hakkında ayrıca bkz. yuk. I, B. 2, a.

yedinci fıkrasındaki ifade bu mesele bakımından daha açıklayıcıdır. Bu hükümde, *“kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse”* denilerek ortaklığın giderilmesi ile paylaşırma aynı anlamda kullanılmıştır. Keza Vakıflar Kanunu’nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında *“taviz bedelinin hesaplanmasında; ortaklığın giderilmesi veya cebri icra yoluyla satılanlarda satış bedeli”* ifadesiyle ortaklığın giderilmesi davasında satış yapılabileceği, diğer bir ifadeyle paylaşırma yapılabileceği sonucu ortaya çıkar⁶¹⁴.

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunun paylaşırma olduğunu tespit ettikten sonra bir konunun daha incelenmesi gerekir. Bilindiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında paylaşırma aynen veya satış yoluyla yapılır (TMK m. 699/2, 3). Bu noktada dava konusunun sadece genel bir paylaşırma talebi mi olduğu yoksa bu paylaşırma biçimine yönelik taleplerin birbirinden bağımsız talepler olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Başka bir anlatımla, ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunun salt paylaşırma talebi mi yoksa aynen ya da satış yoluyla paylaşırma talebi mi olduğu hususunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespitin çeşitli açılardan pratik sonuçları bulunur. Örneğin, eğer paylaşırma biçimlerinin ayrı birer talep ve dava konusu oldukları düşünülürse bu taleplerin aynı davada değiştirilmesinin dava değişikliği çerçevesinde ele alınması gerekecektir. Bu kapsamda, aynen paylaşırma talebi değiştirilerek satış talebinin istenmesi kural olarak davanın değiştirilmesi anlamı gelecektir. Söz konusu meselenin derdestlik açısından da önemi bulunur. Eğer aynen paylaşırma ve satış yoluyla paylaşırma talepleri birbirinden farklı talepler olarak değerlendirilirse, aynen paylaşırma davası devam ederken satış yoluyla paylaşırma davası açılmasına derdestlik dava şartı engel olmayacaktır. Nihayet bu meselenin kesin hükmün kapsamı bakımından da önemi vardır. Eğer paylaşırma biçimine yönelik talepler ayrı olarak değerlendirilirse, birinin talep edilmiş olduğu davanın reddedilmesi

⁶¹⁴ Benzer örnekler için bkz. Tapu Sicili Tüzüğü (RG 17.08.2013 – 28738) m. 20/1-d; Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 171/1-h, m. 181/1, m 182/2; Mal Memurlarının Kayyımlığı Hakkında Yönetmelik (RG 16.05.2009 – 27230) m. 9/3.

durumunda diğer talebe ilişkin bir davanın açılmasına kesin hüküm engel olmayacaktır. Örneğin, aynen paylaştırmanın talep edilmiş olduğu davanın reddedilmesi durumunda paydaşlar daha sonra satış yoluyla paylaşırma talebini konu alan bir dava açabilecektir.

Aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaşırma talebinin bağımsız birer talep olup olmadığı konusunda Yargıtay'ın kararları çelişkilidir. Şöyle ki, bir kararında Yargıtay, satış yoluyla paylaşırma talep edilmişken; aynen paylaştırmanın istendiği ikinci davanın derdestlik sebebiyle reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶¹⁵. Bu karar ile Yargıtay'ın her iki talebi aynı nitelikte gördüğü sonucuna varılabilirse de, yine Yargıtay aynen paylaşırma talebi bırakılarak satış yoluyla paylaşırma talebinin ıslah yolu ile yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁶¹⁶. Öyleyse Yargıtay, bu iki talebi birbirinden farklı talepler olarak görmektedir ki, taleplerin değişmesi için ıslahın gerekli olduğuna hükmetmiştir.

Kanaatimizce aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaşırma talebini birbirinden farklı talepler olarak değerlendirmek daha isabetli olur. Her ne kadar, her iki talebin amacı paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirip, paydaşlara paylarının verilmesini sağlamak olsa da her iki talebin sonucunda paydaşların elde edecekleri şeyin niteliği birbirinden farklıdır. Gerçekten aynen paylaştırmada, mal parçalara

⁶¹⁵ “[...] Dava, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Davacı vekili, tarafların müştereken malik olduğu 6938 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep etmiş; birleştirilen davada ise davacı vekili, ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemiştir. Mahkemece, birleştirilen davanın derdestlik nedeniyle usulden reddine; asıl davanın kabulüyle dava konusu taşınmazdaki ortaklığın satış yoluyla giderilmesine dair verilen kararın davalı- birleştirilen davada davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizce hükmün onanmasına karar verilmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 23.1.2019, E. 2018/2702, K. 2019/719 (Kazancı).

⁶¹⁶ “[...] Dâvacı, her ne kadar dâva konusu gayrimenkulün taksimine karar verilmesini dâva dilekçesinde istemiş ise de, mahkemece bu gayrimenkulün taksiminin mümkün olmadığını keşfen tesbit olunmasından sonra mahkemeye verdiği dilekçesinde, müddeabih gayrimenkulün taksimi mümkün olmadığından bahsile satılması suretiyle şüyuunun giderilmesini istemiş olmasına binaen, bu dilekçenin usul hükümleri gereğince dâvanın ıslahı mahiyetinde kabul olunarak, dâvanın kabulü ile [...]” Yarg. 6. HD 15. 8. 1969, E. 1969/2683, K. 1969/3298 (Kutsi Malatyalıoğlu/Hami Ertaş, **Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Dâvaları**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1972, s. 252); aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 30.5.1973, E. 1973/1235, K. 1973/481 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 474 vd).

ayrılır ve ayrılan bu parçalar her bir paydaşa özgülenir⁶¹⁷. Satış yoluyla paylaştırmada ise, malın satılmasından elde edilen değer, payları oranında paydaşlara dağıtılır⁶¹⁸. Dolayısıyla aynen paylaşırma sonucunda her bir paydaş, kendisine özgülenen parça üzerinde mâlik olurken; satış yoluyla paylaştırmada her bir paydaşa pay oranlarına göre para verilir.

Aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talebinin şartları da birbirinden farklıdır. Nitekim aynen paylaşırma talebinin kabul edilebilmesi için paylı mülkiyete konu şeyin bölünebilir olması gerekirken; satış yoluyla paylaştırma talebinin kabul edilmesi için paylı mülkiyete konu şeyin devredilebilir nitelikte olması yeterlidir. Yine aynen aynen paylaştırmaya karar verilebilmesi için paylı mülkiyete konu şeyin önemli bir değer kaybına uğramadan bölünebilmesi gerekirken (TMK m. 699/3); satış yoluyla paylaştırma talebi bakımından böyle bir şart bulunmaz.

Maddî hukuk bakımından şartları ve sonuçları farklı olan aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talebi usûl hukuku bakımından kanaatimizce iki ayrı talep olarak kabul edilmelidir.

Aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talepleri birbirinden farklı olduğu için, dava esnasında bu talepler arasında bir değişiklik yapılması ya da bu talebin yanına diğerinin eklenmesi, davanın değiştirilmesi yasağı çerçevesinde ele alınmalıdır⁶¹⁹. Örneğin, aynen paylaşırma isteyen davacının daha sonra satış yoluyla paylaştırma talep edebilmesi için karşı tarafın rızasına veya ıslaha ihtiyaç vardır⁶²⁰.

Aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talepleri birbirinden farklı olduğu için, kesin hüküm etkisi de sadece bu taleplerle sınırlı olmak üzere

⁶¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 619; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 138 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338.

⁶¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 564; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 345; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s.362.

⁶¹⁹ Bu konu hakkında bkz. § 10, A.

⁶²⁰ Bu konu hakkında bkz. § 10, A.

ortaya çıkar. Örneğin, sadece aynen paylaştırmanın istendiği dava reddedilirse, kesin hüküm etkisi⁶²¹, sadece aynen paylaştırma talebi için söz konusu olur. Böylece aynen paylaştırma talebinin ileri sürüldüğü davanın reddedilmesinden sonra açılan satış yoluyla paylaştırma davası kesin hüküm engeliyle karşılaşmaz⁶²².

Aynen paylaştırma talebiyle açılan ve kabul edilen davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, satış yoluyla paylaştırmanın yapılmasını konu alan davanın açılması ise mümkün değildir. Zira ilk davanın sonunda ortaya çıkan inşaî hüküm etkisi buna engel olur⁶²³.

Aynen paylaştırma talebi ile satış yoluyla paylaştırma talebi birbirinden farklı olduğu için, derdestlik de buna göre değerlendirilir. Böylece aynen paylaştırmanın talep edilmiş olduğu dava derdestken, satış yoluyla paylaştırma talebini içeren dava derdestlik sebebiyle reddedilemez⁶²⁴. Bununla birlikte, bu ikinci davanın açılmasında hukukî menfaat bulunmadığından, dava usûlden reddedilmelidir. Zira aynı dava içinde ileri sürülebilecek iddia ve savunmalar için ayrıca dava açılmasında hukukî menfaat bulunmaz⁶²⁵. Aynen paylaştırmanın talep edildiği ortaklığın giderilmesi davasında davalı, dava açmasına gerek kalmadan, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep edebilir. Bu sebeple, onun bu talebi için karşı dava ya da başka bir mahkemede dava açmasında hukukî menfaati yoktur.

Son olarak, aynen paylaştırma talebi ile taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaştırma talebi arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekir. Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında paylaştırma kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin paydaşlara ayrı ayrı tahsis edilmesiyle yapılır (m. 10/7). Kat

⁶²¹ Bir inşaî dava olan ortaklığın giderilmesi davasında davanın reddedilmesine ilişkin hükmün tespit hükmü olduğu ve bu tespit hükmünün kesin hüküm etkisine sahip olduğu hakkında bkz. § 14, B, 2.

⁶²² Bu konu hakkında bkz. § 14, B, 2, a.

⁶²³ Bu konu hakkında bkz. § 14, B, 3, a.

⁶²⁴ Bu konu hakkında bkz. § 10, C, 4.

⁶²⁵ Genel olarak bkz. Baki Kuru, "Dava Şartları", **Makaleler**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 181; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 275.

mülkiyeti kurulması yoluyla paylaşırma, aynen paylaşırmanın bir yoludur⁶²⁶. Zira kat mülkiyeti kurulması yoluyla paylaştırmada da, taşınmaz parçalara ayrılır ve her bir paydaşa bu parçalardan biri tahsis edilir⁶²⁷. Yargıtay da, aynen paylaşırma talebinin kat mülkiyeti yoluyla paylaşırma talebini içerdiğine karar vermiştir⁶²⁸. Dolayısıyla aynen paylaşırma talebi ile kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaşırma taleplerini birbirinden farklı değerlendirmek mümkün değildir.

2. Dava Sebebi

Dava sebebi; talep sonucunu haklı gösteren ve uygulanacak hukuk kuralının gerektirdiği unsurları karşılayan hayat olayıdır⁶²⁹. Hayat olayı, birbiriyle bağlantılı birden fazla vakıanın meydana getirdiği bir bütündür⁶³⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasında aynen paylaşırma veya satış yoluyla paylaşırma talep edilebilir (TMK m. 699/2, 3). Dolayısıyla aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu dava ile satış yoluyla paylaşırmanın istenmiş olduğu davada dava

⁶²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 622; Kurşat, **a.g.e.**, s. 386.

⁶²⁷ Kurşat, **a.g.e.**, s. 386.

⁶²⁸ “[...] *Bu durumda, davacı ve davalılar adına paylı mülkiyet hükümlerine tâbi olan taşınmaz için mahkemece yerinde keşif yapılarak öncelikle aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin taleplerinin kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi isteğini de kapsadığı kabul edilerek bu yönde araştırma yapıp sonucuna göre bir karar vermek gerekirken [...]*” Yarg. 20. HD, 14.06.2017, E. 2017/1730, K. 2017/5406 (karararama.yargitay.gov.tr); “[...] *Bu durumda, davacı ve davalılar adına paylı mülkiyet hükümlerine tabi olan taşınmaz için mahkemece yerinde keşif yapılarak öncelikle davalı A.. C.. ve davalı F.. C..’in aynen taksim suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin taleplerinin kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi isteğini de kapsadığı kabul edilerek [...]*” Yarg. 14. HD, 18.11.2014, E. 2014/8699, K. 2014/13026 (Kazancı); aynı yönde bkz. Özgür, **a.g.e.**, s. 132.

⁶²⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 223; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1135; Tanrıver, **Usûl**, s. 494; Türk hukukunda dava sebebi tespit edilirken vakialara dayandırma teorisinin kabul edildiği hakkında ayrıca bkz. Üstündağ, **Yasak**, s. 32 vd; Baki Kuru, “Hukuk Usulünde Dava Sebebi”, **AD**, 1967/4, s. 240 vd; Yılmaz, **Islah**, s. 156; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1682; Tanrıver, **Usûl**, s. 495; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 1430; Meriç, **Tasarruf**, s. 108; Meriç, **Değerlendirme**, s. 36; ferdileştirme teorisine göre dava sebebi davada ileri sürülen hukukî ilişkidir (Bu konuda bkz. Postacıoğlu, **Usul**, s. 387; İlhan E. Postacıoğlu, “Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 67 vd; ayrıca bkz Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 694); bu konuda ileri sürülen teoriler hakkındaki görüşler için toplu olarak bkz. Yılmaz, **Islah**, s. 144 vd.

⁶³⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 223; Meriç, **Tasarruf**, s. 99 vd.

sebepleri birbirinden farklıdır. Bu farklılıklara geçmeden önce, her iki dava bakımından ortak bulunan dava sebeplerinin üzerinde durulması gerekir.

Gerek aynen paylaştırmanın istendiği dava gerekse de satış yoluyla paylaştırmanın istenmiş olduğu davada dava sebebi her şeyden önce, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulan şeyde paydaş olmaktır. Zira paylaştırmayı isteme hakkı, paya bağlı bir hak olup⁶³¹ pay sahibi olunmadan bu davanın kabul edilmesi mümkün değildir.

Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesi için, paydaş olma vakiasının yanında diğer vakılara da ihtiyaç duyulur. Bu kapsamda öncelikle paylaştırmayı isteme hakkının bulunduğunu gösteren vakıaların mevcut olması gerekir. Paylaştırmayı isteme hakkının ileri sürülmesine ilişkin şartlar Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar arasında paylaştırmayı isteme hakkının hukukî işlemle (idame-î şüyu) sınırlandırılmamış olması (m. 698/2), paylı mülkiyete konu şeyin sürekli bir amaca özgülmemiş olması (m. 698/1) ve paylaştırmanın uygun bir zamanda istenmiş olmasıdır (m. 698/3). Öyleyse davanın kabul edilebilmesi için bu şartların sağlandığını gösteren vakıaların da bulunması gerekir.

Paylaştırmanın istenebilmesi için kural olarak haklı bir sebebin bulunmasına gerek yoktur⁶³². Bununla birlikte, bazı durumlarda ortaklığın giderilmesi davası açılabilmesi için haklı bir sebebin varlığına ihtiyaç duyulur. Böyle bir duruma, idame-î şüyu sözleşmesinde kararlaştırılmış olan süre dolmadan açılan ortaklığın giderilmesi davası örnek olarak gösterilebilir. Bilindiği üzere, paydaşlar belli bir süre için paylaştırmanın yapılamayacağını aralarında kararlaştırmış olabilir (TMK m. 698/2; idame-î şüyu). Bu sözleşmede belirlenmiş olan süre dolmadan ortaklığın giderilmesi davası açılamaz. Bununla birlikte, eğer önemli bir sebep varsa, idame-î şüyu sözleşmesinde kararlaştırılan süre dolmadan ortaklığın giderilmesi davasının

⁶³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 331 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 604; Sirmen, **a.g.e.**, s. 295; Kürşat, **a.g.e.**, s. 173 vd; Özgür, **a.g.e.**, s. 58.

⁶³² Kürşat, **a.g.e.**, s. 173.

açılabilceğı kabul edilir⁶³³. Örneğın, paydaşlardan birinin paylı mülkiyete konu taşınmazda ahlâka aykırı eylemlerde bulunması önemli sebep sayılır⁶³⁴. Bu ihtimalde, idame-î şüyu anlaşmasının mevcudiyetine rağmen paylaşırma istenebilir. İşte bu sebebe dayanılarak açılan davada dava sebebi, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olan şeyde paydaş olmanın yanı sıra bir paydaşın taşınmazda ahlâka aykırı eylemlerde bulunduğu vakıasıdır. Eğer açılan dava, paydaşın bu eylemleri gerçekleştirmemesi sebebiyle reddedilmiş olursa, daha sonra farklı bir sebep gösterilerek bu davanın açılması mümkündür. Örneğın, bir paydaşın paylı mülkiyetin idaresi için yapılması gerekli olan idarî işlere sürekli karşı çıkması, idame-î şüyu sözleşmesindeki süre dolmadan ortaklığın giderilmesi davası açılabilmesi için haklı bir sebep olarak değerlendirilir⁶³⁵. Böylece ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi artık (diğer sebeplerin yanında) paylı mülkiyetin idaresi için yapılması gerekli olan idarî işlere sürekli karşı çıktığını gösteren vakıalardır. Bu dava sebebi ile bir önceki davanın sebebi farklı olduğundan, ikinci davanın görülmesine ilk davada verilen hüküm engel olmayacaktır (HMK m. 303/1)⁶³⁶.

Yukarıda belirtilen hususlar hem aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu davada hem de satış yoluyla paylaşırmanın istenmiş olduğu dava bakımından geçerlidir. Şimdi, her iki davanın kendine özgü dava sebeplerinin neler olduğunun belirtilmesi gerekir.

Aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu davanın kabul edilebilmesi için temel olarak paylı mülkiyete konu şeyin bölünebilir olması gerekir⁶³⁷. Yine aynen

⁶³³ Bu konuda ayrıntılı bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 212 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 567.

⁶³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 567; Kurşat, **a.g.e.**, s. 216.

⁶³⁵ Bu sebebin bulunması durumunda da idame-î şüyu sözleşmesinin varlığına rağmen ortaklığın giderilmesi davası açılabilceğı hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 609; Kurşat, **a.g.e.**, s. 216.

⁶³⁶ Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebinin kesin hüküm kapsamında değerlendirmesi için ayrıca bkz. aşıa. XIV, B, 2.

⁶³⁷ “[...] Paydaşlığın giderilmesi davalarında mahkemece malın aynen bölünerek paylaşırılmasına karar verilebilmesi için taşınmazın yüzölçümü, niteliğı, pay ve paydaş sayısı ve tarım arazilerinin niteliğı ile imar mevzuatına göre aynen taksimin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Taşınmazın önemli ölçüde bir değer kaybına uğraması söz

paylaştırmaya karar verilebilmesi için paylı mülkiyete konu şeyin önemli bir değer kaybına uğramadan bölünebilmesi gerekir (TMK m. 699/3). Keza paylı mülkiyete konu şeyin bölünmesinden sonra her bir paydaşa bir parça ayrılmadıkça da aynen paylaşırma mümkün olmaz⁶³⁸.

Öyleyse aynen paylaşırma davasında dava sebebi, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olan şeyde paydaş olmanın yanı sıra, paylı mülkiyete konu şeyin değer kaybına uğramadan bölünebilmesi ve bu bölünme işleminden sonra her bir paydaşa bir parçanın ayrılabilceğini gösteren vakıaların tamamıdır. Kısaca, aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu davada dava sebebi, kanunda aranan şartların bulunduğunu gösteren vakıaların tamamıdır⁶³⁹.

Satış yoluyla paylaşırmanın istenmiş olduğu davada ise, aynen paylaşırma için yukarıda söz edilen şartları karşılayan vakıaların bulunması gerekli değildir. Satış yoluyla paylaşırmanın istenmiş olduğu davada paylı mülkiyete konu şeyin satışın mümkün olduğunu gösteren vakıaların bulunması yeterlidir.

Tüm söylenenlerden sonra denilebilir ki, ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi paylı mülkiyet ilişkisinde paydaş olunması ve paylaşırmanın yapılabilmesi için gerekli olan diğer şartları karşılayan vakıaların tamamıdır.

konusu ise aynen bölünerek paylaştırılmasına karar verilemez [...]” Yarg. 14. HD, 27.5.2019, E. 2016/13356, K. 2019/4786 (Kazancı).

⁶³⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 340.

⁶³⁹ Aynen paylaşırmanın bir türü olan taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaşırma talebi açısından Kat Mülkiyeti Kanunu’nda da bazı şartlar mevcuttur. Örneğin, ilk olarak taşınmazın kat mülkiyeti kurulmaya elverişli olması gerekir (m. 10/7). Keza kat mülkiyeti yoluyla paylaşırma yapılabilmesi için her paydaşa birer bağımsız bölümün tahsis edilmesine elverişli bir taşınmaz olmalıdır (m. 10/7). Öyleyse kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaşırma talebiyle açılan davada dava sebebi, Kanun’un aradığı bu şartları karşılayan vakıalar olacaktır.

VIII. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraflar ve Tarafların Temsili

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraflar

1. Tarafın Belirlenmesine İlişkin Teoriler Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davası

Davada tarafın belirlenmesine ilişkin teoriler; maddî, şeklî ve fonksiyonel olmak üzere genellikle üç başlık altında ele alınır. Maddî hukuk teorisine göre, maddî hukuk ve usûl hukuku bir bütündür⁶⁴⁰. Bu sebeple, davanın tarafları maddî hukuk ilişkisinin süjelerine göre belirlenir⁶⁴¹. Buna göre, maddî hukuk ilişkisindeki alacaklı davacı; borçlu ise davalı tarafı oluşturur⁶⁴². Bu teorinin sakıncaları⁶⁴³ sonucunda, şeklî taraf teorisi ortaya çıkmıştır⁶⁴⁴. Bu teori, davanın taraflarını belirlerken, hakkın sahibi ya da o hakkın yerine getirilmesiyle yükümlü olan kişinin, gerçekte kim olduğundan hareket etmez⁶⁴⁵. Buna göre, davada kendi adına hukukî

⁶⁴⁰ Frauke von Lücken, **Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Parteibegriff im Zivilprozessrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009, s. 27; Süha Tanrıver, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 s. 62; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142.

⁶⁴¹ von Lücken, **a.g.e.**, s. 27; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 62.

⁶⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 62.

⁶⁴³ Her şeyden önce bu teori, maddî hukuk ilişkisinde hak sahibi olmamasına rağmen, davacı olarak davada yer alınan durumları açıklamakta yetersiz kalmaktadır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 35). Türk hukuku açısından bu duruma, özellikle cumhuriyet savcısının veya iflâs idaresinin yer aldığı davaların örnek olarak gösterilmesi hakkında bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 342; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 65. Aynı şekilde bu teori, maddî hukuk ilişkisinin bulunmadığının iddia edildiği menfi tespit davasını da tam olarak açıklayamamaktadır (Yavuz Alangoya, “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. III, S. 1969/5, s. 131; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 208 vd). Üstelik bu teorinin uygulanması, davada sıfatın dava şartı olması anlamına gelir (Alangoya, **a.g.m.**, s. 131; Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 96 vd.). Bu da, dava şartı incelemesi yapılırken işin esasına girilmesini zorunlu kılar (Alangoya, **a.g.m.**, s. 131).

⁶⁴⁴ Konrad Hellwig, **Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts**, Deichert, Bd. 2, Leipzig, 1907, s. 294 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 63.

⁶⁴⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Wolfram Henckel, **Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess**, Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg, 1961, s. 17 vd; Rosenberg/Schwab/Gotwald,

koruma talep eden kişi davacı; kendisine karşı hukukî himaye talep edilen kişiye davalı olur⁶⁴⁶. Böylece maddî hukuk teorisinin açıklayamadığı davalar, bu teori ve dava takip yetkisi kavramının da yardımıyla, açıklanmış olur⁶⁴⁷. Ancak bu teori de, fonksiyonel taraf teorisi tarafından eleştirilmiştir⁶⁴⁸. Fonksiyonel taraf teorisi, malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklara, şahıs varlığına ilişkin uyuşmazlıklardan daha farklı bir işlev yükler ve bu sebeple tarafın, malvarlığına ilişkin davalarda daha farklı belirlenmesi gerektiğini iddia eder⁶⁴⁹. Buna göre, malvarlığına ilişkin davalarda davanın tarafı, dava konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunan kişi olmalıdır⁶⁵⁰. Ancak bu yaklaşım da çeşitli açılardan eleştirilmiştir⁶⁵¹.

Bugün hem Türk⁶⁵² hem de Alman hukukunda⁶⁵³, şeklî taraf teorisi kabul edilmektedir. Ortaklığın giderilmesi davasının tarafları da, kanaatimizce bu teori yardımıyla belirlenmelidir. Çünkü maddî hukuk açısından paydaş olmayan kişilerin, bu davada taraf olarak bulunabilmeleri, ancak şeklî taraf teorisiyle açıklanır. Gerçekten ortaklığın giderilmesi davası bazen paydaş dışındaki üçüncü kişiler

a.g.e., § 40 Rdnr. 2; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50, Rdnr. 3; ayrıca bkz. Alangoya, **a.g.m.**, s. 133 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 63 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 229.

⁶⁴⁶ Rosenberg/Schwab/Gotwald, **a.g.e.**, § 40, Rdnr. 2; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50, Rdnr. 3; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 63; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 229.

⁶⁴⁷ Alangoya, **a.g.m.**, s. 133 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 64.

⁶⁴⁸ Hans Otto de Boor, **Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff**, Weicher, 1941, s. 44 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 35.

⁶⁴⁹ Bu konuda bkz. de Boor, **Parteibegriff**, s. 52 vd, 111; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142.

⁶⁵⁰ de Boor, **Parteibegriff**, s. 53.

⁶⁵¹ Christian Berger, **Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessesstandschaft**, Carl Heymanns, Köln, 1992, s. 94 vd; Türk hukukunda bu teori şahıs varlığına ilişkin davaları açıklayamadığı için eleştirilmektedir (Bkz. Tanrıver, **a.g.e.**, s. 65; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 345; Pekcanitez, **Müdahale**, s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142); Teorinin farklı yönleriyle eleştirisi için bkz. Alangoya, **a.g.m.**, s. 135 vd.

⁶⁵² Örneğin bkz. Alangoya, **a.g.m.**, s. 134; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 246; Tanrıver, **Derdestlik**, s. 65; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 549 vd; Pekcanitez, **Fer'î Müdahale**, s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 142 vd; Yılmaz, **Islah**, s. 346; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 208; Özekes, **Aslî Müdahale**, s. 30.

⁶⁵³ Bu yönde bkz. Henckel, **a.g.e.**, s. 17 vd; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 50, Rdnr. 3.

tarafından da açılabilir. Örneğin, İmar Kanunu, idareye bazı durumlarda, paydaşların yerine ortaklığın giderilmesi davası açabilme yetkisi tanımıştır (m. 16)⁶⁵⁴. Keza bu dava bazen paydaşın alacaklısı tarafından da açılabilir (İİK m. 121)⁶⁵⁵. Her iki durumda da dava pay sahipleri dışında kalan kişiler tarafından açılır. Böylece, paydaş olmayan idarenin veya borçlu paydaşın/mirasçının alacaklısının bu davalarda davacı olabilmesi durumu ancak şekli taraf teorisiyle açıklanabilir.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraf Olabilecek Kişiler

a. Paydaşlar

Türk Medenî Kanunu'nun 699. maddesinin ikinci fıkrasına göre, her bir paydaş, paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılmasını mahkemeden isteyebilir. Buna göre Kanun, bu davada taraf olma sıfatını sadece paydaşlara vermiştir⁶⁵⁶.

Paydaş dışındakilerin bu davada taraf sıfatı kural olarak bulunmaz. Örneğin, paylaştırılması istenen taşınmaz üzerindeki bir yapı üçüncü kişi tarafından yapılmış olsa bile bu kişi paylaştırma davasında taraf olamaz⁶⁵⁷ ve satış bedelinden pay alamaz⁶⁵⁸. Burada muhdesat bedeli de paydaşlara dağıtılır⁶⁵⁹. Ancak üçüncü kişinin muhdesat bedelini paydaşlardan talep edebilmesi mümkündür^{660, 661}.

⁶⁵⁴ Bu konu hakkında bkz. aşa. VIII, A, 2, c.

⁶⁵⁵ Bu konu hakkında bkz. aşa. VIII, A, 2, b.

⁶⁵⁶ Tekinay, **a.g.e.**, s. 321.

⁶⁵⁷ “[...] *Bütünleyici parçanın (muhdesat) arzın paydaşlarına (ortaklarına) değil de üçüncü şahsa ait olduğunun anlaşılması halinde bu kimseyi muhdesat sahibi olarak davaya dahil etme ve ona satış bedelinden pay vermek mümkün değildir. Olayımıza gelince; taşınmaz üzerindeki binalara ilişkin olarak taraflarca muhtesat iddiasında bulunulmuş, mahkeme tarafından yapılan keşif sonrası hazırlanan bilirkişi raporunda arz ve muhdesatların değerleri belirlenmiş ancak oranlama yapılmamıştır. Mahkemece verilen kararın hüküm fıkrasında satış bedelinin nasıl paylaştırılacağı hususunda karar verilmemiştir. Bu durumda mahkemece, bilirkişi tarafından mahallinde yapılan keşif sırasında tespit edilen muhdesatlara ilişkin olarak, yeniden bilirkişiden rapor alınarak, paydaş olmayan muhdesat sahibine pay verilmeyeceği gözardı edilmeden, yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda oran kurularak, satış bedelinin dağıtımına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir [...]*” Yarg. 6. HD, 20.03.2013, E. 2013/2643, K. 2013/4876 (Kazancı).

⁶⁵⁸ “[...] *Kabule göre de, taşınmazda paydaş olmayan üçüncü kişi lehine muhdesat oranlaması yapıp pay verilemeyeceğinden bilirkişiden ek rapor alınarak yeniden hesaplanacak muhdesat*

b. Borçlu Paydaşın Alacaklısı

İcra ve İflâs Kanunun 94. maddesine göre, alacaklı henüz paylaştırılmamış bir miras payını haczedebilir. Haczedilmiş olan elbirliği mülkiyeti hissesi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 121. maddesine göre paraya çevrilir. Bu hissenin paraya çevrilmesi yollarından birisi de, terekenin paylaştırılması için alacaklıya dava açma yetkisi verilmesidir⁶⁶².

oranlamasına göre hüküm tesis edilmesi gerekirken mahkemece hüküm sonucunda arz muhdesat oranlaması yapılmak suretiyle 22.02.20105 tarihli bilirkişi raporuna göre taşınmazda paydaş olmayan üçüncü kişilere pay verilmesi de doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 14. HD, 11.3.2019, E. 2018/3379, K. 2019/2147 (Kazancı).

659 “[...] Somut olaya gelince; davaya konu taşınmazın tapu kaydındaki muhdesat şerhinde "A harfi ile gösterilen yapının ... oğlu ...'e ait olduğu" belirtilmiştir. Ancak tapu hissedarı ise ... oğlu ...'dir. Bu durumda baba isimler farklı olduğundan öncelikle muhdesat sahibi ve tapu hissedarının aynı kişi olup olmadığı araştırılmalıdır. Aynı kişi olduğunun anlaşılması halinde şimdi olduğu gibi muhdesat yönünden pay verilmeli, üçüncü kişi olduğunun anlaşılması halinde ise üçüncü kişiye muhdesat yönünden bedel ödenemeyeceğinden söz konusu bu muhdesat bedelinin tüm paydaşlara dağıtılması gerekir [...]”. Yarg. 14. HD, 18.12.2017, E. 2016/9378, K. 2017/9483 (Kazancı).

660 “[...] Bütünleyici parçanın (muhdesat) arzın paydaşlarına (ortaklarına) değil de üçüncü şahsa ait olduğunun anlaşılması halinde bu kimseyi muhdesat sahibi olarak davaya dahil etme ve ona satış bedelinden pay verme mümkün değildir. Paydaş olmayan muhdesat sahibi veya mirasçılar ancak paydaşlar aleyhine sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak tazminat yahut alacak davası açabilir [...]” Yarg. 14. HD, E. 2015/15976, K. 2017/6001 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 11.3.2019, E. 2018/3379, K. 2019/2147 (Kazancı).

661 Örneğin, İmar Kanunu'nun 18. maddesi çerçevesinde gerçekleştirilen imar uygulaması sebebiyle yapı/muhdesat üçüncü kişiye ait parsel içinde kalabilir. Bkz. “[...] Yukarıda açıklanan ayrıcalıklar ile bir kimse kendi taşınmazı üzerine mütemmim cüz (ayrılmaz parça) niteliğinde yapı inşa etmiş, imar uygulaması sonucu bu yer üçüncü kişiye (davacılar) ait imar parseli içerisinde kalmış ise, [...] şayet davalının savunduğu gibi davaya konu binanın krokide (A, B, C, D) harfi ile gösterilen bölümlerinin kadastro çapında mevcut ve ancak imar uygulaması sırasında davacıların maliki olduğu çap sınırları içerisinde bırakılmışsa ve yapıların niteliği de göz önüne alınarak, bu bölümler hakkında elatmanın giderilmesi hükmü kurulması halinde muhdesat bedelini davalıya ödenmek üzere zemin sahibine depo ettirmek, bundan sonra oluşacak sonuca uygun bir hüküm kurmak olmalıdır [...]”Yarg. 4.12.2012, E. 2012/11919, K. 2012/14148 (Kazancı). Kanaatimizce yapının bulunduğu şey için açılan ortaklığın giderilmesi davasında üçüncü kişi bu davada yer alamasa da daha sonra yapının bedeli için paydaşlara dava açabilir.

662 “[...] İcra ve İflas Kanunu'nun 121 inci maddesinde zikr ve tadad edilen mal ve haklardan taksim edilmemiş miras hissesi Kanunu Medeni'nin 612 inci maddesi mucibince temlik edilebileceğine göre cebri icra yoluyla ve açık artırma ile satılabilirse de bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi ve bu cümleden olarak içtihadın tevhibi müzakeresine konu olan hadiselerde olduğu gibi taksim edilmemiş bir terekedeki mallardan

Bu konuda dava açılabilmesi için gerekli olan yetki, icra dairesinden değil icra mahkemesinden alınır⁶⁶³. Bu yetkiyle alacaklı, medenî usûl hukuku anlamında dava takip yetkisine kavuşmuş olur⁶⁶⁴. Böylece alacaklı, mirasın paylaşılması için sulh hukuk mahkemesinde dava açabilir⁶⁶⁵. Bununla birlikte, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında yapılan takiplerde, tahsil dairesi, mahkemeden böyle bir izin almadan bu davayı açabilir⁶⁶⁶.

birine taalluk eden miras hissesi Kanunun Medenî'nin 630 uncu maddesi son fıkrası mucibince satılmayıp bu hususta İcra ve İflas Kanunu'nun zikri geçen 121 inci maddesi sonunda yazılı olduğu gibi icra tetkik mercii tarafından tedbir alınması yani tasfiye maksadıyla terekedeki şüyuun izalesine lüzum gösterilip tedbirler cümlesinden olarak icra memuruna yahut alacaklıya Kanunu Medenî'nin 588 inci maddesi mucibince vazifeli mahkemeye mürcaatla taksim veya şüyuun izalesine tevessül etmek mezuniyetinin verilmesi lazım geleceğine ve vazifeli mahkemece böyle bir karar verilmedikçe malın tamamı yahut borçlu mirasçıya ait hisse icracıya satılamayacağına [...] Yarg. İBK, 14.04.1943, E. 1940/48 K. 1943/15 (RG 28.01.1944 – 5615); ayrıca bkz. Kuru, **İcra İflas C. II** s. 1231 vd; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, **a.g.e.**, s. 380 vd; Erturgut, **a.g.e.**, s. 203.

⁶⁶³ Yarg. 6. HD, 7.6.2012, E. 2012/6124, K. 2012/8549. (Kazancı). Yargıtay'a göre, bu yetkinin alınması amacıyla icra mahkemesine başvurulması bir icra takip işlemidir ve bununla zamanaşımı kesilmiş olur: "[...] Yine aynı kanunun 662. maddesinde; dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesi sebepleri ile zamanaşımının kesileceği belirtilmiştir. Zamanaşımını kesen dava ibaresinden, takibin devamına ve alacağın tespitine yönelik davaların anlaşılması gerekir. Ortaklığın giderilmesi davası zamanaşımını kesen dava niteliğinde olmayıp, anılan davanın devamı süresince zamanaşımı işlemeye devam eder. Ancak ortaklığın giderilmesi davasının açılması için İİK'nun 121. maddesi uyarınca yetki alınması konusunda icra mahkemesine başvurulması, alacaklının takibin devamına yönelik iradesini gösteren bir icra takip işlemi olup, anılan işlem zamanaşımını keser [...]" Yarg. 12. HD, 12.12.2017, E. 2016/24719, K. 2017/15441 (Kazancı); Alacaklıya bu yetkinin verilmesinden önce icra mahkemesinin bir duruşma günü belirleyerek bütün mirasçıları ve takibin taraflarını bu duruşmaya çağırması gerektiği hakkında bkz. Nihat Güman, **Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 272.

⁶⁶⁴ Alacaklıya böyle bir dava açma yetkisinin tanınmasının, birlikte mülkiyet kurallarının niteliğine uygun olmadığı hakkında bkz. İsmet Sungurbey, **Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi**, Sermet Matbaası, 1963, s. 59 vd.

⁶⁶⁵ Yargıtay'a göre, davanın yetki belgesi alınmadan açılması durumunda, ilk derece mahkemesi, davayı hemen reddetmemeli; bu belgenin alınabilmesi için davacıya bir süre vermelidir (Yarg. 6. HD, 7.6.2012, E. 2012/6124 K. 2012/8549; ayrıca bkz. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7440 K. 2013/9693, Kazancı). Böyle bir uygulama isabetlidir. Çünkü yetki belgesinin alınması, dava takip yetkisi eksikliğinin tamamlanması anlamına gelir. Buna göre mahkeme, bu eksikliğin tamamlanması için, alacaklıya kesin nitelikte bir süre vermeli (HMK m. 115/2); eksiklik bu süre içinde giderilemezse, davayı usûlden reddetmelidir (HMK m. 115/2).

⁶⁶⁶ "[...] Davacı Hazine, 6183 sayılı kanunun 63. maddesinde istinatla vergi alacağının tahsilinin temini için borçlu L'nin diğer şerikleriyle beraber iştirak halinde tasarruf ettiği bir

Alacaklının açmış olduğu dava, mirasın paylaşılması davası niteliğinde olsa da, hem öğreti⁶⁶⁷ hem uygulamada⁶⁶⁸ bu davaya da “ortaklığın giderilmesi davası” denildiği görülmektedir. Yargıtay’a göre, paylı mülkiyet hâlinde, paydaşın alacaklısı ortaklığın giderilmesi davası açamaz⁶⁶⁹. Zira haczedilen payın, eşyanın tamamından ayrı olarak satılması mümkündür⁶⁷⁰. Yine İİK m. 121 kapsamında alınan yetkiyle açılan dava devam ederken, elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyet ilişkisine geçilmiş olması durumunda, söz konusu davaya devam edilebilmesi Yargıtay’a göre mümkün değildir⁶⁷¹. Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımı öğretide eleştirilmiş ve paylı mülkiyet

gayrimenkulün şuyuunun giderilmesini istemiş bulunmaktadır [...] Sözü geçen kanunun 63. maddesi de, tahsil dairesine, borçlunun haklarını tasîye bakımından, onun haiz olduğu bütün selâhiyetleri kullanmak hakkını tanımıştır. Bir gayrimenkulün iştirak halinde maliklerinden birisi olan borçlu, şuyuun giderilmesi davası açmak hakkını haiz olduğuna göre, tahsil dairesi de, herhangi bir müsaade istihsaline hacet kalmaksızın, borçlu yerine kaim olarak şuyuun giderilmesi davası açmağa yetkilidir. Mahkemece bundan zuhul edilerek, tahsil dairesinin İcra ve İflâs K. 121. maddesi hükmü dairesinde, icra tetkik merciinden selâhiyet aldıktan sonra dava açabileceği gerekçesiyle davayı reddetmesi kanuna aykırıdır [...]” Yarg. 6. HD, 01.02.1960, E. 1960/10595, K. 1960/804 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 202).

⁶⁶⁷ Bkz. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 638; Güman, **a.g.e.**, s. 268 vd; Erturgut, **a.g.e.**, s. 206.

⁶⁶⁸ “[...] *Borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir [...]*” Yarg. 14. HD, 27.3.2018, E. 2016/1934, K. 2018/2374 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 1. HD, 25.04.2018, E. 2018/1703, K. 2018/9465 (karararama.yargitay.gov.tr); Yarg. 8. HD, 05.03.2018, E. 2018/1346, K. 2018/5275 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁶⁹ “[...] *İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalarda kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir [...]* *Borçlu müstakil payı bulunduğundan, tarım arazilerine dair 5403 Sayılı Kanun’un 8. maddesinde yapılan değişiklikle pay satışı mümkün hale geldiğinden, davaya konu taşınmazlardaki payın haczi ve satılması mümkün olduğundan davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğundan söz edilemez [...]*” Yarg. 14. HD, 27.3.2018, E. 2016/1934, K. 2018/2374 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 19.3.2018, E. 2017/6073, K. 2018/2086 (Kazancı).

⁶⁷⁰ “[...] *Somut olaya gelince, dava konusu 116 ada 2 parsel ve 127 ada 3 parsel sayılı taşınmazlarda borçlu davalılar ... ve ...’in müstakil payı bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalılara ait bu payların haczi ve satışı mümkün olduğundan davacının ortaklığın giderilmesi isteminde hukuki yarar bulunmamaktadır [...]*” Yarg. 14. HD, 19.12.2017, E. 2017/5107, K. 2017/9511 (karararama.yargitay.gov.tr); “[...] *Elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda paydaşların müstakil payı olmadığı için ortaklığın giderilmesi davası açmakta davacının hukuki yararı bulunmaktadır [...]*” Yarg. 14. HD, 29.3.2018, E. 2017/6214, K. 2018/2469 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁷¹ “[...] *Somut olaya gelince; dava konusu iştirak halindeki taşınmaz, yargılama sırasında paylı mülkiyete çevrildiğinden, dava açıldığında davacı alacaklının hukuki yararı bulunmakta ise de*

durumunda dahi pay haczi yapan alacaklının, ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi gerektiği savunulmuştur⁶⁷². Bu görüşe göre, payın bağımsız olarak satılması mümkünse de bu durumda alıcı bulunamaması ihtimâli ortaya çıkabilir⁶⁷³. Alacaklının, paylı mülkiyet durumunda da paydaş yerine bu davayı açabileceği kabul edilirse, kanaatimizce izlenmesi gereken usûl, kural olarak mirasın paylaştırılması davası açan alacaklınıninkiyle aynı olmalıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun 644. maddesinin birinci fıkrasına göre, mirasçılardan her biri, terekedeki bir mal üzerindeki elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi için dava açabilir. Yargıtay, miras hissesinin haczini gerçekleştiren alacaklının da, yine icra mahkemesinden alacağı yetkiyle, bu davayı açabileceğine hükmetmiştir⁶⁷⁴. Yukarıda tespit edilen hususlar, kural olarak bu dava için de geçerli olacaktır.

Alacaklının açmış olduğu davada, payı haczedilen mirasçının davada taraf olarak yer alıp alamayacağı sorusu akla gelebilir. Yargıtay'a göre, bu davada aynı zamanda borçlunun da davalı olarak gösterilmesi gerekir⁶⁷⁵. Çünkü Yargıtay'a göre, bu davada borçlu paydaş için de hüküm kurulabilir⁶⁷⁶.

Kanaatimizce burada dava takip yetkisinin alacaklıda olması sebebiyle, borçlunun bu davada taraf olabilmesi mümkün değildir. Zira onun dava takip yetkisi

taşınmaz paylı mülkiyete çevrildikten sonra davanın reddedilmesi kararı da isabetlidir [...]" Yarg. 14. HD, 13.11.2019, E. 2019/2339, K. 2019/7744 (Kazancı).

⁶⁷² Kuru, **İcra-İflâs**, s. 641; Gökçen Topuz, **Hisse Haczi ve Satışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 181 vd; Karşı görüş için bkz. Yabancı, **a.g.t.**, s. 32.

⁶⁷³ Kuru, **İcra-İflâs**, s. 641.

⁶⁷⁴ "[...] *Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davalarını mirasçılar açabilir. Mirasçılar dışında alacaklılar da İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca icra hakiminden "yetki belgesi" almak kaydıyla bu davayı açabilirler [...]*" Yarg. 14. HD, 19.6.2018, E. 201/1111, K. 2018/4664 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁷⁵ Yarg. 6. HD, 7.6.2012, E. 2012/6124, K. 2012/8549 (Kazancı); Yarg. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7440, K. 2013/9693 (Kazancı).

⁶⁷⁶ "[...] *Dava konusu taşınmazın satış bedelinden davalı paydaş R. Ş'in payına düşen miktarın Eskişehir 3. İcra Müdürlüğü'nün 2005/7123 Esas sayılı takip dosyasındaki borcunu karşılayacak kadarının bu icra dosyasına varsa arta kalan kısmının adı geçen davalı paydaşa ödenmesine hükmedilmesi [...]*" Yarg. 18. HD, 03.07.2008, E. 2008/4612, K. 2008/7936 (E-uyar).

alacaklıya verilmiştir. Şüphesiz alacaklının bu dava sonunda elde edeceği hüküm, borçlu hakkında da sonuç doğurur⁶⁷⁷. Zira dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açmış olduğu dava sonunda ortaya çıkan kesin hüküm, davada yer alamayan hak sahibi açısından da etkilidir⁶⁷⁸.

Davaya taraf olarak dâhil edilemeyen borçlunun hukukî dinlenilme hakkına kanaatimizce ayrıca dikkat edilmelidir⁶⁷⁹. Çünkü borçlu, bu davada verilecek olan hükmün sonucundan etkilenecektir. Türk Medenî Kanunu'nun 648. maddesine göre, mirasçının payını haczettirmiş alacaklı, bu mirasçıyı paylaşırma davasında temsil etmesi için kayyım⁶⁸⁰ atanmasını isteyebilir⁶⁸¹. Böylece hem borçlunun hem de alacaklının hakları korunmuş olur⁶⁸².

⁶⁷⁷ Bu konu hakkında bkz. § 14, B.

⁶⁷⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 157, Rdnr. 19 ff; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 325, Rdnr. 70.

⁶⁷⁹ Dava takip yetkisinin üçüncü kişiye tanındığı hâllerde hak sahibinin de hukukî dinlenilme hakkına dikkat edilmesi gerekliliği hakkında genel olarak bkz. Ali Cem Budak, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta, İstanbul, 2000, s. 43; aynı yönde bkz. Özekes, **Hukukî Dinlenilme**, s. 295. Özekes'e göre, görüşünü açıklaması için hak sahibinin davada en azından bir defa dinlenilmesi, hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir (Özekes, **Hukukî Dinlenilme**, s. 295).

⁶⁸⁰ Kayyımın bu davayı açıp açamayacağı hususundaki tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.e.**, s. 246 vd.

⁶⁸¹ Kayyım atanması, mirasın paylaşırılması davası açılmadan önce istenebileceği gibi bu dava esnasında da istenebilir: “[...] *Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin, 3.11.2004 gün ve 2004/6-509-568 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; Türk Medeni Kanunu'nun 648. maddesinde belirtilen konumdaki bir alacaklı, İcra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunduğu tüm elbirliği ortaklarına karşı ortaklığın giderilmesi davası açıp, bu davayı sonuçlandırabileceğine; buradaki dava açma hakkı hakime ya da başka bir kişiye değil, yalnızca mirasçıya ya da İcra Mahkemesinden İ.İ.K.nun 121.maddesi hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisini alan alacaklıya tanındığına göre; Kanun Koyucunun, böylesi bir davanın sadece atanan kayyım tarafından açılabilceğini öngörmüş olacağı, mevcut yasal düzenleme karşısında kabul edilemez. Dolayısıyla, somut olaydaki gibi, İ.İ.K.nun 121.maddesi uyarınca İcra Tetkik Mercince (İcra Mahkemesince) verilen yetkiye dayalı olarak, alacaklı tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasına, Türk Medeni Kanunu'nun 648.maddesi çerçevesinde atanan kayyım tarafından devam olunması usulen olanaklıdır. Eş söyleyişle, davanın mutlaka kayyım tarafından açılmış olması gerekmez [...]*” Yarg. HGK, 7.12.2005, E. 2005/6-662, K. 2005/699 (Kazancı); ayrıca bkz. Avcı, **a.g.e.**, s. 146.

⁶⁸² “[...] *Davacı, davalı borçluya intikal edecek miras payını haczettirmiş ve taşınmazın ortaklığın giderilmesi suretiyle satışı için yetki almıştır. Bu durumda mirasçının açılmış terekedeki haklarını gereği gibi koruyamaması, yahut diğer mirasçılarla anlaşıp alacaklıyı zararlandırma*

c. İlgili İdare

Ortaklığın giderilmesi davasında bazen idare davacı konumda bulunabilir. İmar Kanunu'nda idareye ortaklığın giderilmesi davası açabilmesi yetkisi tanındığı görülmektedir.

İmar uygulaması nedeniyle bazı taşınmazlar birlikte mülkiyetin konusunu oluşturabilir. Böyle bir durumda idare, bu taşınmaz sahiplerine durumu tebliğ eder. Bu tebliğden itibaren altı ay içinde bu kişiler anlaşılamaz ya da bu konuda bir ortaklığın giderilmesi davası açılmazsa, ilgili idare bu ortaklığın giderilmesi davasını açabilir (İmar Kanunu m. 16)⁶⁸³. Bu maddeye göre ilgili idare *hissedarmış gibi* bu davayı açabilir. Kanaatimizce bu maddeyle idareye bir dava takip yetkisi verilmiştir.

İdarenin açmış olduğu ortaklığın giderilmesi davasında davalı tarafta tüm paydaşlar yer almalıdır⁶⁸⁴. Zira burada idareye, özellikle bir paydaşın değil genel olarak bir dava takip yetkisi verilmiştir. Bu sebeple, diğer paydaşların dava takip yetkileri mevcut olup bu davada onların da taraf olarak bulunmaları gerekir.

yoluna gitmesi imkan dahilindedir. Hal böyle olunca mirasçının ve dolaylı olarak alacaklının hak ve menfaatlerinin korunması bakımından davalı mirasçıya kayyım atanması gerekirken [...] Yarg. 2. HD, 5.9.2012, E. 2012/108, K. 2012/20426 (Kazancı).

⁶⁸³ “[...] *Burada yasa koyucunun amacı, altı ay gibi bir süre içinde böyle bir taşınmazda ortaklığın giderilmesini sağlamak, ortaklaştırılan taşınmaz sahiplerinin rızaları dışında -yasa zoruyla- gerçekleşmiş olan paydaşlığa bir an önce son vermektir. İşte bu nedenledir ki, yasada öngörülen altı ay içinde taşınmazların sahipleri kendiliklerinden paydaşlığın giderilmesi için mahkemeye başvurmamışlarsa, ilgili idare devreye sokularak -paydaşmış gibi- ortaklığın giderilmesi davası açabilecektir [...]*” Yarg. 18. HD, 12.11.2002, E. 2002/9967, K. 2002/11230 (Kazancı).

⁶⁸⁴ “[...] *Dava, imar uygulaması sonucu oluşan ortaklığın giderilmesi istemli olup, bu tür davalarda davaya konu taşınmazdaki tüm paydaşların davada taraf olarak gösterilmeleri gerekir [...]*” Yarg. 18. HD, 12.11.2002, E. 2002/9967, K. 2002/11230 (Kazancı).

ç. İntifa Hakkı Sahibi

Başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde belirli bir kişi lehine kurulan ve sahibine tam bir yararlanma yetkisi veren intifa hakkı (TMK m. 794)⁶⁸⁵, paylaştırılması istenen şey üzerinde de kurulabilir.

Yargıtay'ın, bazı durumlarda intifa hakkı sahibinin ortaklığın giderilmesi davasında davalı olarak gösterilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin kararları bulunmaktadır. Yargıtay'a göre, üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan taşınmazın satış yoluyla paylaştırılması davası açılmışsa, intifa hakkı sahibinin de davada yer alması gerekir⁶⁸⁶. Buna göre intifa hakkı sahibi de davaya taraf olarak dâhil edilmeli ve taşınmazın intifa hakkı ile yüklü mü yoksa intifa hakkından bağımsız olarak mı satılması konusunda onun talebi öğrenilmelidir. İntifa hakkı sahibi, bu hakkın bağımsız olarak paraya çevrilmesini isterse diğer paydaşların bu yöndeki görüşleri dikkate alınmaksızın, mahkeme bununla bağlı olur⁶⁸⁷. Böylece taşınmaz intifa ile yüklü olmadan satılır ve intifa hakkı bedel üzerinde devam eder.

⁶⁸⁵ Bu konu hakkında bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 827; Burak Özen, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 19 vd.

⁶⁸⁶ “[...] Olayımızda; dava konusu edilen taşınmaz üzerinde Refik'in intifa hakkı sahibi olduğu tapu kaydından anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bu intifa hakkı sahibinin davada taraf olması zorunludur. Ancak intifa hakkı sahibi Refik başlangıçta taraf gösterilmediği gibi, sonradan davaya katılmamıştır. Bu kişinin keşifte hazır bulunup beyanda bulunması ona taraf sıfatı vermez. Kendisinin usulü dairesinde davaya katılması, intifa yönünden yukarıda belirtildiği biçimde beyan alınması gerekirken taraf teşekkülü sağlanmadan yazılı şekilde satış kararı verilmesi hatalı olmuştur. Karar bu nedenle bozulmalıdır [...]” Yarg. 6. HD, 25.1.1993, E. 1993/219, K. 1993/451 (Kazancı); aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yarg. 6. HD, 16.1.1995, E. 1994/13276, K. 1995/150 (Kazancı), Yarg. 6. HD, 11.12.2001, E. 2001/9409, K. 2001/9589 (Kazancı); ayrıca bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 399.

⁶⁸⁷ “[...] Ortaklığının giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde intifa hakkı var ise bu hak sahibinin davaya dahil edilmesi zorunludur. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenen taşınmaz üzerinde 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önce kurulmuş bir intifa hakkı varsa taşınmazın 14.3.1960 tarihli ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca intifa hakkı ile yükümlü olarak satılması gerekir. İntifa hakkı sahibi yalnız başına bu hakkının paraya çevrilmesini, taşınmazın intifasız satışını isterse diğer paydaşların muvafakati aranmaksızın taşınmazın intifasız satışına karar verilmelidir. İntifa hakkı 01.01.2002 tarihinden sonra kurulmuş ise, 4721 sayılı TMK'nın 700. maddesi uyarınca "Bir paydaşın kendi payı üzerinde intifa hakkı kurması halinde, diğer paydaşlardan biri intifa hakkının kurulduğunun kendisine tebliğinden başlayarak üç ay içinde paylaşma isteminde bulunursa; satış yoluyla paylaşmada intifa hakkı, buna ilişkin paya düşecek bedel üzerinde devam eder.”

İntifa hakkı sahibinin davaya dâhil edilmesine ilişkin uygulamanın isabetli olacağına işaret edilmiştir. Özellikle uygulamada, üzerinde intifa hakkı bulunan taşınmazlar için yapılan arttırmalara daha az kişinin katıldığı ve daha az teklifin yapıldığı ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Öyleyse malın üzerinde intifa hakkı bulunmadan satılmasının sağlanması için intifa hakkı sahibinin davaya çağırılması ve bu yönde beyanın alınması ihale bedelinin daha yüksek olmasını sağlayabilir⁶⁸⁹. Kanaatimizce salt bu gerekçe, davanın yapısı dikkate alındığında, böyle bir uygulamayı haklı göstermekten uzaktır. Nitekim öğretide, haklı olarak Yargıtay'ın intifa hakkı sahibinin davanın tarafı olması gerektiğine ilişkin bu kararı eleştirilmiştir⁶⁹⁰. Gerçekten inşai davanın tarafları kural olarak sadece inşai hak sahibi ve onun muhatabı olmalıdır⁶⁹¹. Oysa intifa hakkı sahibi, pay sahibi olmadığı için, onun paylaşırma hakkı da bulunmaz.

Yargıtay, paylaşırma davasında verilecek hükmün intifa hakkı sahibinin durumunu etkileyeceğine şüphe olmadığını belirtmekle birlikte⁶⁹², bu hükmün onu hangi gerekçeyle etkileyebileceği üzerinde durmamıştır. Kanaatimizce paylaşırma hükmü, intifa hakkı sahibinin hakkını etkilemez. Zira intifa hakkı sahibi, davada yer almamış olsa bile taşınmazın intifa hakkından arî olarak satılması mümkün

Somut olaya gelince; dava konusu 25741 Ada 1 Parsel sayılı taşınmazda tapu kayıt maliki ...'a ait 261/2400 hissenin intifa hakkının H [...]’a ait olduğu anlaşılmaktadır. İntifa hakkı sahibi olan H [...]’ın davada yer almadığı anlaşıldığından, davada yer almasının sağlanması gerekir. Mahkemece, taraf teşkili tam olarak sağlanmadan davanın esasının karara bağlanması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 01.03.2018, E. 2017/5706, K. 2018/1564 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁶⁸⁸ Gökçe, **a.g.e.**, s. 83; Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarının pratik düşüncelere dayanabileceği hakkında bkz. Tekinay, **a.g.e.**, s. 321, dn. 69.

⁶⁸⁹ Gökçe, **a.g.e.**, s. 83.

⁶⁹⁰ Tekinay, **a.g.e.**, s. 321, dn. 69; Kuru, **C. VI**, s. 6273; ayrıca bkz. Ziya Gökçe, **Tüm Yönleri ile İzalei Şüyu Dava ve Takipleri**, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2000, s. 82 vd.

⁶⁹¹ Önen, **İnşai Dava**, s. 60.

⁶⁹² “[...] Dosyaya getirtilen tapu kaydı içeriğinden, dava konusu 2373 ada 88 parsel sayılı taşınmazda S. Ü.’in intifa hakkı sahibi olduğu anlaşılmakla dava sonunda verilecek kararın intifa hakkı sahibinin hukukunu yakından ilgilendirdiği gözetilerek bu şahsın da yöntemince davaya katılımı sağlanıp taraf teşkilinin eksiksiz yapılması gerektiğinin dikkate alınmamış olması doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 18. HD, 25.6.2012, E. 2012/6238, K. 2012/8025 (Kazancı).

değildir⁶⁹³. Dolayısıyla taşınmaz intifa hakkı ile yüklü satılacak ve taşınmazın yeni mâliki de buna katlanacaktır. Taşınmaz üzerinde intifa hakkı bulunmasının, taşınmazın değerini düşürecek olması, intifa hakkı sahibinin değil paydaşların meselesidir.

İntifa hakkı sahibine, paylaşırma davasında taraf statüsü verilmesi de sorunlu görünmektedir. Bu kapsamda intifa hakkı sahibinin yargılama giderlerinden sorumlu olup olmayacağı, paylaşırma hükmüne karşı kanun yoluna başvurup başvuramayacağı gibi konular da muğlâktır. Tüm bu gerekçelerle, ortaklığın giderilmesi davasında intifa hakkı sahibinin taraf olması kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Arkadaşlığı

1. Genel Olarak

Bir davada davacı ve/veya davalı tarafta birden fazla kişinin bulunması durumunda, dava arkadaşlığı gündeme gelir⁶⁹⁴. Dava arkadaşlığı mecburî ve ihtiyarî olmak üzere ikiye ayrılır (HMK m. 57 vd)⁶⁹⁵.

⁶⁹³ “[...] Bilindiği gibi, intifa hakkının ne surette sona ereceği M.K.'nun 720 ve 721 inci maddelerinde sınırlı (tadadı) olarak gösterilmiş ve 272 nci maddede de hangi hallerde bedele dönüşeceği belirtilmiştir. İntifa hakkına konu olan şeyin büsbütün yok olması (ziyan), intifa hakkı sahibinin vazgeçmesi ve müddetli ise müddetin sona ermesi ve intifa hakkı sahibinin ölümü ile bu hakkın son bulacağı belirtilmiş ise de; ortaklığın giderilmesi davası, son bulma sebepleri içerisinde gösterilmemiştir. Yani ortaklığın giderilmesi davası açılıp, sonuçlansa dahi, intifa hakkı, yasal son bulma sebepleri gerçekleşmedikçe devam edecektir. Ayrıca, intifa hakkı ile yüklü olan taşınmaz malda ortaklığın giderilmesi suretiyle mülkiyet durumunun değiştirilmesi, intifa hakkının bedele dönüşmesi sonucunu doğurmamalıdır. Aksi hal, intifa hakkı sahibini yasanın kendisine tanıdığı olanaktan mahrum bırakmak olur ki, bunu da yasa elbette himaye edemez [...]” Yarg. 1. HD, 26.1.1989, E. 1988/12521, K. 1989/464 (Kazancı).

⁶⁹⁴ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 63, 92; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 43; Belgesay, **Şerh**, s. 135 vd; Karafakih, **Usul**, s. 124; Ansay, **a.g.e.**, s. 129, 135; Üstündağ, **Yargılama**, s. 352, 366; Önen, **Yargılama**, s. 67; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 686; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 159 vd.

⁶⁹⁵ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 63, 92; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 43; Karafakih, **Usul**, s. 126 vd; Ansay, **a.g.e.**, s. 129, 135; Önen, **Yargılama**, s. 67; Üstündağ, **Yargılama**, s. 352, 366; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 686; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 252 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 159 vd.

Mecburî dava arkadaşlığında, birden fazla kişinin birlikte dava açması ya da birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması zorunludur (HMK m. 59/1). Maddî hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburî dava arkadaşlığı vardır (HMK m. 59/1)⁶⁹⁶. Buna maddî hukuktan kaynaklanan mecburî dava arkadaşlığı adı da verilir⁶⁹⁷. Özellikle bir hakkın üzerinde tasarruf edilebilmesi, birden fazla kişinin bu işlemi birlikte yapmaları şartına bağlanmışsa mecburî dava arkadaşlığı söz konusu olur⁶⁹⁸. Bu dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır (HMK m. 60/1).

İhtiyarî dava arkadaşlığında ise birden fazla kişi birlikte dava açabilir ya da birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılabilir (HMK m. 57). İhtiyarî dava arkadaşlığında dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder (HMK m. 58/1, c. 2).

İkiden fazla paydaşın bulunduğu ortaklığın giderilmesi davasında, dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanması düşünülebilir. Nitekim bu konuda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öncelikle bu görüşler aktarılacak; ardından konuya ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

Paydaşlardan her biri, diğerlerinden bağımsız olarak paylaştırmayı talep edebilir (TMK m. 698/1). Çünkü burada paydaşlar kendi paylaşırma hakkına dayanmakta olup onların arasında birlikte kullanımı gerektirecek bir hak söz konusu

⁶⁹⁶ Mecburî dava arkadaşlığı hakkında ayrıntılı olarak bkz. Alangoya, **Dâva Ortaklığı**, s. 92; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 57 vd; ayrıca bkz. Kuru, **İstinafa Göre**, s. 481; Umar, **Şerh**, s. 223; Üstündağ, **Yargılama**, s. 366; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 539; Yılmaz, **Şerh**, C. II, s. 1278; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 702; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 161; Tanrıver, **Usûl**, s. 553; Karşı, **Muhakeme**, s. 312.

⁶⁹⁷ Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 62 vd; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 481; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 539; Yılmaz, **Şerh**, C. II, s. 1278; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 702; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Tanrıver, **Usûl**, s. 553; Karşı, **Muhakeme**, s. 311 vd.

⁶⁹⁸ Alangoya, **Dâva Ortaklığı**, s. 95; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 64 vd; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. III, 6. Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001, s. 3287; Önen, **Yargılama**, s. 71; Ansay, **a.g.e.**, s. 130; Üstündağ, **Yargılama**, s. 367 vd; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 703 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162.

değildir. Dolayısıyla her bir paydaş tek başına ortaklığın giderilmesi davası açabilir⁶⁹⁹.

Öğretide, her bir paydaşın tek başına ortaklığın giderilmesi davası açabileceğinden hareket edilerek, birden fazla paydaşın bu davayı birlikte açması durumunda davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu belirtilmektedir⁷⁰⁰.

Davalı paydaşlar arasındaki ilişki ise öğretide daha farklı görülmektedir. Nitekim öğretideki yazarlara göre, ortaklığın giderilmesi davasında davalılar arasında “maddî hukuktan kaynaklanan” mecburî dava arkadaşlığı mevcuttur⁷⁰¹. Çünkü bu dava, tüm paydaşlar için aynı yönde verilecek tek bir hükümle sona erer⁷⁰².

2. Değerlendirme

Kanaatimizce, gerek davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığının bulunduğu gerekse de davalılar arasında mecburî dava arkadaşlığının bulunduğu görüşü sorunludur.

Gerçekten de, her paydaş tek başına ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Zira her paydaşın paylaştırmayı isteme hakkı bulunup, bu hakkın kullanılması için diğer paydaşların katılımı gerekmez. Ancak başlı başına bu durum, ortaklığın giderilmesi davasında davacılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığının bulunduğunu göstermez.

İhtiyarî dava arkadaşlığının bazı hükümleri ortaklığın giderilmesi davası bakımından uygun olabilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, her paydaş bu davayı tek başına açabilir. Aynı şekilde her paydaşın davada bağımsız olarak usûl

⁶⁹⁹ İlgili paya birden fazla kişi elbirliği mülkiyeti ile sahipse, bu payın sahipleri, ortaklığın giderilmesi davasını hep birlikte açmak zorundadır (Aybay, **Taksim**, s. 37; Kurşat, **a.g.e.**, s. 295). Çünkü bu hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması, maddî hukuka göre zorunludur (TMK m. 702/2; HMK m. 59/1).

⁷⁰⁰ Kuru, **C. VI**, s. 6265, dn. 73; Aybay, **Taksim**, s. 34; Kurşat, **a.g.e.**, s. 294; Yabancı, **a.g.t.**, s. 36.

⁷⁰¹ Alangoya, **Dâva Ortaklığı**, s. 71; Aybay, **a.g.e.** s. 36; Kurşat, **a.g.e.**, s. 298; Yabancı, **a.g.t.**, s. 34.

⁷⁰² Thomas Sutter-Somm, **a.g.e.**, s. 121; Aybay, **Taksim**, s. 36; Kurşat, **a.g.e.**, s. 298.

işlemleri yapabilmesi bakımından da ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin hükümler uygulanabilir. Ortaklığın giderilmesi davasında her paydaşın kendilerine ait paylaştırmayı isteme hakkı olduğu için bu paydaşlar da birbirlerinden bağımsız olarak davada usûl işlemleri yapabilir. Yine davacı tarafta bulunan paydaşlar davada farklı talep ve iddialar ileri sürebilir. Hatta davacı tarafta bulunan paydaşların tamamının aynı paylaşırma türünü talep etmeleri dahi zorunlu değildir⁷⁰³.

Bununla birlikte, ihtiyarî dava arkadaşlığında hüküm her bir dava arkadaşı için farklı şekilde kurulabilir⁷⁰⁴. Oysa bu durum ortaklığın giderilmesi davasının niteliğine uygun değildir. Çünkü ortaklığın giderilmesi davası tüm paydaşlar için kurulacak tek bir paylaşırma hükmüyle sona erer. Bu davada davacı konumda yer alan bir paydaş için paylaşırma hükmü kurulması, diğer paydaş için davanın reddi gibi bir karar verilmesi mümkün değildir. Dava tüm paydaşlar için ya kabul ya da reddedilir.

Kanaatimizce, davalılar arasında mecburî dava arkadaşlığının bulunduğu görüşü de sorunludur. Zira mecburî dava arkadaşlığına ilişkin bazı kuralların burada uygulanması söz konusu olamaz. Örneğin, davalıların birlikte hareket etme zorunluluğu kuralı (HMK m. 60/1) bu davanın niteliğine uygun değildir. Çünkü bu davada her bir paydaş ortak bir hakka değil kendi paylaşırma hakkına dayanarak işlem yapar. Dolayısıyla davalıların birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmaz⁷⁰⁵. Böylece davalı paydaşlardan bazıları paylaşırma türüne ilişkin davacıdan farklı taleplerde bulunabileceği gibi bazıları da davanın reddini talep edebilir.

Bir yandan davacı dışında kalan paydaşların tamamının davalı tarafta yer alması zorunluluğu, diğer yandansa her bir davalı paydaşın bağımsız şekilde hareket edebilmesi, davalılar arasında şeklî mecburî dava arkadaşlığı bulunduğunu akla getirir. Çünkü dava arkadaşlığının bu türünde, dava arkadaşlarının birlikte hareket

⁷⁰³ Guldener, **a.g.e.**, s. 31 dn. 5.

⁷⁰⁴ Alangoya, **Dâva Ortaklığı**, s. 128 vd; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 64; Kuru, **C. III**, s. 3359; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 138; Önen, **Yargılama**, s. 70; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 695; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 265; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 160.

⁷⁰⁵ Bu yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 45 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 314.

etmesi zorunlu değildir⁷⁰⁶. Ancak burada şeklî mecburî dava arkadaşlığı da bulunmaz. Zira şeklî mecburî dava arkadaşlığında, birden çok kişinin davalı olarak gösterilmesi zorunluluğu maddî hukuktan kaynaklanmaz⁷⁰⁷. Bu zorunluluk, ilgili kanun hükmünden kaynaklanmakta olup bununla uyumsuzluğun daha iyi ve doğru bir şekilde çözülmesi amaçlanır⁷⁰⁸. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında birden fazla kişinin davalı olarak gösterilmesi zorunluluğu, esasen maddî hukuktan kaynaklanır. Yine şeklî mecburî dava arkadaşlığında, dava arkadaşları için aynı yönde tek bir hüküm verilmesi zorunlu değildir⁷⁰⁹. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında tüm dava arkadaşları hakkında tek bir hüküm kurulması gerekir. Diğer bir ifadeyle, bazı paydaşlar için davanın reddi bazıları içinse paylaşırma kararı verilemez.

Görüldüğü üzere, ortaklığın giderilmesi davasında dava arkadaşlığı ne tam olarak ihtiyarî dava arkadaşlığına ne de tam olarak mecburî dava arkadaşlığına benzer. Aslında burada dava arkadaşlığı türünün tespit edilmesinden önce, taraflar arasında gerçekten bir dava arkadaşlığının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Çünkü dava açan paydaşın davacı konumunda olması ve kalan paydaşların hep birlikte davalı konuma geçmesi, esasen iki taraf prensibinin zorunlu bir sonucu olup, bu durum paydaşlar arasındaki gerçek ilişkiyi yansıtmaz. Zira çalışmanın birinci bölümünde de ifade edildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında davalı, karşı dava açmış gibi değerlendirilmelidir⁷¹⁰. Dolayısıyla her ne kadar görünürde tek bir dava olsa bile gerçekte paydaş sayısı kadar dava mevcuttur. Örneğin (A); (B) ve (C)'ye karşı ortaklığın giderilmesi davası açmış olsun. Burada her ne kadar

⁷⁰⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 714; Tanrıver, **Usûl**, s. 558 vd; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 183 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 258.

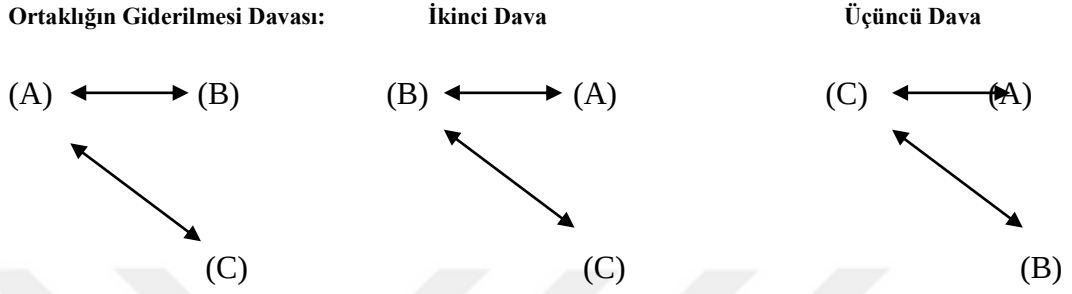
⁷⁰⁷ Umar, **Şerh**, s. 226; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 705; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 258.

⁷⁰⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 705 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 558 vd; Ulukapı, **Dava Arkadaşlığı**, s. 102 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 162; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 258.

⁷⁰⁹ Kuru, **C. III**, s. 3332; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, **a.g.e.**, s. 543; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 705; Tanrıver, **Usûl**, s. 559; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 102 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 259.

⁷¹⁰ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B.

görünürde sadece (A)'nın açmış olduğu dava bulunsa da, gerçekte (B) ve (C) de dava açmış gibi değerlendirilir. Bu durum, aşağıdaki şema yardımıyla gösterilebilir:



Görüldüğü üzere, her bir paydaşın karşısında, kendisi dışındaki paydaşlar yer alır. Böylece (A) için karşı taraf (B) ve (C); (B) için karşı taraf (A) ve (C); (C) için karşı taraf ise (A) ve (B) olacaktır. Yani gerçek tabloda hiçbir paydaş diğeriyle dava arkadaşlığı ilişkisine girmez. Dolayısıyla paydaşlar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı veya mecburî dava arkadaşlığının bulunduğunu iddia etmek uygun değildir. İsviçre hukukunda, mirasın paylaşılması davasında dava arkadaşlığı için ifade edilen bir görüş, kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davası bakımından da kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, mirasın paylaşılması davasında ne davacı ne de davalı tarafta mecburî dava arkadaşlığı mevcuttur⁷¹¹. Burada mecburî olan şey, tüm paydaşların (davacı veya davalı tarafta olsun) davaya katılma zorunluluğudur⁷¹².

Birden fazla dava olmasına rağmen tüm davalar için tek bir hüküm verilmesi zorunluluğunun açıklanması gerekir. Yukarıdaki şemadan da anlaşılacağı üzere, birden fazla dava birlikte görülmektedir. Ancak görülen bu davalardan birisi hakkında karar verilince, maddî hukuk durumu tüm paydaşlar için değişir ve dolayısıyla hüküm tüm paydaşlar için sonuç doğurur. Kanaatimizce tüm paydaşlar için tek bir hüküm verilmesi zorunluluğunun nedeni budur. Örneğin, (A)'nın aynen paylaşırma talebi kabul edildiğinde paylaşırmanın aynen yapılacağı tespit edilmiş

⁷¹¹ Thomas Sutter Somm/Marco Chevalier, “Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers”, *Successio*, 2007, s. 30.

⁷¹² Sutter Somm/Chevalier, *a.g.m.*, s. 30.

olur ve bu tespit diğer paydaşları da etkiler ve onların (B veya C) satış talebi hakkında bir karar verilmesi artık mümkün değildir.

Tüm paydaşların davada yer alması zorunluluğu maddî hukuktan kaynaklanır. Zira paylaştırma yapılabilmesi için tüm paydaşların bu konuda anlaşması gerekir (Karş. TMK m. 692/1). Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında tüm paydaşların bulunmaları zorunludur. Bu zorunluluğa rağmen, davada tüm paydaşların yer almamasına rağmen mahkemenin nasıl hareket etmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır. Böyle bir durumda mahkemece öncelikle bu eksikliğin giderilmesi için ilgisine süre vermelidir⁷¹³. Bir görüşe göre, burada dava takip yetkisi eksikliği mevcutken⁷¹⁴; diğer bir görüşe göre, burada sıfat eksikliği bulunur⁷¹⁵.

Yukarıdaki durum ortaklığın giderilmesi davası açısından yaşanır, Yargıtay’a göre davanın dava dilekçesindeki eksiklik sebebiyle (HMK m. 119/2) açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekir⁷¹⁶. İsviçre Federal Mahkemesi burada sıfat eksikliği bulunduğunu görüşündedir⁷¹⁷.

⁷¹³ Umar, **Şerh**, s. 227 vd; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 711; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 147; Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 127; böyle bir durumda doğrudan davanın reddedilmesi gerektiği görüşü için bkz. Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 303.

⁷¹⁴ Alangoya, **Dava Ortaklığı**, s. 98; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 140; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 711; Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 127; Ersin Erdoğan, “Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte Açma Zorunluluğunun Usûl Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **MİHDER**, 2013/2, S. 25, s. 201 vd.

⁷¹⁵ Kuru, **C. III**, s. 3315; Ulukapı, **a.g.e.**, s. 147; Burada taraf ehliyeti eksikliğinin bulunduğu görüşü hakkında bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 541; Tanrıver, **Usûl**, s. 557; Bu konudaki tüm görüşlerin değerlendirilmesi için toplu olarak bkz. Erdoğan, **a.g.m.**, s. 195 vd.

⁷¹⁶ “[...] Somut olayda, davacı, dava dilekçesinde bir kısım davalıyı eksik göstermiş, mahkemece, dava açılmadan evvel tapu kayıtlarının incelenmesi suretiyle davaya konu taşınmaz maliklerinin belirlenebileceği bu sebeple davacının tüm özeni göstermesine rağmen dava açacağı kişi veya kişileri doğru tespit edemediğinin kabul edilemeyeceği, biraz emek sarfiyla tüm paydaşlar tespit edilebilecekken, eksik taraf gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılgıya dayanmadığı, ayrıca dürüstlük kuralına da aykırı olduğu, bu sebeple ortaya çıkan dava ilişkisi sebebiyle daha üstün bir yarardan söz edilemeyeceğinden yargılamaya diğer paydaşların dahil edilmesi suretiyle devam edilemeyeceği gerekçesi ile H.M.K.nın 114/1-d maddesi hükmü uyarınca dava şartı olan davanın gerçek muhataplarına eksiksiz yöneltilmemiş olması sebebiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir. Ancak, ortaklığın giderilmesi davalarının niteliği ve davacı tarafın yargılamayı uzatmak yönünde bir niyetinin de bulunmadığı

Kanaatimizce burada eksik olan husus dava takip yetkisidir (HMK m. 53). Çünkü davaya dâhil edilmemiş paydaşların yokluğunda paylaştırma hükmünün elde edilebilmesi mümkün değildir. Dava takip yetkisi aynı zamanda bir dava şartı olduğundan (HMK m. 114/1-e) bu eksikliğin tamamlanması için ilgilisine süre verilmeli⁷¹⁸; bu eksiklik giderilmezse dava usûlden reddedilmelidir (HMK m. 115/2)⁷¹⁹.

C. Paylaştırmaya Razi Olan Paydaşların Davada Taraf Olarak Gösterilme Zorunluluğunun Bulunup Bulunmadığı

1. Genel Olarak

Ortaklığın giderilmesi davasında tüm paydaşların davada yer alması zorunluluğu yukarıda belirtilmişti⁷²⁰. Bununla birlikte, paylaştırmaya karşı çıkmayan paydaşların bu davada yer almak zorunda olup olmadığı konusunun üzerinde durulması gerekir.

Paylaştırmaya karşı çıkmayan kişilerin davada yer almalarının zorunlu olup olmadığı meselesi, İsviçre hukukunda mirasın paylaştırılması davası için tartışılmıştır. Ortaklığın giderilmesi davası ile benzerliği göz önünde bulundurulduğunda, İsviçre hukukundaki mirasın paylaştırılması davasına ilişkin görüşlerin aktarılması faydalı olur.

gözetilerek, mahkemece, H.M.K.nın 124. maddesi uyarınca davacıya davaya konu taşınmazların maliklerinin veya mirasçılarının davaya dahil edilmesi suretiyle eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verilmesi, bu süre içinde eksikliğin tamamlanması halinde davanın esastan incelenmesi, tamamlanmaması halinde davanın H.M.K.nın 119/2 maddesi uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken. 6100 Sayılı H.M.K.nın 114/1-d maddesine göre tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları dava şartı olarak düzenlenmiş olduğu halde tarafın eksik gösterilmesi de madde kapsamında değerlendirilerek, H.M.K.nın 115/2 maddesi uyarınca davanın dava şartı yokluğundan usulden red edilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7512, K. 2013/9727 (Kazancı).

⁷¹⁷ BGE 86, II, 451, 455.

⁷¹⁸ Aybay, **Taksim**, s. 37.

⁷¹⁹ Aynı yönde bkz. Pekcanıtez/Taş Korkmaz, **Pekcanıtez Usûl**, (Dinamik Kitap), s. 555

⁷²⁰ Bkz. § 8, B, 2.

İsviçre hukukunda bazı durumlarda mirasçıların davada yer almalarına gerek yoktur⁷²¹. Buna göre, davacının paylaşırma talebini uygun bulduğunu mahkemeye bildiren⁷²² mirasçıların davada yer almalarına gerek yoktur⁷²³. Aynı şekilde, mahkemenin vereceği muhtemel hükmü – hüküm ne şekilde çıkarsa çıksın- kabul edeceğini önceden beyan eden tarafın da bu davada yer almasına gerek yoktur⁷²⁴. Davada yer almak istemeyen mirasçılarının bu beyanlarının içeriği esasen birbirinden farklıdır. Zira ilk beyan davacının paylaşırma talebine yönelmişken; ikinci beyan mahkemenin vereceği karara yöneliktir.

Davada yer almak istemeyen mirasçı bu beyanını bir dava açılmadan önce⁷²⁵ mirasın paylaşırması davası açmayı düşünen mirasçıya yönelterek de yapabilir⁷²⁶. Kendisine bu beyanın yöneltildiği mirasçı dava açarken bu beyanı mahkemeye sunup beyan sahibi mirasçıyı taraf olarak göstermek zorunluluğundan kurtulur⁷²⁷. Ancak eğer beyan sahibinin iradesi sunulan bu beyandan tam olarak anlaşılamazsa kendisinin de davaya dâhil edilmesi zorunluluğu ortaya çıkar⁷²⁸.

⁷²¹ BGE 100 II 440; ayrıca bkz. Yannick Minnig, “Prozessrechtliche Überlegungen zur antizipierten Abstandserklärung in Erbteilungsprozessen”, **ZZZ**, 2019/46, s. 120 vd; Manuela Häfliger, **OFK ZGB**, 3. Aufl, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 604, Rdnr. 4; Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1461; Jost, **a.g.e.**, s. 66; ayrıca bkz. Ozanemre Yayla, **a.g.e.**, s. 250 vd. Esasen bu durum, İsviçre hukukunda yalnızca mirasın paylaşırılması davasına özgü değildir. Davalı olarak bulunması gereken bazı kişilerin, bazı durumlarda davada yer almalarına gerek yoktur. Bu konu ile ilgili olarak bkz. Eva Borla-Geier, **Dike ZPO**, Art. 70, Rdnr. 31, 34.

⁷²² Bu beyanın paylaşırma kararı verilinceye kadar yapılabileceği yönünde bkz. Minnig, **Abstandserklärung**, s. 125.

⁷²³ Genel olarak bkz. Jost, **a.g.e.**, s. 65 vd; bu yöndeki Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 100 II 440, 28.11.1974; ayrıca bkz. Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1461; Peter C. Schaufelberger/Katrin Keller Lüscher (Bearb.), **Basler ZGB II**, Art. 604, Rdnr. 17; Wolf, **Wolf/Eggel BK**, s. 128; karşı. Spycher, **a.g.m.**, s. 34.

⁷²⁴ BGE 100 II 440; Manuela Häfliger, **OFK ZGB**, 3. Aufl, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 604, Rdnr. 4; Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1461; Jost, **a.g.e.**, s. 66.

⁷²⁵ Hukuki dinlenilme hakkından feragat edilmesi anlamına gelen bu beyanın davanın açılması anından itibaren yapılmasının mümkün olduğu hakkında bkz. Minnig, **Abstandserklärung**, s. 124.

⁷²⁶ Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1461.

⁷²⁷ Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1461.

⁷²⁸ Spycher, **a.g.m.**, s. 34.

İsviçre hukukunda, davada yer almama sonucu doğuran beyanın yazılı olarak yapılmasının yeterli olduğu kabul edilir⁷²⁹. Bununla birlikte, eğer dava açılmışsa bu beyanın doğrudan mahkemeye yapılmasının daha güvenli olacağı⁷³⁰; bu şekilde hükmün bu kişilere karşı icra edilmesi hususundaki tereddütlerin ortadan kaldırılmış olacağı ifade edilmektedir⁷³¹.

Türk hukukunda bu konu üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmamıştır. Öğretide *Aral* bu konuya değinmiş ve mecburî dava arkadaşlığının bulunması sebebiyle tüm mirasçılarının davada yer almalarının zorunlu olduğunu belirtmiştir⁷³². *Alangoya* ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin mirasın paylaşılması davasına ilişkin vermiş olduğu kararda⁷³³ kabul ettiği bu sonucu, ortaklığın giderilmesi davası için de benimseyebileceğini öngörmüştür⁷³⁴. Gerçekten her iki davanın çift taraflı yapısı ve usûl hukukuna ilişkin benzerlikleri göz önüne alındığında kanaatimizce konunun ayrıca ortaklığın giderilmesi davası için de tartışılabilir olduğu kabul edilmelidir.

Türk hukuku bakımından böyle bir imkânın olup olmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle bu beyanın niteliği üzerinde durulmalıdır. Çünkü bu tespit edilmeden, bu beyanın ne şekilde yapılacağı ve bunun davaya ilişkin etkileri de ortaya konulamaz.

2. Davada Taraf Olarak Yer Almama Sonucu Doğuran Beyanın Hukukî Niteliği

a. Davanın Kabulü

İleride açılacak davada yer almak istemeyen mirasçının buna ilişkin beyanın niteliği tespit edilmelidir. İlk olarak bu beyanın davanın kabulü anlamına gelip gelmediğinin üzerinde durulmalıdır.

⁷²⁹ Abt/Weibel, *Erbrecht*, s. 1462; Wolf, *Wolf/Eggel BK*, s. 128.

⁷³⁰ Abt/Weibel, *Erbrecht*, s. 1462; Wolf, *Wolf/Eggel BK*, s. 128.

⁷³¹ Abt/Weibel, *Erbrecht*, s. 1462; Wolf, *Wolf/Eggel BK*, s. 128.

⁷³² Aral, *a.g.e.*, s. 138; karşı görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *a.g.e.*, s. 690.

⁷³³ BGE 100 II 440.

⁷³⁴ Alangoya, *Dava Ortaklığı*, s. 71, dn. 34.

Mirasçının davada yer almak istemediğine ilişkin beyan dava açılmadan önce yapılmışsa bunun kabul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bir beyanın davanın kabulü olarak nitelendirilebilmesi için her şeyde önce derdest bir dava olmalıdır.

Davada yer almama sonucu doğuran beyanın dava açıldıktan sonra yapılması dahi davanın kabulü anlamına gelmez. Zira davanın kabulü, davacının talep sonucuna yönelikken; bu beyan mahkemenin vereceği karara yöneliktir. Burada mirasçı, davanın sonucuna tamamen ilgisiz olup bu sonuca olumlu ya da olumsuz bir katkı vermemektedir. Bu bakımdan bu beyan davayı sona erdirmez. Oysa davanın kabulü durumunda dava kural olarak sona erer (HMK m. 311/1).

Davacı mirasçının talebini uygun bulan ve bu sebeple davada yer almayan mirasçıların bu beyanı da kanaatimizce davanın kabulü değildir⁷³⁵. Zira bu beyan, davanın sona ermesine ve davalının davayı kaybetmesine neden olmaz.

b. Usûl Hukukuna İlişkin Haklardan Feragat Edilmesi

İsviçre hukuku'nda ileri sürülen bir görüşe göre, davada yer almama sonucu doğuran beyan nitelik olarak usûl hukukuna ilişkin haklardan feragat edilmesi anlamına gelir⁷³⁶. Böylece bu beyanı ileri süren kişi, davada taraf olması sebebiyle kendisine tanınan usûl hukukuna ilişkin bazı haklardan vazgeçmiş olur⁷³⁷. Örneğin, bu beyandan sonra tarafın davada paylaştırmaya ilişkin talepte bulunması⁷³⁸, delil göstermesi⁷³⁹ ve kanun yoluna başvurusu⁷⁴⁰ mümkün değildir.

Yukarıda ifade edilen görüşün dayanağının, hukukî dinlenilme hakkından feragat edilebilmesi olduğu anlaşılmaktadır⁷⁴¹. Ancak henüz doğmayan bir haktan

⁷³⁵ Benzer şekilde bkz. Minnig, *Abstandserklärung*, s. 121 vd.

⁷³⁶ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

⁷³⁷ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

⁷³⁸ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

⁷³⁹ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

⁷⁴⁰ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

⁷⁴¹ Minnig, *Abstandserklärung*, s. 123.

feragat edilebilmesi sorunludur. Nitekim hukukî dinlenilme hakkından feragat edilebilmesi, öncelikle o hakkın doğmasına bağlı olup feragat ancak o hak doğduktan sonra yapılabilir⁷⁴². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bakıldığında da böyle bir sonuca varılabilir. Örneğin, taraflar, ilamın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna başvurma hakkından feragat edemez (m. 349/1). Dolayısıyla Türk hukuku açısından, davada yer almama sonucu doğuran beyanın usûl hukukuna ilişkin haklardan feragat edilmesi anlamına gelmesi kanaatimizce mümkün değildir.

c. Dava Takip Yetkisinin İradî Devri

(1) Genel Olarak

Alman hukukunda da, mecburî dava arkadaşlığının mevcut olduğu bazı davalarda, dava arkadaşlarından bazılarının davada taraf olarak yer almamaları mümkündür. Öğretide bu sorun, özellikle kollektif ortaklığın feshi davası (§ HGB 133) açısından tartışılmıştır. Bu davada, davacı dışında kalan bütün ortaklar davalı tarafta yer almak zorundadır. Zira dava konusuna ortak olmaları sebebiyle, davalılar arasında maddî hukuktan kaynaklanan mecburî dava arkadaşlığı mevcuttur⁷⁴³. Bununla birlikte, Alman hukukundaki hâkim görüşe göre, davacının tasfiye talebini benimseyen ortakların davada taraf olarak gösterilmelerine artık gerek yoktur⁷⁴⁴. Burada ortaklar, bu beyanlarıyla, mahkemenin vereceği hükmün kendileri açısından da uygulanacağını önceden kabul etmiş olur⁷⁴⁵. Bu sebeple, davacının bu ortaklara karşı dava açmasında artık bir menfaati bulunmaz⁷⁴⁶. Bu şekilde bir düşünce, temel

⁷⁴² Greger, **Zöller ZPO**, § 295, Rdnr. 5; Astrid Stadler, “Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß”, **NJW**, 1989, H. 19, s. 1204; Judith Sawang, **Geheimhaltung und Rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, s. 301.

⁷⁴³ Carsten Schäfer, **Staub HGB**, Dritter Band, 5. Aufl, De Gruyter, Berlin, 2009, § 133, Rdnr. 52; Hans-Jörg Schultes, **MüKO ZPO**, 5. Aufl, C.H.Beck, München, 2016, § 62, Rdnr. 27.

⁷⁴⁴ Hâkim görüşün bu şekilde olduğu hakkında bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 65 vd; Karl Heinz Schwab, “Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft”, **FS für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag**, München, 1957, s. 289; Schäfer, **Staub HGB**, Rdnr., 53; Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 62, Rdnr. 40.

⁷⁴⁵ Schäfer, **Staub HGB**, § 133, Rdnr. 53.

⁷⁴⁶ Henckel, **a.g.e.**, s. 104.

olarak usûl ekonomisine dayandırılmaktadır⁷⁴⁷. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, ortağın mahkeme dışındaki bu beyanı, onun davaya katılmaması için yeterli olmayıp bu dava, ancak tüm ortakların davaya katılımıyla sonuçlandırılmalıdır⁷⁴⁸. Fakat bu görüş, tasfiye talebine karşı çıkmayan ortağın davalı tarafa yerleştirilmesine neden olacağı için eleştirilmiştir⁷⁴⁹.

Alman hukukunda, tasfiye talebine razı olanların davaya katılmamaları, sonuçları itibariyle, dava takip yetkisinin iradî devri (*gewillkürte Prozessführungsbefugnis*) kapsamında değerlendirilir⁷⁵⁰. Böylece, davanın sonunda kurulacak olan hüküm, bu ortaklar açısından da geçerli olur. Zira dava takip yetkisini devralanın yürüttüğü dava sonunda verilen hüküm, hak sahibi açısından da kesin hüküm etkisini haizdir⁷⁵¹. Aynı şekilde, dava takip yetkisini devralanın açtığı dava devam ederken, hak sahibinin de aynı konuda dava açabilmesi, derdestlik sebebiyle mümkün değildir⁷⁵².

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve Türk hukuku açısından böyle bir imkânın mevcut olup olmadığının tespiti için, dava takip yetkisinin iradî devrinin niteliği hakkında açıklama yapmak gerekir.

(2) Özellikleri

Dava takip yetkisinin, hak sahibi dışındaki bir kişi tarafından kullanılmasına dava yetkinliği (*Prozessstandschaft*) adı verilir⁷⁵³. Eğer bu durum, kanundan

⁷⁴⁷ Bu yönde bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 66.

⁷⁴⁸ Bu yönde bkz. Schmidt, **a.g.e.**, s. 67.

⁷⁴⁹ Roth, **Zweiparteiensystem**, s. 926 vd. Yazar, böyle bir durumda, § ZPO 856 Abs. 3 hükmünün, kıyas yoluyla uygulanabileceği görüşündedir. Yazara göre, öncelikle bu ortak davaya davet edilir. Davet edilen ortak da tasfiye talebini uygun bulursa, davacı tarafa geçmiş olur. Diğer ihtimaller için bkz. Roth, **Zweiparteiensystem**, s. 927.

⁷⁵⁰ Schäfer, **Staub HGB**, § 133, Rdnr. 53; C. Berger, **a.g.e.**, s. 170 vd.

⁷⁵¹ Ralf Bendtsen, **Saenger ZPO**, 7. Auflage 2017, § 51, Rn. 19; Hoffmann, **a.g.m.**, s. 418.

⁷⁵² Hoffmann, **a.g.m.**, s. 419.

⁷⁵³ Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 596; Bendtsen, **Saenger, ZPO**, § 51, Rn. 10; ayrıca bkz. Levent Börü, “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, **BATİDER**, 2011/3, s. 270; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 27 vd; Bulut, **a.g.e.**, s. 186 vd;

kaynaklanıyorsa kanuni dava yetkinliği⁷⁵⁴; hak sahibinin bir kişiyi yetkilendirmesi sonucu ortaya çıkıyorsa iradî dava yetkinliği söz konusu olur⁷⁵⁵. İradî dava yetkinliğinde hak sahibi, dava takip yetkisini başka bir kişiye devreder ve dava takip yetkisini devralan kişi ilgili davayı yürütür⁷⁵⁶.

Davaya vekâlet ve dava takip yetkisinin iradî devri birbirinden farklıdır⁷⁵⁷. Zira dava takip yetkisini devralan kişi, davayı kendi adına takip eder⁷⁵⁸. Başka bir ifadeyle, bu kişi davanın tarafıdır. Davaya vekâlette ise avukat, davanın tarafı olmayıp sadece tarafın temsilcisi konumundadır.

Alman hukukunda dava takip yetkisinin iradî devri, kanunda düzenlenmemiş olsa da, öğreti ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁷⁵⁹. Örneğin, adi şirketin sahip olduğu hakkı dava edebilmesi için ortaklardan birine dava takip yetkisi devredilebilir⁷⁶⁰. Dava takip yetkisi kendisine devredilen kişi, davayı kendi adına takip eder⁷⁶¹. Ancak davanın sonucundan hak sahibi de etkilenir. Nitekim mahkemenin kuracağı hüküm, dava takip yetkisini devreden kişi açısından kesin hüküm etkisine sahiptir⁷⁶².

Alman hukukunda dava takip yetkisinin iradî olarak devrinin geçerli olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir⁷⁶³. Bu konuda öncelikle geçerli bir

⁷⁵⁴ Çeşitli örnekler için bkz. Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rn. 14; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 29 vd.

⁷⁵⁵ Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rn. 10; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 34; Börü, **Sıfat**, s. 269.

⁷⁵⁶ Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rndr. 25; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 34; Börü, **Sıfat**, s. 270; Buse Dişel Kumru, **Dava Takip Yetkisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019, s. 83.

⁷⁵⁷ Aynı yönde bkz. Hoffmann, **a.g.m.**, s. 405.

⁷⁵⁸ Rosenberg, **a.g.m.**, s. 137; Hoffmann, **a.g.m.**, s. 405.

⁷⁵⁹ Bu yönde bkz. Leo Rosenberg, “Zur Lehre von der gewillkürten Prozessstandschaft”, **JZ**, 1952/5, s. 137; Jan Felix Hoffmann, “Gewillkürte Prozessstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungsermächtigung”, **ZZP**, B. 130, H. 4, 2017, s. 406 vd; Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rndr. 48 ff; Braun, **a.g.e.**, s. 340.

⁷⁶⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 46, Rndr. 42.

⁷⁶¹ Rosenberg, **a.g.m.**, s. 137.

⁷⁶² Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rndr. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 46, Rndr. 62.

⁷⁶³ Ekkehard Schumann, “Die Prozessermächtigung (die gewillkürte Prozessstandschaft) und der Rechtsschutz des Beklagten”, **FS für Hans Joachim Musielak zum 70. Geburtstag**, C. H.

yetkilendirme bulunmalıdır⁷⁶⁴. Derdestlik ve kesin hüküm bakımından etkileri dikkate alındığında, bu yetkilendirmenin bir usûl işlemi olduğu kabul edilmektedir⁷⁶⁵. Bu sebeple, bu yetkilendirmenin yazılı olması gerekir⁷⁶⁶. Nitekim Gießen Eyalet Mahkemesi, bir kararında, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun vekâletnameye ilişkin 80. maddesine atıf yaparak, yetkilendirmenin yazılı olarak mahkemeye sunulması gerektiği sonucuna varmıştır⁷⁶⁷. Yine öğretide, bu yetkilendirme için Alman Usûl Kanunu'nun vekâletnameye ilişkin diğer hükümlerinin de kıyasen uygulanabileceği iddia edilmiştir⁷⁶⁸. Bu kapsamda, hak sahibi açıkça yetkilendirmedikçe, dava takip yetkisini devralan kişinin davadan feragat edebilmesi ya da davada sulh olabilmesi mümkün değildir⁷⁶⁹. Yine hak sahibi, mahkemeye yönelteceği bildirimle, bu yetkilendirmeyi her zaman iptal edebilir⁷⁷⁰.

Dava takip yetkisinin iradî devri için bir diğer şart, dava konusu olan hakkın devredilebilir nitelikte olmasıdır⁷⁷¹. Bu sebeple şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar açısından böyle bir devir geçerli olmaz⁷⁷².

Beck, München, 2004, s. 472 vd; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rndr. 25; Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rndr. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 46, Rndr. 33 ff.

⁷⁶⁴ Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rndr. 25; Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rndr. 20; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 46, Rndr. 33 ff.

⁷⁶⁵ Bu yönde bkz. Schumann, **a.g.m.**, s. 472 vd.; ayrıca bkz. Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rndr. 51; Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 51, Rndr. 15.

⁷⁶⁶ Schuman, **a.g.m.**, s. 473. Ancak yetkilendirme için bir şekil şartı olup olmadığı hususu Alman Hukukunda tartışmalıdır (Aksi yönde bir görüş için bkz. Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rndr. 26; Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 51, Rndr. 15). Rosenberg, yazılılığın özellikle ispat hususunda kolaylık sağlayabileceğini kabul etmekle birlikte, bunun yetkilendirmenin geçerlilik şartı olmaması gerektiğini savunur (Rosenberg, **a.g.m.**, s. 138).

⁷⁶⁷ LG Gießen, Urteil v. 12.9.1951 – 4 O 108/50 (**JZ**, 1952/5, s. 148 vd).

⁷⁶⁸ Hoffmann, **a.g.m.**, s. 419.

⁷⁶⁹ Hoffmann, **a.g.m.**, s. 419 vd.

⁷⁷⁰ Schuman, **a.g.m.**, s. 473; yetkilendirmenin irade sakatlıkları sebebiyle iptali açısından maddî hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında bkz. Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rndr. 26; Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 51, Rndr. 15.

⁷⁷¹ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rndr. 54.

⁷⁷² Bendtsen, **Saenger ZPO**, § 51, Rndr. 24.

Bu devir işleminde, hem hak sahibinin hem de yetkilendirilen kişinin hukukî menfaati bulunmalıdır⁷⁷³. Dava sonunda verilecek karar, dava takip yetkisini devralan kişinin hukukî durumunu etkileyecek nitelikteyse hukukî menfaatin mevcut olduğu kabul edilir⁷⁷⁴. Hatta bu şartın daha da hafifletilmesi amacıyla, ekonomik menfaatin dahi yeterli olabileceği ifade edilmektedir⁷⁷⁵. Yetkilendirmenin geçerli olabilmesi için son şart, bu yetkilendirmenin davalı açısından adil olmayan sonuçlar doğurmamasıdır⁷⁷⁶. Eğer bu yetkilendirme, örneğin hak sahibinin bu davada tanık olabilmesi için yapılmışsa, bu devir geçerli olmaz⁷⁷⁷. Zira buradaki yetkilendirme, davalının zararına yapılmıştır⁷⁷⁸.

(3) Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk hukukunda dava takip yetkisinin iradî devrine ilişkin genel bir düzenleme mevcut değildir. Fakat dava takip yetkisinin iradî devri olarak nitelendirilebilecek⁷⁷⁹ bir hüküm, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda mevcuttur. Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sendikalar, üyelerini temsilen, onların yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında dava açmak ve bu davalarda davayı takip yetkisine sahiptir.

Yargıtay'ın, hak ile ilişkisi bulunmasa da, o konuda dava açmasında menfaati bulunan üçüncü kişiye, hak sahibinin rızası olmaksızın, dava takip yetkisini tanıdığı

⁷⁷³ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rdnr. 54; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51 Rdnr. 27.

⁷⁷⁴ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rdnr. 54; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rdnr. 27.

⁷⁷⁵ Schulze, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 51, Rdnr. 54; Weth, **Musielak/Voit ZPO**, § 51, Rdnr. 27; Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 51, Rdnr. 17.

⁷⁷⁶ Schumann, **a.g.m.**, s. 477.

⁷⁷⁷ Diğer durumlar için bkz. Schumann, **a.g.m.**, s. 477; Rasper, **Kern/Diehem ZPO**, § 51, Rdnr. 17.

⁷⁷⁸ Schumann, **a.g.m.**, s. 477.

⁷⁷⁹ Kuru, **C. II**, s. 1176; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 597, dn. 131; Nevhis Deren-Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, Alfa, İstanbul, 1996, s. 35 vd; Serdar Kale, **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 98.

görülmektedir⁷⁸⁰. Örneğin, üçüncü kişinin geçit hakkı kurabilmek maksadıyla komşu arazinin tapu siciline kaydedilmesi için dava açabileceği, içtihadı birleştirme kararıyla kabul edilmiştir⁷⁸¹. Buradan hareket edilerek, hakka tamamen yabancı üçüncü kişiye bile dava takip yetkisi tanıyan Yargıtay'ın, dava takip yetkisinin iradî devrine de izin vermesinin tutarlı olacağı iddia edilmiştir⁷⁸². Yargıtay, başka bir kararında, tek bir mirasçı tarafından açılan davaya sonradan diğer mirasçıların icâzet verebileceklerine ve icâzet veren mirasçıların da davada yer almalarına gerek olmadığına hükmetmiştir⁷⁸³. Bu karar öğretide, davaya icâzet verenlerin de taraf olmaları gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷⁸⁴.

Öğretide bir görüş, hem Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun ilgili hükmü hem de Yargıtay'ın eğiliminden yola çıkarak Türk hukukunda dava takip yetkisinin iradî devrinin mümkün olması gerektiğini iddia etmiştir⁷⁸⁵. Öğretide diğer bir görüşe göre ise kanunda buna izin verilmedikçe üçüncü kişiye dava takip yetkisinin devredilmesi mümkün değildir⁷⁸⁶. Kanaatimizce de, kanun açıkça yetki vermedikçe hak sahibinin dava takip yetkisini üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün

⁷⁸⁰ İBK 11.2.1956, 14/13, RG 5.6.1959 – 10223; ayrıca bkz. Necmeddin M. Berkin, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 60; Hanağası, **a.g.e.**, s. 187 vd.

⁷⁸¹ “[...] *Tariki âmme çıkmak için kâfi bir yolu bulunmayan zilyedin eğer o gayrimenkulu tescil ettirmek hakkını kazanmışsa evvelâ o gayrimenkulunu tapuya tescil ettirdikten ve geçit hakkına mevzu olacak komşu gayrimenkul da tapuda kayıtlı olmayıp o gayrimenkulun zilyedi lehine iktisap şartları tahakkuk etmişse lüzumlu geçit hakkını haiz olan şahsın hukukî menfaati dolayısıyla sözü geçen bu gayrimenkulun zilyed adına tescilini talep ve temin ettikten sonra lüzumlu geçit isteme hakkını kullanması lâzımdır [...]*” İBK 11.2.1956, 14/13, RG 5.6.1959 – 10223; bu kararın farklı bir açıdan değerlendirilmesi için bkz. Postacioğlu, **a.g.e.**, s. 200 vd; Yine Yargıtay’a göre, taşınmaz üzerinde ¼ payı bulunan paydaş, ¾ hisseli diğer paydaşın payının tapuya tescili için dava açabilir (Yarg. HGK, 10.1.1968, E. 1968/8, K. 1968/1083-8, (ABD, 1968/2, s. 304).

⁷⁸² Alangoya, **a.g.m.**, s. 36.

⁷⁸³ “[...] *Mirasçılardan birinin dava açmasından sonra diğer mirasçıların yazılı olarak açılmış olan davaya muvafakat ettiklerim bildirmeleri davaya icazet demektir. Bu halde ayrıca davacı sıfatını almalarına da lüzum yoktur [...]*” Yarg. HGK 11.12.1971, 5/245-136 (İBD, 1972/1-2, s. 61 vd).

⁷⁸⁴ Kuru, **C. I**, s. 989.

⁷⁸⁵ Alangoya, **a.g.m.**, s. 36; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 36.

⁷⁸⁶ Dişel Kumru, **a.g.t.**, s. 86; Pekcanitez/Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl**, s. 597; ayrıca bkz. Börü, **Devir**, s. 286.

olmamalıdır. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme olmadığı için Türk hukukunda dava takip yetkisinin iradî devrinin mümkün olmaması gerekir.

Bununla birlikte, en azından ortaklığın giderilmesi davası açısından bunun mümkün olabileceğini belirten kanunî bir düzenleme yapılması da isabetli olur. Bu şekilde bir düzenleme, bu davaların daha hızlı tamamlanmasına imkân tanıyabilir. Çünkü paydaş sayısının çok fazla olduğu durumlarda, tüm tarafların davaya dâhil edilmeleri oldukça uzun zaman alır. Üstelik davaya dâhil edilecek olan tarafın kendisi de belki davacı gibi paylaştırma isteyebilecektir. Öyleyse bunun daha dava açılmadan tespit edilmesi ve davada sadece paylaştırmaya karşı çıkan paydaşların yer almaları daha uygun olur. Yine davada daha az paydaşın bulunması, yargılama giderlerinin (vekâlet ücreti ve harçlar) de azalmasını sağlayacaktır⁷⁸⁷.

Ç. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Taraf Değişikliği

1. İradî Taraf Değişikliği

Bir davada mevcut tarafların değişmesi mümkündür. Bu değişim, mevcut tarafın yanına yeni bir tarafın eklenmesi yoluyla olabileceği gibi⁷⁸⁸ davanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin davacı ya da davalı taraf ile yer değiştirmesi şeklinde de olabilir⁷⁸⁹. Tarafta değişme kanundan veya tarafların iradesinden kaynaklanır⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 138.

⁷⁸⁸ Hülya Taş Korkmaz, **Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 303 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 148; Bu duruma tarafta genişleme adı verilir (Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 303 vd; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 112; Tolga Akkaya, “Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m. 124)”, **Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 898; ayrıca bkz. Levent Börü, “Tarafta (İradî) Değişim (HMK m. 124)”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 588). Öğretide bu durum ile üçüncü kişinin davanın taraflarından biriyle yer değiştirmesinin birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Tarafta genişleme durumunda dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanması görüşü hakkında bkz. Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 32; Alangoya, **a.g.m.**, s. 176vd; Akkaya, **a.g.m.**, s. 936; Börü, **Taraf**, s. 589; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 113.

⁷⁸⁹ Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 105 vd; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 110; Alangoya, **a.g.m.**, s. 141; Akkaya, **a.g.m.**, s. 898; Börü, **Taraf**, s. 589.

⁷⁹⁰ Taş Korkmaz, **a.g.e.**, 103 vd, 110 vd; Akkaya, **a.g.m.**, s. 899 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 148; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 175; Börü, **Taraf**, s. 589.

İradî taraf değişikliği, tarafların iradesiyle davanın tarafı olmayan üçüncü bir kişinin davacı ya da davalı taraf ile yer değiştirmesidir⁷⁹¹. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi uygulanır.

İradî taraf değişikliği için kural olarak karşı tarafın rızası gerekir (HMK m. 124/1)⁷⁹². Bu kural ortaklığın giderilmesi davasında kanaatimizce farklı bir şekilde uygulanır. Çünkü bu davada usûl ilişkisi her bir paydaş ile kalan diğer paydaşlar arasında kurulur⁷⁹³. Dolayısıyla davalı tarafta bulunan paydaşlardan birinin değiştirilmesi durumunda sadece davalı paydaşlar değil aynı zamanda davacı tarafta bulunan diğer paydaşların da rızası aranmalıdır. Bu, ortaklığın giderilmesi davasında her iki tarafın aynı anda davacı ve davalı olarak değerlendirilmesinin de bir sonucudur.

Normal bir davada davalının değiştirilmesini sadece davacı isteyebilir (HMK m. 124/1). Oysa ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı yapısı gereği davalı tarafta bulunan paydaş, yine davalı tarafta bulunan diğer paydaşın değiştirilmesini kanaatimizce talep edebilmelidir. Böylece davacının hatalı işlemi davalı tarafından da düzeltilebilir. Çünkü paylaşırma isteyen davalının bunda menfaati bulunur. Aksi takdirde davalı olarak gösterilmesi gerekirken davacı tarafından hataen başka bir kişinin davalı olarak gösterilmesi durumunda diğer davalıların bunu düzelttirememesi paylaşırma hükmü elde edilememesine neden olacaktır. Davalıya bu şekilde bir yetkinin verilmesi kanaatimizce tasarruf ilkesinin (davalı tarafı belirlemek konusunda davacının serbestisi)⁷⁹⁴ davacı açısından ihlâl edilmesi anlamına gelmez. Çünkü bu dava sadece davacının değil aynı zamanda davalının

⁷⁹¹ Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 32 vd; Akkaya, **a.g.m.**, s. 898; Börü, **Taraf**, s. 589; Herbert Roth, "Gewillkürter Parteiwechsel und Bindung an Prozeßlagen" **NJW**, 1988, s. 2978; İradî taraf değişikliğinin hukukî niteliği hakkında bkz, Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 203 vd; Akkaya, **a.g.m.**, s. 901; Börü, **Taraf**, s. 593; Udo Heinrich, **Der gewillkürte Parteiwechsel**, (Zur Rechtsnachfolge im Zivilprozess), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1990, s. 21 vd; ayrıca bkz. Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 120 vd.

⁷⁹² Bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 229 vd, 279 vd; Akkaya, **a.g.m.**, s. 903 vd; Börü, **Taraf**, s. 615 vd; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 150.

⁷⁹³ Bu konu hakkında bkz. yuk. II, Ç.

⁷⁹⁴ Tasarruf ilkesinin davacıya davalı tarafı belirlemek konusunda da bir serbestî tanıdığı hakkında bkz. Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

payı için de açılmış olup davalı bu işlemi kendi payının vermiş olduğu yetkiye dayanarak yapmaktadır.

Bazı durumlarda karşı tarafın rızası olmasa da tarafta değişiklik yapılması mümkündür. Örneğin, tarafın yanlış gösterilmesi maddî bir hatadan ileri gelirse veya tarafta değişiklik talebi dürüstlük kuralına aykırı değilse yahut tarafı yanlış göstermenin kabul edilebilir bir yanılığa dayanması durumunda hâkim, diğer tarafın rızasını aramadan tarafta değişiklik talebine izin verebilir (HMK m. 123/3-4).

Ortaklığın giderilmesi davasında taraf değişikliği genellikle taşınmazdaki pay sahibi yerine onun mirasbırakanına karşı açılması durumunda gündeme gelir. Örneğin, tapuda pay sahibi olarak görünen kişinin öldüğünü bilmeden ona karşı dava açılması durumunda sonradan bu kişinin mirasçıları davaya dâhil edilebilir. Nitekim Yargıtay’a göre de, bu davanın hak sahibi yerine miras bırakana karşı açılması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 124. maddesi kapsamında kabul edilebilir bir yanılığın olduğu için tarafta değişiklik talebi dürüstlük kuralına aykırı değildir⁷⁹⁵.

Bir kararında Yargıtay, davacının bu davayı uzatması amacının bulunmadığından hareket ederek, davacının tarafta değişiklik talebine izin verilebileceğini belirtmiştir. Bu karara konu olayda ilk derece mahkemesi taraf değişikliğini talebini reddetmiş ve gerekçe olarak da dava açılmadan önce tapu kayıtlarının incelenmesiyle doğru paydaşların belirlenebileceğini, bu sebeple talebin kabul edilebilir bir yanılığa dayanmadığını ileri sürmüştü⁷⁹⁶. Kanaatimizce,

⁷⁹⁵ “[...] Dava konusu taşınmazın maliki olan Osman kızı Feride’nin bu dava açılmadan önce vefat ettiği ve dosya içerisinde mirasçıları gösterir veraset ilamı bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının taşınmaz malikini tanıma imkânı bulunmaması nedeniyle bu davayı açarken mirasçıları yerine ölü kişi olan Feride N. B.’u hasım göstererek bu davayı açması kabul edilebilir bir yanılığa dayandığından HMK’nın 124. maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi kabul edilerek davacının Feride mirasçılarının davaya katılmalarını sağlamasına imkân verilmelidir [...]” Yarg. 14. HD, 23.5.2016, E. 2015/4156, K. 2016/6193 (Kazancı).

⁷⁹⁶ “[...] Ancak, ortaklığın giderilmesi davalarının niteliği ve davacı tarafın yargılamayı uzatmak yönünde bir niyetinin de bulunmadığı gözetilerek, mahkemece, H.M.K.nın 124. maddesi uyarınca davacıya davaya konu taşınmazların maliklerinin veya mirasçılarının davaya dahil edilmesi suretiyle eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verilmesi, bu süre içinde eksikliğin tamamlanması halinde davanın esastan incelenmesi [...]” Yarg. 14. HD, 24.6.2013, E. 2013/7512 K. 2013/9727 (Kazancı).

Yargıtay'ın buradaki gerekçesi uygun değildir. Yargıtay, davayı uzatmama amacının bulunmamasını bir anlamda talebin “dürüstlük kuralı”na da aykırı olmaması kapsamında değerlendirilmiş olabilir. Ancak sadece ortaklığın giderilmesi davası değil esasen tüm davalarda hakkına bir an önce kavuşmayı amaçlayan davacının davayı uzatma amacı olmadığı açıktır. Dolayısıyla sadece bu ölçüt, taraf değişikliği talebinin kabul edilebilmesi için yeterli olmamalıdır. Bununla birlikte ortaklığın giderilmesi davasında davacının yapmış olduğu bu hata, davacı gibi değerlendirilen davalıyı da etkiler. Öyle ki, taraf değişikliği talebine izin verilmeyip davanın reddedilmesi paylaştırmayı talep eden davalıyı da olumsuz etkileyecektir. Zira bu ihtimâlde yeniden bir dava açılması gerekecek ve tarafın yanlış olarak belirlenmesinde bir hatası olmayan paydaş için de davanın uzaması söz konusu olacaktır. Öyleyse mahkemenin bu hususu gözeterek tarafta değişiklik talebini kabul etmesi kanaatimizce daha isabetli olur.

2. Kanunî Taraf Değişikliği

Davada tarafların değişmesi bazen kanundan kaynaklanır⁷⁹⁷. Bu durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi değil Kanun'un ilgili hükümleri uygulanır⁷⁹⁸.

Taraflardan birinin dava devam ederken ölmesi durumunda, ölen kişinin mirasçıları davaya dâhil edilir (HMK m. 55)⁷⁹⁹. Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlardan birinin ölmesi hâlinde, davaya mirasçıların dâhil edilmesi gerekir. Birden fazla mirasçı varsa bunların hepsi davaya dâhil edilmelidir⁸⁰⁰. Çünkü mirasçılar terekeye elbirliği mülkiyetiyle sahip olup tereke ait haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler (TMK m. 640/2; HMK m. 59/1).

⁷⁹⁷ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 124 vd; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 149.

⁷⁹⁸ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 109 vd; ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 149.

⁷⁹⁹ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 114 vd.

⁸⁰⁰ Yarg. 14. HD, 8.10.2018, E. 2016/3649, K. 2018/6442 (Kazancı).

Yine paydaşlardan biri dava devam ederken payının tamamını veya bir kısmını üçüncü bir kişiye devredebilir. Böyle bir durumda, dava konusunun devrine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi uygulanır⁸⁰¹.

Taraflardan biri, çeşitli sebeplerle davada dava takip yetkisini kaybedebilir. Paylaştırma davasında da böyle bir duruma rastlanılabilir. Örneğin, paylaştırma davası devam ederken mirasçının alacaklısı icra mahkemesinden dava takip yetkisi alabilir⁸⁰². Bu ihtimâlde alacaklı yeni bir paylaştırma davası açamayıp mevcut paylaştırma davasında dava takip yetkisini kaybeden paydaş yerine geçmelidir⁸⁰³. Bu geçişin hangi hükümlere göre gerçekleştirileceğinin tespit edilmesi gerekir. Alman hukukundaki hâkim görüşe göre, burada taraf değişikliği hükümleri uygulanmalıdır⁸⁰⁴. Türk hukukunda ise sadece dava takip yetkisini kaybetmiş olmanın dava konusunun devrine ilişkin hükümlerin (HMK m. 125) uygulanmasına sebebiyet vermeyeceği; 125. maddenin uygulanması için davada sıfatın da kaybedilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir⁸⁰⁵.

Gerçekten burada bir devir işlemi olmadığı için mirasçının davada sıfatı vardır; ancak o, dava takip yetkisini kaybettiği için artık davada işlemler yapamaz. Bu işlemlerin artık dava yetkini tarafından yapılması gerekir. Öyleyse dava yetkini bu davada bir şekilde mirasçının yerine dâhil edilmelidir. Kanaatimizce burada en azından bu geçiş açısından, dava konusunun devrine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi uygulanmalıdır. Böylece dava yetkini, tarafların veya mahkemenin rızasına ihtiyaç duymadan mirasçının yerine dâhil edilmiş olur.

⁸⁰¹ Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 124 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 277 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 149; bu konu hakkında bkz. aşağıda X, B.

⁸⁰² Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, A, 2, b.

⁸⁰³ Bu yönde bkz. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 640.

⁸⁰⁴ Hâkim görüşün bu olduğu yönünde bkz. Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 115; Börü, **Devir**, s.284 vd.

⁸⁰⁵ Börü, **Devir**, s. 286.

D. Davada Taraf Rollerinin Değişmesi Kavramı ve Ortaklığın Giderilmesi Davası Açısından Uygulanması

1. Taraf Rollerinin Değişmesi Kavramı

Medenî usûl hukukundaki iki taraf prensibine göre, davada taraf rolleri (davacı ve davalı rolü) sabit olup bunun dava sırasında değişmesi mümkün değildir⁸⁰⁶. Davada taraf rollerinin değişmesi, davanın açılmasından sonra davacı konumunda bulunan tarafın davalı tarafa; davalı konumunda bulunan tarafın davacı tarafa geçmesidir. Bu kavram, özellikle Alman hukukunda *Schmidt* tarafından ele alınmıştır⁸⁰⁷. *Schmidt*, bazı davalar açısından bunun gündeme gelebileceğini ve bu durumda artık taraf değişikliği hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini iddia eder⁸⁰⁸. Yazar, şöyle bir örnekten yola çıkar⁸⁰⁹:

Dört kişiden oluşan bir şahıs şirketinde, iki ortak (A ve B), bu şirketin tasfiyesini isterken; diğer iki ortak (C ve D) buna karşı çıkarsa, bu konuda açılacak davanın davacıları (A) ve (B); davalıları (C) ve (D) olur. Dava esnasında, (B)'nin çeşitli sebeplerle artık şirketin tasfiyesini istememesi durumunda, davada nasıl hareket edilmelidir? Aynı soru, bu sefer davalılardan birinin görüş değiştirerek şirketin tasfiyesini istemesi durumunda da ortaya atılabilir.

Davacı taraftan davalı tarafa geçiş, iki taraf prensibine göre davacı (B)'nin öncelikle davasını geri almasını gerektirir. Davanın geri alınması, davalıların rızasına bağlıdır. Bundan sonra davacı (A), davasını aynı zamanda (B)'ye de yöneltmelidir. *Schmidt*, bu usûlün davayı karmaşık hâle getireceğini ve yavaşlatacağını iddia eder⁸¹⁰. Yazara göre taraf rolleri diğer tarafın rızasına gerek olmadan, kendiliğinden değişmelidir⁸¹¹. Ancak bu görüş, tasarruf ilkesine aykırı bir sonuç doğurduğu

⁸⁰⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. II, A.

⁸⁰⁷ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147.

⁸⁰⁸ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147.

⁸⁰⁹ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147; Bu konu hakkında ayrıca bkz. yuk. II, C.

⁸¹⁰ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147 vd.

⁸¹¹ Schmidt, **a.g.e.**, s. 147 vd.

gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸¹². Zira tasarruf ilkesi, davacıya davanın konusu yanında davalı tarafı belirlemek açısından da bir serbestlik getirir⁸¹³. Oysa bu ihtimâlde, davacının rızası olmadan yeni bir kişi davalı tarafa geçmekte; başka bir ifadeyle, davacı bu kişiye de dava açmaya zorlanmaktadır⁸¹⁴.

Davalı taraftan davacı tarafa geçiş için tarafların rızasının aranmaması da sakıncalı bulunmuştur⁸¹⁵. Zira davalılardan birinin davacı tarafa geçmesi, diğer davalının yargılama giderlerinden sorumluluğunu ağırlaştırabilir⁸¹⁶. Bu ise, özellikle yargılamanın öngörülebilir olması ilkesine aykırıdır⁸¹⁷.

Schmidt'in “rol değişikliği” görüşünü bu yönleriyle eleştiren *Mantzouriannis*'e göre, yukarıdaki örneklerde dahi taraf değişikliği hükümleri uygulanmalıdır⁸¹⁸. Yazara göre, böylece önceki yargılamada ortaya çıkan sonuçlar da korunmuş olur⁸¹⁹. Davalı taraftan davacı tarafa geçiş açısından da aynı durum geçerli olmalıdır⁸²⁰. Bu ihtimâlde, her ne kadar diğer davalının rızasına ihtiyaç duyulsa da bu rızanın gösterilmeyişi, yazara göre hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir⁸²¹.

Türk hukuku açısından bu konu kanaatimizce çift taraflı dava kavramı yardımıyla çözülebilir. Çünkü çift taraflı davada taraf rolleri sabit değil değişkendir. Bu davada bir taraftan diğer tarafa geçiş gibi bir durum söz konusu olmayıp taraflar aynı anda hem davacı hem de davalı olarak değerlendirilir⁸²². Böylece iki taraf

⁸¹² Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

⁸¹³ Tasarruf ilkesinin bu unsuru hakkında bkz. Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 279.

⁸¹⁴ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

⁸¹⁵ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

⁸¹⁶ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

⁸¹⁷ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 308.

⁸¹⁸ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

⁸¹⁹ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

⁸²⁰ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

⁸²¹ Mantzourannis, **a.g.e.**, s. 307.

⁸²² Bu konu hakkında bkz. yuk. III, A, 2 ve ayrıca bkz. yuk. III, B, 1.

prensibinin yaratmış olduğu yukarıdaki sıkıntı, çift taraflı davalarda hiç ortaya çıkmamış olur.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davası Açısından Değerlendirilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasında da, taraf rollerinde bir değişme olabileceği iddia edilebilir. Öğreti ve yargı kararlarında rol değişikliği kavramı kullanılmadan bazı durumlarda, davacının davalı konumuna ve davalının da davacı konumuna geçeceği belirtilmiştir. Örneğin, davacının davasından feragat etmesine rağmen davalının davaya devam etmek istemesi durumunda, davacı paydaş davalı; davalı paydaş da davacı konumuna geçer⁸²³. Yine davacının yerine getiremediği dava şartı eksikliğini tamamlayan davalı, davacı konumuna geçer⁸²⁴. Aynı şekilde Yargıtay’a göre, işleminden kaldırılan dosyanın yenilenmesi talebinde bulunan davalı, davacı konumuna geçmiş olur⁸²⁵.

Bir yandan bu davalarda taraf rollerinin iç içe geçtiği iddia edilip diğer yandan davacının davalı konumuna, davalının da davacı konumuna geçebileceğini savunmak kanaatimizce çelişkilidir. Bu sebeple, çift taraflı davalardan olan ve dava taraflarının aynı anda hem davacı hem davalı rolüne sahip oldukları ortaklığın giderilmesi davasında, yukarıdaki tespit çok önemli bir sonuç doğurmaz. Burada belki harç ve masraflar konusunda öncelikli olarak sorumlu olan tarafın değiştiği iddia edilebilir. Örneğin, davayı yenileyen paydaşın artık davacı konumuna geçtiği

⁸²³ Aybay, **Taksim**, s. 46; ayrıca bkz. “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları özellikleri itibariyle çift taraflı davalarda olup, davacının feragati, diğer tarafın davayı takip etmek istemesi hâlinde, davayı yürütmek isteyen kimse diğer davalardan farklı olarak davacı durumuna geçer [...]” Yarg. 6. HD, 2.5.1974, E. 1974/2168, K. 1974/2139 (**İBD**, 1975/1-2, s. 111); “[...] davalı da ortaklığın giderilmesini istediğine göre olayda davacı niteliğini kazanacağından [...]” Yarg. HGK, 2.2.1977, E. 1977/6-2895, K. 1977/104 (**İKİD**, 1978/211, s. 6234).

⁸²⁴ Kuru, **C. VI**, s. 6266.

⁸²⁵ “[...] Paydaş A. tarafından açılan dava kendisi tarafından takip edilmemesi nedeniyle müracaata kalmış ve aradan 6 ay geçtiği cihetle dosya muameleden kaldırılmıştır. Bu arada davacı payını F. isminde birisine satmıştır. Bu kez işleminden kaldırılan dosyayı davalılardan M. harcını vermek suretiyle yenilemiş ve bu yenileme dilekçesinde F. 'yi bir satıcının halefi olarak davaya dahil etmiştir. Ortaklığın giderilmesi davalarının özelliği itibariyle yani çift taraflı dava olması nedeniyle davayı yenilemek suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyen davalı diğer davalardan farklı olarak davacı durumuna girer [...]” Yarg. 6. HD, 09.10.1972, E. 1972/3789, K. 1972/3509 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 215).

ve onun şimdi peşin alınacak harç ve masraflardan öncelikli olarak sorumlu olduğu ileri sürülebilir. Ancak bu durum da, bu dava açısından büyük bir önemi haiz değildir. Zira bu davada tüm paydaşlar, yargılama giderlerinden payları oranında sorumlu olur⁸²⁶.

Dava esnasında tarafların paylaştırmaya ilişkin taleplerini değiştirmesi de, onların konumlarında bir değişiklik yaratmaz. Zira bu davada her iki tarafta bulunan paydaşlar, ileri sürmüş oldukları talepler ne şekilde olursa olsun, aynı anda hem davacı ve hem davalı rolüne sahip olur.

Görüldüğü üzere çift taraflı dava teorisiyle, yargılama esnasında ortaya çıkabilecek karışıklığın da önüne geçilir. Zira bu teorinin iddia ettiği taraf rollerinin iç içe geçmesi durumu, davaya daha esnek bir şekil verir. Böylece bu davada taraf değişikliğine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmez. Bu durum da, davanın daha basit bir şekilde görülmesine imkân sağlar.

E. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Tarafların Temsili

1. Kanunî Temsil

Dava ehliyetine sahip olmayan taraflar, davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir (HMK m. 52/1). Kanuni temsilcinin kim olduğu, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre tespit edilir.

Ortaklığın giderilmesi davasında davanın bir tarafı ile onun kanunî temsilcisi arasında menfaat çatışması yaşanabilir. Örneğin, taraflardan biri diğer tarafın kanunî temsilcisi ise burada menfaat çatışması söz konusu olur. Yargıtay'a göre, aynı zamanda paydaş olan yasal temsilci, velâyeti altında bulunan kişiler adına ortaklığın giderilmesi davası açamaz⁸²⁷. Bir işte yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının

⁸²⁶ Bu konu hakkında bkz. aşı. XV, B.

⁸²⁷ “[...] Ayrıca; TMK'nun 426/2. maddesine göre, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışırsa, vesayet makamının, ilgisinin istemi üzerine veya re'sen temsil kayyımı ataması gerekmektedir. Ortaklığın giderilmesi çift taraflı dava olduğundan, davacılar F.G. ve E.G. ile davacı S.G.'ün menfaati çatışmaktadır. F.G. ve E.G.'e velayeten S.G. dava açamaz. Mahkemece, annenin hukuki yararı ile çocukların hukuki yararı çatıştığından;

menfaatinin çatışması, Türk Medenî Kanunu'nda kayyım atanmasını gerektiren bir sebep olarak düzenlenmiştir (m. 426). Bir tarafın diğer tarafın vasisi olması durumunda da, kısıtlı olan taraf için kayyım atanmadan davanın görülmesi mümkün değildir⁸²⁸. Vasi olarak atanan kişi ile kısıtlanan kişinin birlikte davalı tarafta olmasının da bir önemi olmayıp⁸²⁹, bu ihtimâlde de kısıtlı olan taraf için kayyım atanması gerekir⁸³⁰.

Menfaat çatışması durumunda dava ehliyeti bulunmayan kimselerin davada temsil edilebilmeleri için ilgili vesayet makamına başvurulmalıdır. Burada görevli mahkeme, kendisine kayyım atanacak kimsenin yerleşim yerinin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesidir (TMK m. 430). Kayyım atanması için başvurulacak mahkeme ile ortaklığın giderilmesi davasının görüldüğü mahkeme farklı olabilir. Bu durumda,

çocuklar F.G. ve E.G.'e kayyım tayin ettirilmesi, davaya kayyım tarafından devam edilmesi ve kayyımın gösterdiği takdirde delilleri toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, çocuklar F.G. ve E.G.'e kayyım tayin edilmeden karar verilmesi doğru görülmemiş bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir [...]" Yarg. 14. HD, 9.2.2016, E. 2014/16884, K. 2016/1654 (Kazancı).

⁸²⁸ “[...] Somut olaya gelince; davalı Erhan E.'ün kısıtlı olduğu ve vasi olarak kendisine davacı Orhan E.'ün atandığı dosya içerisindeki Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 23.05.2012 tarihli 2012/216 Esas-2012/488 Karar ilamından anlaşılmaktadır. Davada taraf olarak gösterilen davalı Erhan E. ile davacı kısıtlının vasisi Orhan E. arasında menfaat çatışması bulunmaktadır. Kısıtlı Erhan E.'ü bu davada temsil etmek üzere bir kayyım tayin edilmesi ve husumetin kayyımaya yöneltilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir [...]” (Yarg. 14. HD, 3.6.2014, E. 2014/6241, K. 2014/7335) (Kazancı); “[...] Somut olaya gelince; dosya içerisindeki Hukuk Mahkemesi'nin 05.07.2012 tarih ve 2012/265 Esas 2012/795 Karar sayılı kararıyla davalılardan n kısıtlandığı, vasi olarak kendisine davalılardan ...'in atandığı anlaşıldığından, davalılar ... ile....arasında çıkar çatışması meydana geldiği görülmektedir. Bu durumda, kısıtlı bu davada temsil etmek üzere bir kayyım tayin edilmesi ve husumetin kayyımaya yöneltilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 12.03.2018, E. 2017/5946, K. 2018/1816 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁸²⁹ Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlar arasında dava arkadaşlığı ilişkisinin bulunmadığı hakkında bkz. yuk. VIII, B, 2.

⁸³⁰ “[...] Dava konusu 17 parsel sayılı taşınmazın elbirliği halindeki maliklerinden olan davalı davalı ...'in ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 14.04.2015 tarih ve 2015/102 esas, 2015/216 karar sayılı ilamı ile kısıtlandığı ve davalı ...'in vasi olarak atandığı anlaşılmıştır. Mahkemece, niteliği gereği çift taraflı olan ortaklığın giderilmesi davasında kısıtlı-davalı ...'i, kendisi de davalı olan vasi ...'in aralarında menfaat çatışması olduğundan temsil edemeyeceği, kısıtlıyı davada temsil etmesi için kayyım atanması ve taraf teşkilinin bu şekilde sağlandıktan sonra işin esasına girilmesinin gerektiği gözetilmeden [...]” Yarg. 14. HD, 18.9.2017, E. 2015/16147, K. 2017/6516 (Kazancı).

ortaklığın giderilmesi davasının görüldüğü mahkeme, kayyım atanmasının talep edildiği yargılamanın sonucunu bekletici sorun yapmalıdır.

2. İradî Temsil

Dava ehliyeti bulunan taraf, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla takip edebilir (HMK m. 71/1). Vekâlet görevi, Avukatlık Kanunu'na göre kural olarak ancak baroda kayıtlı avukatlar tarafından üstlenilir (Av K m. 35).

Avukat, bazı durumlarda, kendisine teklif edilen işi reddetmek zorundadır. Bu durumlardan biri de, aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olmaktır (AvK m. 38/1-b)⁸³¹.

Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukukî yardımda bulunan avukat, menfaati çatışan öbür tarafa hiçbir hukukî yardımda bulunamaz (TBB Meslek Kuralları m. 36). Hukukî yardımda bulunma yasağı, avukatların hem ortakları hem de yanlarında çalıştırdıkları diğer avukatlar için söz konusudur (AvK m. 38/2)⁸³². Çünkü aynı yerde birlikte çalışan avukatların, diğerlerinin müvekkilleriyle ilgili bilgilere ulaşabilecek olmaları, sır saklama yükümlülüğünün ihlâl edilmesine neden olabilir⁸³³. Alman Anayasa Mahkemesi, bu yasağın avukatlık ortaklığı gibi topluluklar için genişletilmesinin, meslek özgürlüğü (GG Art. 12) hakkını ihlâl etmediğine karar vermiştir⁸³⁴. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'na göre, menfaat çatışması içinde bulunan tarafların bu yöndeki rızaları da, bu yasağı ortadan kaldırmaz. Zira avukat, kendisine karşı da bağımsızlığını korumalıdır⁸³⁵. Alman

⁸³¹ Bu maddeye aykırılığın cezaî yaptırımını olabileceği hakkında bkz. Meral Sungurtekin Özkan, **Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, 2. Bası, Barış Yayınları, İzmir, 1999, s. 296.

⁸³² İsviçre hukukunda da aynı durum geçerlidir (Giovanni Andre Testa, **Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten**, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, s. 97).

⁸³³ Wolfgang Hartung, **Hartung Anwaltliche Berufsordnung: BerufsO**, 3. Aufl. C.H.Beck, München, 2006, § 3 BORA, Rdn. 104.

⁸³⁴ Karar için bkz. BVerfG, 20. 07. 2006 - 1 BvR 594/06 - Rndr. 16.

⁸³⁵ TBBDK, 01.11.2013, E. 2012/479 K. 2013/26 (<http://www.barobirlik.org.tr/DisiplinKarari354.tbb>) (Erişim: 13.09.2017).

hukukundaysa, böyle bir temsilin sonuçları hakkında bilgi alan taraflar, buna rıza gösterirse birlikte temsil kural olarak mümkündür (§ BORA 3, Abs. 2).

Bir davada menfaat çatışması, genellikle davacı ve davalı taraflar arasında yaşanır. Bu sebeple, bu kişiler, aynı avukatla temsil edilemez. Ancak menfaat çatışması açısından ortaklığın giderilmesi davasında özel bir durum mevcuttur. Zira bu davada, aynı tarafta bulunan paydaşlar arasında da bir menfaat çatışması ortaya çıkabilir. Çünkü bu davada davalı konumunda bulunan bir paydaş davanın reddini, diğeri aynen paylaştırmayı, ötekisi satış yoluyla paylaştırmayı talep edebilir. Bu ihtimâlde, bu üç davalı arasında da bir menfaat çatışması mevcuttur. Öyleyse bu davada, bu kişilerin aynı avukatla temsil edilmeleri kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

Aynı tarafta bulunan paydaşlar, ancak menfaatleri örtüşmesi şartıyla, aynı avukatla temsil edilebilir⁸³⁶. Zürih Kantonu Avukatlık Denetim Komisyonu'na göre, uyumsuzluğun esaslı noktalarında uzlaşılmışsa, tarafların menfaatlerinin örtüştüğü kabul edilmelidir⁸³⁷. Ancak bu ölçüt belirsiz görünmektedir. Kanaatimizce burada tarafların talep sonuçlarına bakılmalıdır. Talep sonuçları aynı olan taraflar, aynı avukatla temsil edilebilmelidir. Örneğin, aynı paylaşırma türünü talep eden paydaşların aynı avukatla temsil edilmelerine bir engel yoktur. Hatta aynı talepte bulunmaları şartıyla, kanaatimizce, davacı ve davalı tarafta bulunan paydaşlar dahi aynı avukatla temsil edilebilir. Birlikte temsil için, paylaşırma talebinde uzlaşmak yeterli olmayıp paylaşırma türünde de uzlaşılması gerekir. Aynen paylaşırma talep eden paydaş ile satış talep eden paydaş arasında bir menfaat çatışması vardır ve kanaatimizce bunlar birlikte temsil edilemez.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, henüz mevcut olmamakla birlikte ileride menfaat çatışması doğması ihtimâli, birlikte temsile engel olmaz⁸³⁸. Bununla birlikte avukat, en baştan itibaren olası çatışma durumunu dikkate alarak temsil ettiği

⁸³⁶ BGE 134 II 108; René Strazzer, "Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis", **SAV Erbrecht**, 10.01.2013, s. 115 (<https://bit.ly/2xfgcnA>) (Erişim: 13.09.2017).

⁸³⁷ Karar için bkz. Testa, **a.g.e.**, s. 110 vd.

⁸³⁸ BGE 134 II 108.

kişilerden sadece birinin lehine sonuç doğurabilecek işlemleri yapmaktan da kaçınmalıdır. Alman hukunda ise, olası çatışma ihtimâlinin, birlikte temsile engel olduğu ifade edilir⁸³⁹.

Ortaklığın giderilmesi davasında menfaat çatışması, ilk derece yargılamasında ortaya çıkabileceği gibi kanun yolu aşamasında da gerçekleşebilir. Çünkü bu davada her bir paydaş, hükmü diğerlerinden bağımsız olarak kanun yoluna taşıyabilir. Bu durumda kanun yolu aşamasında, hükmü kanun yoluna götüren ve götürmeyen olmak üzere iki grup olacaktır. Sadece davacılardan biri hükmü kanun yoluna götürürse, bu talep açısından diğer davacılar da karşı tarafta yer almak zorundadır⁸⁴⁰. Öğretideki bir görüşe göre, bu ve benzeri durumlarda avukat tüm müvekkilleri açısından istifa etmelidir⁸⁴¹. Avukatın sadece bir paydaş için görevini sürdürmeye devam etmesi uygun olmaz⁸⁴². Zira avukat diğer eski müvekkillerinin sırlarına vâkıftır. Bu, eski müvekkillerin aleyhine bir durum yaratır⁸⁴³.

Ortaklığın giderilmesi davasında her bir paydaş için karşı taraf, kendisi dışında kalan paydaşlardır⁸⁴⁴. Bu da, her zaman ileride bir menfaat çatışması ihtimâlini canlı tutar. Bu sebeple, her ne kadar talep sonuçları aynı olan paydaşların birlikte temsil edilmeleri kanaatimizce mümkünse de, her bir paydaşın farklı avukatlarla temsil edilmeleri yargılama ve paydaşlar için daha uygun olur⁸⁴⁵.

⁸³⁹ Wolfgang Hartung/Hartmut Scharmer, **Berufs- und Fachanwaltsordnung**, C. H. Beck, München 2016, § 3 Rdnr. 93 ff; Alman hukukunda, anlaşmalı boşanma davasında aynı avukatın tarafları birlikte temsil edememesinin nedeni de olası çatışma ihtimâlidir (Hartung/Scharmer, **a.g.e.**, Rdnr. 93 ff).

⁸⁴⁰ Bu konu hakkında bkz. aşağı. XVI, A, 2; ayrıca bkz. yuk. III, B, 2.

⁸⁴¹ Beat Hess, “Verbot von Interessenkollisionen bei Prozessvertretungen und bei beratender Tätigkeit”, **AWR**, 2005/1, s. 24.

⁸⁴² Stazzer, **a.g.m.**, s. 118.

⁸⁴³ Hess, **a.g.m.**, s. 24.

⁸⁴⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. II, Ç; ayrıca bkz. yuk. VIII, B, 2.

⁸⁴⁵ Stazzer, **a.g.m.**, s.116.

IX. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılama Usûlü

A. Genel Olarak

Ortaklığın giderilmesi davası, sulh hukuk mahkemesinde görülür⁸⁴⁶. Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren davalarda, basit yargılama usûlü uygulanır (HMK m. 316/1-a). Bu sebeple, ortaklığın giderilmesi davasında da basit yargılama usûlüne ilişkin kurallar (HMK m. 316 – 322) uygulanmalıdır.

Satış yoluyla paylaşırma hükmünden sonra, satış işlemlerine karşı yapılabilecek itiraz ve şikâyetler açısından da sulh hukuk mahkemesi görevlidir⁸⁴⁷. Fakat mahkeme bu uyuşmazlığı icra mahkemesi gibi ele alır. Böyle bir durumda sulh hukuk mahkemesi, ortaklığın giderilmesi davasındaki bazı yargılama kurallarını, burada uygulayamaz. Örneğin, ihalenin feshi talebinde sulh hukuk mahkemesi, taraflar duruşmaya katılmasa bile uyuşmazlığı görmeye devam etmelidir⁸⁴⁸.

B. Dilekçeler Aşaması

1. Dava Dilekçesi

Ortaklığın giderilmesi davası, diğer davalarda olduğu gibi bir dilekçeyle açılır (HMK m. 317/1). Davanın açılmasına bağlanan sonuçlar bakımından ortaklığın giderilmesi davası, kural olarak diğer davalardan ayrı bir özellik arz etmez⁸⁴⁹. Şu

⁸⁴⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. VI, A.

⁸⁴⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. VI, A, 4.

⁸⁴⁸ Bu yöndeki karar için bkz. Yarg. 12. HD, 13.6.2006, E. 2006/10245, K. 2006/12677 (Kazancı); ayrıca bkz. yuk. VI, A, 4.

⁸⁴⁹ Belirtmek gerekir ki, davanın açıldığı an bazı durumlarda icra hukuku bakımından önem kazanabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 135. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri" tebliğ edilir. Söz konusu madde, ortaklığın giderilmesi davası sonucu satılan taşınmaz bakımından da uygulanır. Yargıtay, söz konusu maddede "hacizden evvelki bir tarihte yapılan" ibaresini, ortaklığın giderilmesi davası sonucu satılan taşınmaz bakımından, ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı an olarak yorumlamaktadır. Bkz. "[...] Anılan hükme göre, alıcıya ihale edilen taşınmaz bir üçüncü kişi tarafından işgal edilmekte ise "ihalenin kesinleşmesi üzerine" alıcı, satış memurluğundan, üçüncü kişinin taşınmazdan çıkarılmasını isteyebilir. Dairemiz tarafından oluşturulan son

kadar ki, paylaştırmayı isteme hakkının kullanılması açısından bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre söz konusu olmadığından⁸⁵⁰, davanın açılması ile zamanaşımının kesileceğini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 155. maddesi burada uygulanmaz.

Ortaklığın giderilmesi davası, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar açısından diğer davalardan ayrı bir özellik göstermez (HMK m. 119). Dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunun gösterilmesi, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biridir (HMK m. 119/1-ğ). Ortaklığın giderilmesi davasında davacı aynen ya da satış yoluyla paylaşırma talep edebilir⁸⁵¹. Aynen paylaştırmada, mal

içtihatlar uyarınca, Üçüncü kişi, Sulh Hukuk Mahkemesi'nde, taşınmazı, ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı tarihten önce yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanarak işgal etmekte olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. (m. 135/II). Üçüncü kişi, taşınmazı işgal etmekte haklı bulunduğunu, ortaklığın giderilmesi davasından önce yapılmış resmi bir belge ile ispat ederse, (örneğin; kiracı olduğunu ortaklığın giderilmesi davasından önce tapuya şerh verilmiş ya da ortaklığın giderilmesi davasından önce noterde düzenlenmiş veya onaylanmış bir kira sözleşmesi ile ispat ederse) Sulh Hukuk Mahkemesi, tahliye emrinin iptaline karar verir [...]" Yarg. 12. HD, 20.12.2012, E. 2012/21008, K. 2012/39050 (Kazancı).

⁸⁵⁰ Paylaştırmayı isteme hakkının, pay sahipliği devam ettikçe ileri sürülebileceği hakkında genel olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 169 vd; paylaştırmayı isteme hakkını talep hakkı olarak değerlendiren görüş dahi, bu hakkın zamanaşımına uğramayacağını ifade etmektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 604; benzer şekilde bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 137.). Paylaştırmayı isteme hakkının zamanaşımına uğramayacağı Alman Medenî Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir (§ BGB 758).

⁸⁵¹ Her ne kadar davada "ortaklığın giderilmesi" talep edilmiş olsa da, ileri sürülen vakılardan talebin "adî ortaklığın feshi"ne yönelik olduğu anlaşılmaktaysa, davanın bu kapsamda değerlendirilmesi ve kendisine bu talebin yöneltilmiş olduğu sulh hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerekir. Bkz. "[...] Davada, tarafların sözleşme ile ortak edindikleri ... adlı teknenin satışı suretiyle ortaklığın giderilmesi talep ve dava edilmiş, davalı davanın reddini savunmuş, mahkemece davanın kabulü ile dava konusu teknenin satışı yoluyla ortaklığın giderilmesine, teknenin muhamman bedelinin 5.000.000.000 lira olarak belirlenmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bir davada dayanılan maddi olguları açıklamak ve kanıtlamak tarafların, kanıtlanan olgulara göre o davayı hukuken nitelendirmek ve nitelendirmeye göre uygulanacak yasa maddelerini arayıp bulmak hakimnin görevidir. Dosya içeriğine göre; dava adî ortaklığın fesih ve tasfiyesi istemine (BK.mad.538.vd) ilişkin olup, ortaklığın giderilmesi davasına (MK. 698.vd) yönelik bulunmamaktadır. Bu niteliği itibariyle de, miktar ve değere bakılmaksızın Sulh Hukuk Mahkemesinde görülecek davalardan değildir [...]" Yarg. 3. HD, 5.6.2003, E. 2003/7124K. 2003/6961 (Kazancı).

parçalara ayrılır ve ayrılan bu parçalar her bir paydaşa özgülenir⁸⁵². Satış yoluyla paylaştırmada ise, malın satılmasından elde edilen değer, payları oranında paydaşlara dağıtılır⁸⁵³.

Ortaklığın giderilmesi davasında dava dilekçesinde sadece paylaştırma istenmesinin yeterli olup olmadığı; diğer bir ifadeyle, dava dilekçesinde ayrıca hangi paylaştırma türünün (aynen veya satış yoluyla paylaştırma) istendiğinin belirtilmesinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır.

İsviçre hukukundaki ağırlıklı görüşe göre, ortaklığın giderilmesi davasında sadece paylaştırma istemesi yeterli olup, ayrıca paylaştırma türü hakkında bir talepte bulunulması zorunlu değildir⁸⁵⁴. Öğretide azınlıkta kaldığı anlaşılan diğer bir görüşe göre ise, paylaştırma türünü belirtilmesi hukukî dinlenilme hakkı gereği zorunludur⁸⁵⁵.

İsviçre hukukunda paylaştırma türünün belirtilmesinin zorunlu olmadığı şeklindeki görüşün nedeni, İsviçre hukukunda paylaştırma türleri arasında bir öncelik sırasının bulunmaması⁸⁵⁶ olabilir. Zira İsviçre hukukunda hâkimin, paylaştırma

⁸⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 619; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 338; Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 138 vd; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s. 338.

⁸⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 564; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 340; Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 345; Eren, **Mülkiyet**, s. 122; Kurşat, **a.g.e.**, s.362.

⁸⁵⁴ Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 10; Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 18; Sutter-Somm, **Sachenrecht**, s. 121; Büchler/Jakob, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 8; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 17; ayrıca bkz. Christoph Hurni (Bearb.), **BK ZPO I**, Band. I, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012, Art. 58 Rdnr. 46. Örneğin, mirasın paylaştırılması davasında, davacının sadece “terekenin paylaştırılması”nı istemesi yeterlidir (Hurni, **BK ZPO I**, Art. 58, Rdnr. 46). Öğretideki bir görüşe göre, bu şekilde genel bir talep ancak davalının bazı bilgileri davacıyla paylaşmaması sebebiyle talep sonucunun tam olarak belirlenemediği durumlarda yapılabilir (Abt/Weibel, **Erbrecht**, s. 1468).

⁸⁵⁵ Arnold Escher, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640)**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1960, Art. 604, Rdnr. 5d.

⁸⁵⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. V, B.

türlerinden hangisine karar vereceği konusunda takdir hakkı vardır⁸⁵⁷. Bu bakımdan, sadece paylaştırma talebinin ileri sürülmesinin yeterli olması, İsviçre hukukundaki duruma uygun olabilir.

Buna karşılık, Türk hukuku açısından aynı sonuca varılamaz. Zira Türk hukuk öğretisinde, lafzî yoruma bağlı kalınarak, aynen paylaştırmanın satışa göre öncelikli olduğu kabul edilir⁸⁵⁸. Bunun en önemli sonucu, ortaklığın giderilmesi davasında yapılacak olan tahkikatın kapsamı bakımından kendini gösterir. Gerçekten paylaştırmanın türü tahkikatta yapılacak incelemeyi doğrudan etkiler. Örneğin, aynen paylaştırmanın istendiği davada, taşınmazın buna elverişli olup olmadığı incelenecek iken; sadece satışın istenmesi durumunda aynen paylaştırmaya ilişkin şartların ayrıca incelenmesine gerek olmaz. Öyleyse davacının paylaştırma türünü belirtmesi, tahkikatın kapsamının belirlenmesi açısından zorunludur.

Hangi paylaştırma türünün talep edildiğini davalının bilmesi, hukukî dinlenilme hakkı bakımından da önemlidir. Çünkü hukukî dinlenilme hakkı, karşı tarafın açıklamalarından bilgi sahibi olma hakkını da kapsar⁸⁵⁹. Örneğin, davacının sadece satış yoluyla paylaştırma talep ettiğini gören davalı, bu durumda aynen paylaştırma isteyebilir.

Son olarak, paylaştırma türünün belirtilmesi taşınmaz için açılacak olan paylaştırma davalarında tahsil edilecek harçlar bakımından da gereklidir⁸⁶⁰. Davanın başında kısmen alınacak olan harç miktarının belirlenebilmesi için paylaştırma türünün dava açılırken belli olması gerekir.

⁸⁵⁷ Bu yönde bkz. Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 13; Böhler/Jakob, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 11; buna işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 100 II 187, 193.

⁸⁵⁸ Aybay, **Taksim**, s. 66 vd; bu görüşler hakkında toplu olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 330, dn. 189; ayrıca bkz yuk. V, B.

⁸⁵⁹ Özkes, **Hukukî Dinlenilme**, s. 91 vd; ayrıca bkz. Hakan Pekcanıtez, “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Makaleler**, C. I, XII Levha, İstanbul, 2016, s. 535 vd; talep sonucunu belirleme zorunluluğunun nedenleri hakkında genel olarak bkz. Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 9 vd.

⁸⁶⁰ Bu konu hakkında bkz. aşağı. XV, A.

Yukarıda ortaya konulan gerekçelerle, paylaşırma türlerinden hangisinin istendiğinin dava dilekçesinde açıkça belirtilmesi zorunludur⁸⁶¹. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi durumunda ise, kanaatimizce dava dilekçesinde talep sonucu eksikliği hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hükmünün uygulanması gerekir. Bu hükme göre mahkeme eksikliğin tamamlanabilmesi için davacıya bir haftalık süre tanınmalı⁸⁶²; eksikliğin halen giderilmemiş olması durumunda ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir (HMK m. 119/2).

2. Cevap Dilekçesi

a. Paylaşırma Talebi

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı konumunda bulunan paydaş, kendisine dava dilekçesinin tebliğ edilmesi üzerine paylaşırma talep edebilir. Çift taraflı dava olan ortaklığın giderilmesi davasında davalının paylaşırma talebi için karşı dava açmasına gerek ve imkân olmadığı; onun karşı dava açmadan da karşı dava açmış gibi değerlendirileceği yukarıda ifade edilmişti⁸⁶³.

Ortaklığın giderilmesi davasında davacı gibi değerlendirilen davalı, hangi paylaşırma türünü talep ettiğini açıkça belirtmelidir⁸⁶⁴. Böylece davalı, paylaşırmanın aynen mi yoksa satış yoluyla mı yapılması gerektiği hakkındaki talebini cevap dilekçesinde ortaya koymalıdır. Mahkemece yapılacak olan tahkikatın kapsamının tam olarak belirlenebilmesi için, davalının paylaşırma türünü açıkça

⁸⁶¹ Öğretilde, çoğunluk görüşünden ayrılarak paylaşırma türleri arasında bir öncelik bulunmadığını ifade eden yazarlar (Aybay, **Taksim**, s. 41; Kurşat, **a.g.e.**, s. 332), bu görüşlerine tutarlı olarak davacının paylaşırma türünü belirtmeden de dava açabileceğini iddia etmektedir (Aybay, **Taksim**, s. 41; Kurşat, **a.g.e.**, s. 312). Ancak Türk hukuku açısından paylaşırma türünün belirtilmesi zorunluluğu, sadece paylaşırma türleri arasında öncelik ilişkisinin bulunmasından kaynaklanmayıp paylaşırma türünün belirtilmesi, hukuki dinlenilme hakkı ve davanın başında alınacak olan harç miktarları bakımından gereklidir.

⁸⁶² Talep sonucunun açık olmaması durumunda hâkimin buna ilişkin açıklama yaptırabileceği hakkında genel olarak bkz. Cemil Simil, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1355 vd.

⁸⁶³ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B, 2.

⁸⁶⁴ k.g. Christian Stalder, “Rechtsbegehren in familienrechtlichen Verfahren”, **Die Praxis des Familienrechts**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, s. 55.

belirtmesi önemlidir. Örneğin, satış yoluyla paylaşırmanın istenmiş olduğu bir davada, davalı da satış yoluyla paylaşırma talep etmiş olursa, mahkemenin taleple bağlılık ilkesinin gereği olarak aynen paylaşırma konusunda bir araştırma yapabilmesi mümkün değildir.

Davalının paylaşırma türünü belirtmeden sadece paylaşırma istemesi durumunda mahkemece nasıl hareket edilmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır. Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, davacı gibi değerlendirildiğinden dava dilekçesinde talep sonucu eksikliği hakkındaki hükümler kural olarak burada da uygulanabilir. Buna göre, talep sonucunun eksik olması durumunda mahkeme bu eksikliğin tamamlanabilmesi için bu paydaşa bir haftalık süre vermelidir (HMK m. 119/2). Bir haftalık süre içinde açık bir şekilde talep sonucunun ortaya konulmamasının yaptırımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davanın açılmamış sayılmamasıdır (HMK m. 119/2). Kanaatimizce bu yaptırım, davalı açısından talebin hiç ileri sürülmemiş olması şeklinde yorumlanabilir. Böylece mahkeme, paylaşırmayı sadece davacının talep etmiş olduğu paylaşırma türü kapsamında incelemek durumunda kalır.

b. Davanın Reddi Talebi

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı konumunda bulunan paydaş, davanın reddini de isteyebilir. Davalı diğer davalarda olduğu gibi davanın usûlden reddedilmesini isteyebileceği gibi esastan reddedilmesini de isteyebilir.

Bir davada hüküm verilebilmesi için öncelikle usûl hukukuna ilişkin bazı şartların yerine getirilmesi gerekir. Bunlardan, tarafların ileri sürmesine gerek kalmadan mahkemenin kendiliğinden dikkate alması gerekenlere dava şartı (HMK m. 114); ancak taraflarca ileri sürülürse göz önüne alınabilecek olanlara ilk itiraz (HMK m. 116) adı verilir⁸⁶⁵. Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, dava şartı

⁸⁶⁵ Bu konu hakkında genel olarak bkz. Kuru, **Dava Şartları**, s. 149 vd, 187; Umar, **Şerh**, s. 338 vd, 364 vd; Önen, **Yargılama**, s. 148 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 280 vd; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 927 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 324 vd, 338; H. Özden Özkaya-Ferendeci, “Die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen in der Neuen Türkischen Zivilprozessordnung”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, 2018, s. 241 vd; Ulukapı,

eksikliğinin veya ilk itiraz sebebinin bulunduğunu iddia edebilir. Dava şartlarının bulunmadığı iddiası, davanın her aşamasında ileri sürülebilirken (HMK m. 115/1); ilk itirazlar ancak cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir (HMK. 117/1).

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı konumunda bulunan paydaş, usûl hukukuna ilişkin savunma sebeplerinden başka esasa ilişkin savunma sebeplerini de ileri sürebilir. Esasa ilişkin savunma sebepleri; inkâr, itiraz ve def'îye ilişkin olabilir. İnkâr, davanın haklı olabilmesi için gerekli olan ve davacı tarafından iddia edilen vakıaların bulunmadığı ya da ileri sürülenden daha farklı olduğunun iddia edilmesidir⁸⁶⁶. İtiraz, davacının iddia etmiş olduğu hakkın hiç doğmadığı veya bu hakkın sona ermiş olduğunun ileri sürülmesidir⁸⁶⁷. Def'î ise, davalının kendisinden istenen talebi yerine getirmekten sürekli ya da geçici olarak kaçınma hakkı veren maddî hukuka ilişkin bir savunmadır⁸⁶⁸.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, davacının paylaşırma hakkının bulunmadığını iddia edebileceği gibi talep edilen paylaşırma türüne ilişkin şartların mevcut olmadığını ileri sürebilir.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, davacının paya sahip olmadığını iddia edebilir. Ortaklığın giderilmesi davası, sadece pay sahiplerinin açabileceği bir dava olduğu için, davalının bu iddiası esasen davada davacının taraf sıfatının bulunmadığına yönelik bir itirazdır⁸⁶⁹. Dolayısıyla mahkeme taraf sıfatının bulunup

Usûl, s. 235 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 199 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 636 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 94, Rdnr. 1.

⁸⁶⁶ Seelig, **a.g.e.**, s. 5; Önen, **Yargılama**, s. 167; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 389; İlk duruma davanın inkârı (*Klageleugnen*), ikinci duruma ise nitelikli inkâr (*qualifiziertes Bestreiten*) adı verilir (Bkz. Seelig, **a.g.e.**, s. 5). Davanın inkâr edilmesi, etkisini iki açıdan gösterebilir (Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 102, Rdnr. 3): Bunlardan ilki, davacının iddialarını artık daha ayrıntılı ve somut bir şekilde ortaya koymasıdır (Seelig, **a.g.e.**, s. 5). İkincisi ise, inkâr edilmiş vakıaların davacı tarafından ispatlanması gereğidir (Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 103, Rdnr. 2 ff).

⁸⁶⁷ Önen, **Yargılama**, s. 168; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1208; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 389.

⁸⁶⁸ Önen, **Yargılama**, s. 168 vd; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1209 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 389.

⁸⁶⁹ Karş. “[...] Görülmektedir ki, mahkemenin taraflar arasında dava konusu hakkın esası hakkında bir karar verebilmesi için, bu kişilerin o davada gerçekten davacı ve davalı

bulunmadığını kendiliğinden araştırır. Davacının pay sahibi olmadığını tespit eden mahkeme davayı esastan reddeder⁸⁷⁰.

Paylaştırmayı isteme hakkı, bazı durumlarda sınırlandırılmıştır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, uygun olmayan zamanda paylaşırma istenemez. Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, paylaşırmanın uygun olmayan zamanda yapıldığını iddia ederek davanın reddedilmesini talep edebilir. Paylaşırmanın istenmesi, kalan paydaşların tamamı veya sadece biri açısından önemli zararlara neden olacaksa ya da bu paydaşlara aşırı derecede yükümlülük getirecekse, paylaşırmanın uygun olmayan zamanda istendiği kabul edilir⁸⁷¹. Örneğin, paylı mülkiyete konu hasat makinesinin hasat zamanından hemen önce veya hasat sırasında paylaşırılmasının istenmesi durumunda uygun olmayan zaman söz konusu olur⁸⁷². Yine, ekonomik durgunluk nedeniyle paylı mülkiyete konu şeyin değerinin çok altında satılması tehlikesinin söz konusu olduğu durumlar, uygun olmayan zaman olarak değerlendirilir⁸⁷³.

sıfatlarına sahip olmaları gerekir. Bir davada taraf olarak gösterilen kişiler, taraf ve dava ehliyetine ve davayı takip yetkisine sahip olsalar bile, taraflardan birinin o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatı yoksa, davanın esası hakkında bir karar verilemeyeceğinden, dava sıfat yokluğundan (husumetten) reddedilir. Taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözükken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olduğu için def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir [...]" Yarg. 3. HD, 2.10.2018, E. 2018/4555, K. 2018/9330 (Kazancı).

⁸⁷⁰ “[...] Dava konusu 204 parsel sayılı taşınmazın Uyap TAKBİS sistemi üzerinden yapılan sorgulamasında davacılar ile davalıların paylarının bulunmadığı 16.10.2017 tarihli satış ile dava dışı A. Karaç adına tescil edildiği anlaşılmıştır. O halde mahkemece güncel tapu kaydı getirtilerek, tarafların dava konusu taşınmazda payları kalmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmesi gerekir [...]" Yarg. 14. HD, 11.6.2019, E. 2016/6438, K. 2019/5085 (Kazancı).

⁸⁷¹ Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 650, Rdnr. 18; Meier-Hayoz, **BK ZGB**, Art. 650 Rdnr. 36; BGE 98 II 341 S. 345; Kurşat, **a.g.e.**, s. 231.

⁸⁷² Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 650, Rdnr. 20.

⁸⁷³ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 141; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 336; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 425.

Uygun olmayan zamanda paylaşırmanın istenmiş olduğuna yönelik savunma, nitelik olarak bir def'îdir⁸⁷⁴. Dolayısıyla hâkim, taraflarca ileri sürülmediği sürece, bu hususu kendiliğinden dikkate alamaz⁸⁷⁵. Davalının ileri sürmüştüğü bu savunmayı haklı bulan mahkeme davanın reddine karar verir⁸⁷⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 698. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukukî bir işlemle paylaştırmayı isteme hakkı belli bir süreye sınırlandırılabilir. Paydaşların paylaştırmayı belli bir süre boyunca istemeyeceklerini kararlaştırdıkları anlaşmaya idame-î şüyu anlaşması adı verilir⁸⁷⁷. Bu anlaşma ile paylaştırmayı istemeye ilişkin hak ortadan kalkmayıp, sadece onun belli bir süre kullanılması engellenmiş olur⁸⁷⁸. Bu anlaşmanın varlığına rağmen bir dava açılmışsa davalı, idame-î şüyu anlaşmasının bulunduğu ileri sürerek davanın reddini isteyebilir. Davalının bu konudaki savunması nitelik olarak bir def'îdir⁸⁷⁹. Dolayısıyla hâkimin bu savunmayı kendiliğinden dikkate alabilmesi mümkün değildir. Bu def'in ileri sürülmesi ve mahkemece haklı bulunması durumunda davanın reddedilmesi gerekir⁸⁸⁰.

Paylı mülkiyete konu şeyin sürekli amaca özgülenmesi durumunda ortaklığın giderilmesi istenemez (TMK m. 698). Sürekli amaca özgülenme durumu için öğretide şöyle bir örnek verilmektedir⁸⁸¹: Yan yana duran üç evin sahiplerinin, çocuklarının oynayabilmesi için çocuk bahçesi yapması amacıyla evlerinin önündeki

⁸⁷⁴ Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 342; Kurşat, **a.g.e.**, s. 235; Ögüz, **a.g.e.**, 149; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 650, Rdnr. 20; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **Zürcher Kommentar**, Art.650-651, Rdnr. 2.

⁸⁷⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 235; Ögüz, **a.g.e.**, 149; Paylaşırmanın uygun olmayan zamanda istenmesinin, aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği durumlarda hâkimin bu durumu kendiliğinden dikkate alması gerektiği hakkında bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 235, dn. 286; ayrıca bkz. Ögüz, **a.g.e.**, s. 149, dn. 425.

⁸⁷⁶ Davanın reddi kararından sonra tekrar bir dava açılıp açılmayacağı hakkında bkz. aşı. XIV, B, 2.

⁸⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 335; Kurşat, **a.g.e.**, s. 194.

⁸⁷⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 196.

⁸⁷⁹ Ögüz, **a.g.e.**, s. 57; Nomer/Ergüne, **a.g.e.**, s. 340. Bu savunmanın itiraz niteliğinde olduğu ve dolayısıyla hâkimin bunu re'sen dikkate alması gerektiği hakkında bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 196.

⁸⁸⁰ Bununla birlikte, idame-î şüyu anlaşmasında belirlenen süre dolmadan, önemli bir sebep varsa paydaşların paylaştırmayı isteyebileceği kabul edilir (Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 2.

⁸⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 610.

araziyi satın almaları durumunda paylı mülkiyete konu arazinin sürekli bir amaca özgülendiği kabul edilir⁸⁸². Öyleyse bu arazi için açılan ortaklığın giderilmesi davasında davalı, paylı mülkiyete konu şeyin sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle davanın reddedilmesini isteyebilir. Kanaatimizce, taraflardan biri iddia etmedikçe mahkemenin paylı mülkiyete konu şeyin sürekli bir amaca özgülenip özgülenmediği hususunu ayrıca araştırması mümkün değildir.

Bazı kanunlarda ortaklığın giderilmesi davasının açılması yasaklanmış olabilir. Örneğin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun yedinci maddesinin birinci fıkrasına göre, kat mülkiyetine veya kat irtifakına tâbi olan taşınmazda ortaklığın giderilmesi istenemez. Böylece Kanun'da kat mülkiyetine tâbi olan taşınmazda paylaştırma hakkının hiç bulunmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu hakkın bulunmamasına rağmen ortaklığın giderilmesi davası açılmışsa, davalı bu hususa işaret ederek davanın reddedilmesini isteyebilir. Bu savunma, hakkın hiç bulunmadığına yönelik olduğu için itiraz niteliğinde olup mahkemenin bu hususu kendiliğinden dikkate alması gerekir.

Davalı, paylaştırma hakkı dışında paylaştırma türüne özgü savunma sebepleri de ileri sürebilir. Örneğin, 5543 sayılı İskan Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanuna göre verilen taşınmaz malların temlik tarihinden itibaren on yıl süre ile hiçbir suretle satılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm gereği, bu taşınmaz için ortaklığın satış yoluyla giderilmesinin istenmesi mümkün değildir⁸⁸³. Diğer bir ifadeyle, bu taşınmazlar için paydaşların satış yoluyla paylaştırma hakları mevcut değildir. Bu savunma, hakkın hiç bulunmadığına yönelik olduğu için itiraz niteliğinde olup mahkemenin bu hususu kendiliğinden dikkate alması gerekir.

⁸⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 610.

⁸⁸³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 219.

C. Ön İnceleme ve Tahkikat Aşaması

1. Genel Olarak

Basit yargılama usûlünün uygulandığı yargılamalarda taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler (HMK m. 317/3). Dolayısıyla dava ve cevap dilekçelerinin ardından ön inceleme ve tahkikat aşamasına geçilir.

Ön inceleme aşamasında yapılacak olan işlemler bakımından ortaklığın giderilmesi davası, basit yargılama usûlünün uygulandığı diğer davalardan farklılık arz etmez (HMK m. 320).

Tarafların davada ileri sürdükleri iddia ve savunmalar, tahkikat aşamasında incelenir (HMK m. 143/1). Bu aşamada özellikle ispat faaliyeti önem kazanır. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasının ispat faaliyeti bakımından ele alınması gerekir.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İspat Faaliyeti

a. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İddia ve Somutlaştırma Yükü

Tarafların, talep ve savunmalarına temel teşkil eden hukuk kuralının koşul vakıalarının varlığını gösteren somut vakıaları mahkemeye bildirme ödevine iddia yükü adı verilir⁸⁸⁴. Bir davada haklılığın ortaya konulabilmesi için öncelikle bu yükün yerine getirilmesi gerekir⁸⁸⁵. İddia yükü, objektif ve subjektif olarak ikiye

⁸⁸⁴ Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 24; Bilge Umar/Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, 2. Bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980, s. 17; Bilge Umar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007, s. 91 vd; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1675; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 475; Levent Börü, **Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 118 vd; Bolayır, **a.g.e.**, s. 83; Taner Emre Yardımcı, **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, XII Levha, İstanbul, 2017, s. 18.

⁸⁸⁵ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1675; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 119 vd, 130.

ayrılır⁸⁸⁶. Objektif iddia yükü, bir davada bu yükün yerine getirilmemesi sebebiyle bunun olumsuz sonuçlarına hangi tarafın katlanacağını belirler⁸⁸⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir⁸⁸⁸. Dolayısıyla bu davanın tarafları, haklılığını ortaya koyabilmek için öncelikle bazı hususları iddia etmelidir. Bu davada temel olarak bir paylı mülkiyet ilişkisinin varlığı, paylı mülkiyete konu şey üzerinde pay sahibi olduğu ve paylaşımının hangi şey için istendiği iddia edilmelidir.

Taraflarca iddia edilen vakıaların soyut bir şekilde aktarılması yeterli olmayıp bunların ayrıca ispata elverişli bir şekilde somutlaştırılması gerekir (HMK m. 194/1, m. 119/1-e/f)⁸⁸⁹. Tarafların iddialarını somutlaştırma konusundaki bu ödevlerine somutlaştırma yükü adı verilir⁸⁹⁰.

Somitlaştırma yükü kapsamında, ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyet ilişkisi ve paylaşımının istendiği şeye ilişkin yeterli ölçüde bilgi verilmelidir. Burada özellikle paylaşılması talep edilen eşyanın, diğer şeylerden ayrılabilirlik ölçüde belirtilmesi gerekir. Örneğin, bir arazinin paylaşılması davasında bu araziye diğerlerinden ayırmaya yetecek ölçüde bilginin dava dilekçesinde bulunması gerekir. Somutlaştırma yükü yerine getirilmezse, tarafın iddia ettiği şeyin ispat edilmesi mümkün olmayacak ve bu sebeple davanın esastan reddi söz konusu olacaktır⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 24; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 118; bu ayrımın eleştirisi için bkz. Yardımcı, **a.g.e.**, s. 20 vd.

⁸⁸⁷ Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 24; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 118.

⁸⁸⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. V, C.

⁸⁸⁹ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1681; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 32 vd; Muhammet Özkes, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 290; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, 184 vd; Yardımcı, **a.g.e.**, s. 4.

⁸⁹⁰ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1681; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 32 vd; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, 184 vd; Yardımcı, **a.g.e.**, s. 4; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 476; Ulukapı, **Usûl**, s. 352.

⁸⁹¹ Umar, **Şerh**, s. 139; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1690 vd; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 32 vd; Özkes, **Dava Dilekçesi**, s. 296; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 250; somutlaştırma yükünün örneğin davacı tarafından yerine getirilmemesinin her durumda davanın reddine

b. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İspat Yükü

İspat yükü objektif ve subjektif olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁹². Objektif ispat yükü, iddia edilen olayların gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılamaması durumunda aleyhte bir kararla karşılaşma tehlikesini ifade eder⁸⁹³. Subjektif ispat yükü ise, bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için tarafların, iddialarının doğruluğu konusunda delil ikâme etmesine ilişkin gerçekleştirdikleri bir faaliyettir⁸⁹⁴. Subjektif ispat yükü, delil ikâme yükü olarak da isimlendirilir⁸⁹⁵.

Özel bir düzenleme bulunmadıkça, ispat yükü iddia edilen vakiya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190/1). Ortaklığın giderilmesi davasında davacı, paylaşırma hakkına ilişkin şartların bulunduğu hususunu ve ayrıca talep etmiş olduğu paylaşırma biçiminin (aynen veya satış yoluyla paylaşırma) şartlarının varlığını ispat etmelidir.

İlk olarak davacı paylaşırma hakkının bulunduğu hususunu gösteren vakıaları ispat etmelidir. Daha önce de belirtildiği üzere, paylaşırma istenebilmesi

neden olmayacağı hakkında bkz. Yardımcı, **a.g.e.**, s. 244; davanın reddinden önce hâkimin belirsizliği ortadan kaldırmak için taraflara davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) kapsamında soru sorabileceği ve açıklama yaptırabileceği hakkında bkz. Özekes, **Dava Dilekçesi**, s. 295; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 250; Simil, **a.g.m.**, s. 1351 vd; Yardımcı, **a.g.e.**, s. 229 vd.

⁸⁹² Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 8 vd; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1695; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 33; Hans Joachim Musielak, **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß**, Walter De Gruyter Berlin-New York, 1975, s. 32 vd; Hanns Prütting, **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1983; Gerhard Lücke, "Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozess, **JZ**, 1966, s. 588.

⁸⁹³ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1695; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 9; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 477; Börü, **İddia ve Somutlaştırma**, s. 33; Sema Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", **AÜHFD**, C. 45, S. 1, 1996, s. 546; Karafakih, **Usul**, s. 169; Ulukapı, **Usûl**, s. 354; Musielak, **Beweislast**, s. 33 vd; Objektif ispat yükü kavramı yerine sadece ispat yükü kavramının da kullanılabileceği hakkında bkz. Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 8 vd.

⁸⁹⁴ Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1707; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 16 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 480; Musielak, **Beweislast**, s. 37; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 480; ispat yükü ile delil ikâme yükü arasındaki farklar için bkz. Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 34 vd.

⁸⁹⁵ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1708; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 17; Prütting, **Beweislast**, s. 6; Musielak, **Beweislast**, s. 37; ayrıca bkz. Umar/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 36.

için kural olarak haklı bir sebebin bulunması gerekmeyip, paylı mülkiyet ilişkisinde paya sahip olmak yeterlidir⁸⁹⁶.

Bu bağlamda davacı paylaştırılmasını istemiş olduğu şey üzerinde bir paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğunu⁸⁹⁷ ve kendisinin bu ilişkide pay sahibi olduğunu ispat etmelidir.

Mamafih, sadece paylaştırma hakkının bulunduğunu ispat etmek yeterli değildir. Zira ortaklığın giderilmesi davasında belli bir biçimde paylaştırma da talep edilir. Bu kapsamda davacı, aynen paylaştırma veya satış yoluyla paylaştırma talep edebilir. Talep edeceği paylaştırma türüne göre davacının ispat edeceği hususlar da farklılık gösterebilir.

Aynen paylaştırma talep edilmesi durumunda aynen paylaştırma yapılabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nda bulunan şartların varlığı da davacı tarafından ispatlanmalıdır. Bu kapsamda özellikle paylı mülkiyete konu şeyin bölünebilir olduğu ve bölünme işlemi sonunda her paydaşa birer parçanın isabet edeceği konusunda⁸⁹⁸ ispat yükü davacıdadır⁸⁹⁹.

Aynen paylaştırmaya karar verilebilmesi için paylı mülkiyete konu şeyin bölünebilir olması yeterli değildir. Ayrıca bu şeyin, bölünme yapıldıktan sonra önemli bir değer kaybına uğramadan bölünebilmesi gerekir (TMK m. 699/3). Öyleyse paylı mülkiyete konu şeyin önemli bir değer kaybına uğramadan bölünebildiği hususu da davacı tarafından ispatlanmalıdır⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 2.

⁸⁹⁷ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 43; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, (**Handbuch der Beweislast**, B. II, §§ 1-811 BGB, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2019, § 749, Rdnr. 1.

⁸⁹⁸ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 753, Rdnr. 1.

⁸⁹⁹ Ernst Krönig, "Die Beweislast – Probleme der § 752 bis § 754 BGB, **MDR**, 1951/10, s. 602; Schmidt, **MüKO BGB**, § 753, Rdnr. 5; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 753, Rdnr. 1.

⁹⁰⁰ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 753, Rdnr. 1.

Aynen paylaştırmaya engel bir durum yoksa paylı mülkiyete konu şey paydaş sayısı kadar parçalara ayrılır⁹⁰¹. Paydaşlar, ayrılan parçalardan hangisini istediklerini ayrıca talep edebilirler. Tahsis işlemi, paydaşlar anlaşmadıkça, hâkimin takdir hakkı çerçevesinde yapılır. Hâkim, tahsis yapılırken paydaşların kişisel durumlarını ve fiili bir kullanım olup olmadığı hususunu göz önünde bulundurur⁹⁰². Kanaatimizce, ayrılmış olan belirli bir parçanın kendisine tahsis edilmesini talep eden paydaş, bu talebini haklı gösteren vakıaları ispat etmelidir. Diğer bir ifadeyle, bu konuda ispat yükü talepte bulunmuş olan paydaşa olmalıdır. Zira iddia edilen vakıadan lehine hak çıkaran taraf kendisidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı da davacı gibi paylaştırma talep edebilir⁹⁰³. Bu durumda iddia edilen vakıadan lehine hukukî sonuç doğuran taraf aynı zamanda davalı olur. Öyleyse davalılardan biri, davacı gibi paylaştırma talep ederse, yukarıda belirtilmiş olan hususlar için ispat yükü kendisine de düşer.

Ortaklığın giderilmesi davasında davacının aynen paylaştırma, davalının satış yoluyla paylaştırma talep etmiş olması durumunda, aynen paylaştırma şartlarının mevcut olmadığını ispat yükü davalıya düşmez⁹⁰⁴. Burada aynen paylaştırmaya ilişkin şartların bulunduğunu ispat yükü hâlâ davacı paydaştadır. Gerçi, satış yoluyla paylaştırma yapılabilmesi için, öncelikle aynen paylaştırmaya ilişkin şartların mevcut olmaması gerekir. Ancak bu durum, kanaatimizce davalının aynen paylaştırma şartlarının bulunmadığı konusunda ispat yükünün kendisine ait olduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte, davalı aynen paylaştırma şartlarının mevcut olmadığına ilişkin delil ileri sürebilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 192. maddesine göre, diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı

⁹⁰¹ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 139.

⁹⁰² “[...] *Hal böyle olunca, harita mühendisi, ziraat mühendisi ve inşaat mühendisi bilirkişinin bulunduğu bilirkişi kuruluyla mahallinde yeniden keşif yapılarak, yukarıda değinilen ilkeler, tarafların beyanları ve taşınmaz üzerindeki evlerin fiili kullanım durumları gözetilerek, ivazlı ya da ivazsız aynen taksiminin mümkün olup olmayacağını açıklığa kavuşturan rapor alınarak [...]*” Yarg. 14. HD, 23.11.2017, E. 2017/2233, K. 2017/8766 (Lexpera) Bu konu hakkında genel olarak bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 350.

⁹⁰³ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B.

⁹⁰⁴ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 753, Rdnr. 1; Krönig, **a.g.m.**, s. 602.

hakkında delil sunabilir. Ancak yine aynı hükme göre, karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı paylaşırma talep edebileceği gibi davanın reddini de isteyebilir. Bu durumda ispat yükü, onun yapacağı savunmanın niteliğine göre değişir. Örneğin davalı, paylı mülkiyet ilişkisinin bulunmadığını ya da davacının herhangi bir paya sahip olmadığını iddia ederse, bu savunma inkâr kapsamına girer. İnkâr durumunda da ispat yükü inkâr edende olmaz⁹⁰⁵.

Davalı, paylaşırma isteme hakkının kullanılmasını engelleyen vakıaları iddia ederse, bu iddialar bakımından ispat yükü kendisindedir⁹⁰⁶. Zira ileri sürülen bu vakılardan lehine hak çıkaran taraf davalıdır. Bu kapsamda özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesindeki durumlar akla gelir. Örneğin, paydaşlardan biri idame-î şüyu anlaşmasının bulunması sebebiyle paylaşırmanın yapılamayacağını iddia ederse, bu iddiası için ispat yükü kendisinde olur⁹⁰⁷.

İdame-î şüyu anlaşması bulunduğu sürece paylaşırmanın yapılması kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte bu anlaşmada belirlenen süre dolmadan, önemli bir sebep varsa paydaşların paylaşırma isteyeceği kabul edilir⁹⁰⁸. Örneğin, paydaşlardan birinin paylı mülkiyete konu taşınmazda ahlâka aykırı eylemlerde bulunması önemli sebep sayılır⁹⁰⁹. Böyle bir durumda paydaşlar arasında idame-î şüyu anlaşması bulunmasına rağmen ortaklığın giderilmesi davası açılabilir⁹¹⁰. Açılan bu davada önemli sebebin varlığını ispat yükü, bu sebebin

⁹⁰⁵ Umar, **Şerh**, s. 577.

⁹⁰⁶ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 749, Rdnr. 1; Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 8; Jauernig/Stürner, **BGB**, §§ 749–758, Rdnr. 10; Staudinger/Eickelberg, **BGB**, § 749, Rdnr. 73; BGH, Urteil vom 27-02-1991 - IV ZR 166/89 (Frankfurt) (**NJW-RR** 1991, 946, 947)

⁹⁰⁷ Karş. Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 8

⁹⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 212 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 609; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 650, Rdnr. 13.

⁹⁰⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 609; Kurşat, **a.g.e.**, s. 216.

⁹¹⁰ Hukukumuzda artık paydaşlıktan çıkarma davasının bulunması (TMK m. 696) ve bu dava sayesinde paylı mülkiyet ilişkisini çekilmez hâle getiren paydaşın ortaklıktan çıkarılmasının mümkün olması sebebiyle, paylaşırma hakkı bakımından önemli sebep kavramının önemini yitirdiği hakkında bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 217.

bulunduğunu iddia eden paydaştadır⁹¹¹. Dolayısıyla taşınmazda paydaşın ahlâka aykırı eylemlerde bulunduğu hususu, bunu ileri süren paydaş tarafından ispatlanmalıdır.

Davalı, paylaştırmanın uygun olmayan zamanda istenmiş olduğunu iddia ederek davanın reddini talep edebilir (TMK m. 698/3). Bu durumda davalı, paylaştırmanın uygun olmayan zamanda istenmiş olduğu iddiasını doğrulayan vakıaların varlığını ispat etmelidir. Zira ileri sürülen bu vakıadan lehine hak çıkaran taraf davalıdır.

Davalı, paylı mülkiyete konu şeyin sürekli amaca özgülendiğini iddia ederek paylaştırmayı isteme hakkının mevcut olmadığını ileri sürebilir (TMK m. 698). Bu iddia açısından ispat yükü yine davalıda olur. Zira ileri sürülen bu vakıadan lehine hak çıkaran taraf davalıdır.

Davalının paylaştırma yapılmamasına ilişkin savunmalarından bazıları mahkeme tarafından re'sen dikkate alınır. Örneğin, bir paydaş taşınmazın paylaştırılması davasında, paylaştırmanın İmar mevzuatına aykırı olması sebebiyle davanın reddini isteyebilir. Bu savunma sebebini mahkeme re'sen incelemek durumundadır. Diğer bir ifadeyle, davalı bu konuda bir iddia ileri sürmemiş olsa bile mahkeme aynen paylaştırmanın şartlarını kendiliğinden araştırmalıdır (HMK m. 33). Bu kapsamda mahkeme, aynen paylaştırma için İmar Kanunu'nun 15. maddesindeki şartların mevcut olup olmadığını araştırmalıdır. Taşınmazın aynen paylaştırılmasının İmar mevzuatına uygunluğu, İmar Kanunu'nun 16. maddesindeki merciilerden alınan onay ile tespit edilmiş olur⁹¹². Bu Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasına göre bu merciiler; belediye encümenleri veya il idare kurullarıdır⁹¹³.

⁹¹¹ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 43; Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 749, Rdnr. 1.

⁹¹² Kurşat, **a.g.e.**, s. 351.

⁹¹³ “[...] Aynen bölünerek paylaştırma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettiler bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl idare Kurulundan imar Yasası ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksimin) mümkün olup olmadığı sorulur [...] Onay makamından olumsuz cevap gelmesi halinde paydaşlığın (ortaklığın) satış

Bir paydaş paylaştırılması istenen arsa üzerinde bulunan yapının kendisi tarafından yapıldığını iddia edebilir. Bu iddiadan lehine hak çıkaran kişi bu iddiayı ileri süren taraftır. Çünkü bu iddia haklı bulunursa bu paydaşın paylaştırmadan elde edeceği değer artacaktır⁹¹⁴. Öyleyse burada ispat yükü iddia sahibi paydaşa olmalıdır⁹¹⁵.

c. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Deliller

Ortaklığın giderilmesi davasında paylaştırma isteyen paydaşlar, paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğunu ve kendilerinin de bu ilişki gereği bir pay sahibi olduğunu gösteren deliller aracılığıyla iddialarını ispat etmelidir.

Paylaştırmanın yapılabilmesi için paydaşlar arasında öncelikle bir paylı mülkiyet ilişkisi bulunmalıdır. Paydaşlar arasında paylı mülkiyet bulunduğu hususu, senetle ispat sınırını geçmesi hâlinde, senetle (kesin delillerle) ispat edilmelidir. Zira belli bir miktarı geçen hukukî işlemlerin kural olarak senetle (kesin delillerle) ispat edilmesi gerekir (HMK m. 200/1)⁹¹⁶. Kanaatimizce, senetle ispat sınırı belirlenirken bir paydaşın payının değeri değil paylı mülkiyete konu şeyin tamamının değeri

suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir [...]” Yarg. HGK, 9.10.2013, E. 2013/106, K. 2013/1467 (Lexpera).

⁹¹⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. VI, A, 3.

⁹¹⁵ “[...] Somut uyumsuzlukta; yargılama sırasında davalı... aynen taksim istemiş; muhdesat iddiasında bulunmuş, ayrıca .. Asliye Hukuk Mahkemesi'nden alınan mülkiyetin tespiti davasında da muhdesatın kendisine aidiyetine karar verildiğini bildirmiş, satış bedelinin bu durum göz önüne alınarak dağıtılmasını savunmuştur. Hal böyle olunca davalı ...'ün iddiasını kanıtlaması gerektiğinden yapılacak keşif masraflarının davalıdan alınmasına karar verilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 28.3.2017, E. 2015/10104 K. 2017/2427 (Kazancı).

⁹¹⁶ Senetle ispat kuralı hakkında ayrıntılı olarak bkz. İlhan E. Postacıoğlu, **Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Bası, Baha Matbaası, İstanbul, 1964, s. 38; Murat Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 185 vd; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1836; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 503; H. Özden Özkaya-Ferendeci, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 816 vd; senetle ispat kuralının ispat hakkı bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. Pınar Çiftçi, **Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet, Ankara, 2018, s. 785 vd.

dikkate alınmalıdır. Zira ortaklığın giderilmesi davası, sadece bir pay için değil paylı mülkiyete konu şeyin tamamının paylaşılması için açılır⁹¹⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilerek paylaşırma yapılabilmesi için paylaşırma türüne ilişkin şartların mevcudiyeti de ispat edilmelidir. Örneğin aynen paylaşırmanın yapılması için paylı mülkiyete konu eşyanın fiilen bölünebilir olduğunun ispatlanması gerekir. Bu husus bir hukukî işlem olarak değerlendirilemeyeceği için burada senetle ispat kuralı söz konusu olamaz. Bu sebeple dava konusu şeyin fiilen bölünebilir olduğu iddiası her türlü delille ispatlanabilir. Çünkü hukukî fiiller açısından senetle ispat kuralı bulunmaz (HMK m. 200/1)⁹¹⁸. Paylı mülkiyete konu şeyin fiilen bölünebilir olduğunun ispatı için özellikle keşif ve bilirkişi deliline başvurmak gerekir.

Taşınmazın aynen paylaşırılması için açılan davada taşınmazın parçalarının oluşturulması için ifraz projesi düzenlenir⁹¹⁹. İfraz projesi, bilirkişi tarafından hazırlanır⁹²⁰. İfraz projesinin İmar mevzuatına uygunluğu, İmar Kanunu'nun 16. maddesinde belirtilen merciiler denetler⁹²¹.

Ortaklığın giderilmesi davasında keşif delili önemli bir yer tutar. Keşif deliline, aynen paylaşırmanın mümkün olup olmadığı⁹²², paylaşırılması istenen

⁹¹⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B, 1.

⁹¹⁸ Postacıoğlu, **İspat**, s. 39 vd; Yavaş, **a.g.e.**, s. 204 vd; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1839.

⁹¹⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 350 vd.

⁹²⁰ “[...] Bunun yanı sıra, ifraz işlemleri bakımından 5403 Sayılı Kanunla getirilen yasal sınırlamalara dikkat edilmesi de zorunluluk arz etmektedir. Öte yandan, mahkemece teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilerek [...]” Yarg. 14. HD, 11.10.2017, E. 2015/4437, K. 2017/7496 (Kazancı)

⁹²¹ “[...] Aynen bölünerek paylaşırma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilerek bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Yasası ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur [...]” Yarg. 14. HD, 8.11.2018, E. 2016/3027, K. 2018/7572 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 18.12.2017, E. 2016/912, K. 2017/9472 (Kazancı).

⁹²² “[...] Ortaklığın giderilmesi istenilen taşınmazda taksim istenmesi halinde, keşifle taksim mümkün olup olmadığı incelenip, taksim edilebilir durumda ise düzenlenecek krokinin imara uygun olup olmadığının Onay Makamı olarak Belediyeden sorulması gereklidir [...]” Yarg. 6. HD, E. 2001/9470, K. 2001/9667 (Kazancı).

taşınmazın değeri⁹²³ ve tapu kayıtlarının zemine uygunluğu⁹²⁴, taşınmaz üzerinde başka bir yapının bulunup bulunmadığı⁹²⁵ gibi durumların tespit edilmesi amacıyla başvurulur⁹²⁶. Bu konuların çoğu teknik bir uzmanlığı gerektirdiğinden keşif esnasında bilirkişi görüşünden⁹²⁷ de faydalanılmalıdır⁹²⁸.

Davalı, paylaştırmayı isteme hakkının kullanılmasını engelleyen vakıaların bulunduğunu iddia ederse, bu iddialar bakımından ispat yükü kendisinde olur⁹²⁹.

⁹²³ Yalnızca paylı mülkiyete konu şeyin değil, ayrıca taşınmazın bölünmesi durumunda bölünen parçalardan her birinin değerinin de bilirkişi raporunda ayrıca gösterilmesi gerekir. Böylece yukarıda da ifade edildiği üzere, aynen paylaştırmaya karar verilebilmesi için varlığı aranan “paylı mülkiyete konu şeyin bölünme işleminden sonra ekonomik değerinin önemli ölçüde azalmaması” şartı tespit edilmiş olur. Bkz. “[...] *Olayda bilirkişi taşınmazın tamamının 5000 lira değerinde bulunduğunu açıklamış ise de bölünen parçaların değerlerini ayrı ayrı tesbit etmiş değildir. Bu itibarla bölünme halinde taşınmaz malın değerinde ehemmiyetli bir azalma meydana gelip gelmediği anlaşılamamaktadır. Mahkemenin bu hususu tesbit etmeden taşınmaz malın aynen bölüştürülmesine karar vermesinde isabet yoktur [...]*” Yarg. 6. HD, 29.12.1969, E. 1969/5155, K. 1969/5368 (Kazancı).

⁹²⁴ “[...] *Ortaklığın giderilmesi davaları taşınmazın aynına ilişkin olup mahkemece tapu kayıtlarının zemine uyup uymadığının denetlenmesi ve taşınmazların değerinin belirlenmesi amacıyla mahallinde keşif yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir [...]*” Yarg. 14. HD, 12.1.2015, E. 2014/10890, K. 2015/102 (Kazancı); ayrıca bkz. Yarg. 14. HD, 19.03.2018, E. 2017/6014, K. 2018/2050 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁹²⁵ “[...] *Bu durumda mahkemece, mahallinde uzman bilirkişiler eşliğinde yeniden keşif yapılarak davaya konu taşınmaz üzerindeki muhdesatların (evlerin) ve taşınmazın arz değerinin ayrı ayrı belirlenmesi ve bahsi geçen muhdesatların (evlerin), muhdesat iddiasında bulunan davalılara ait olup olmadığı hususunda tarafların ittifak edip etmedikleri üzerinde durularak [...]*” Yarg. 14. HD, 10.7.2018, E. 2017/5204, K. 2018/5230 (Kazancı); ayrıca bkz. Yarg. 6. HD, 25.6.2012, E. 2012/6342, K. 2012/9494 (Kazancı).

⁹²⁶ Yargıtay’a göre, imar plânı kapsamında kalan taşınmazlar hakkında imar plânı istenilmeden keşif yapılması doğru değildir (Yarg. 6. HD, 25.6.2012, E. 2012/6342, K. 2012/9494) (Kazancı).

⁹²⁷ Konusunu kırsal alanda bulunan bir arazinin oluşturduğu davada bilirkişi heyetinde harita ve kadastro mühendisinin bulunmasının gerekli olacağı hakkında bkz. Pakel, **a.g.m.**, s. 161.

⁹²⁸ “[...] *Mahkemece davaya konu edilen ve satışına karar verilen Çankırı ili merkez ilçesi [...] parsel nolu taşınmazlar hakkında, mahallinde uzman bilirkişi refakatiyle keşif yapılmaksızın, eksik araştırma ile ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi doğru değildir [...]*” Yarg. 6. HD, 25.6.2012, E. 2012/6342, K. 2012/9494 (Kazancı); “[...] *mahkemece, mahallinde yeniden keşif icra edilip, uzman bilirkişilerden yukarıda açıklanan yönteme uygun şekilde muhdesat oranlaması yapılması istenerek bilirkişilerden açık, denetime uygun rapor alınması [...]*” Yarg. 14. HD, 2.3.2017, E. 2015/8126, K. 2017/1576 (Kazancı); ayrıca bkz. Yarg. 14. HD, 10.7.2018, E. 2017/5204, K. 2018/5230 (Kazancı).

⁹²⁹ Baumgärtel/Laumen/Prütting/Hövermann, **a.g.e.**, § 749, Rdnr. 1; Soergel/Hadding, **BGB**, § 749, Rdnr. 8; Jauernig/Stürner, **BGB**, §§ 749–758, Rndr. 10; Staudinger/Eickelberg, **BGB**, §

Dolayısıyla davalının bu iddialarının doğru olduğunu gösteren deliller ileri sürmesi gerekir. İddia edilen vakıanın niteliğine göre ispat, kesin veya takdiri deliller aracılığıyla gerçekleştirilir.

Davalı paydaş, idame-î şüyu sözleşmesinin mevcut olduğunu ileri sürerek davanın reddini isteyebilir. Bu iddianın konusu hukukî bir işlemdir. Çünkü bu sözleşmeyle paylaştırmayı isteme hakkının kullanılması belirli bir süreyle sınırlandırılmış olur (TMK m. 698/2). Hukukî işlem olmasıyla sebebiyle idame-î şüyu sözleşmesinin mevcut olduğu hususu senetle (kesin delillerle) ispat edilmelidir (HMK m. 200/1). Senetle ispat sınırı bakımından burada dikkate alınması gereken miktar kanaatimizce paylı mülkiyete konu şeyin tamamının değeri olmalıdır. Zira idame-î şüyu sözleşmesi paylı mülkiyete konu şeyin tamamını ilgilendirir. Şu kadar ki, bazı durumlarda paydaşları aynı olan birden fazla eşyadan sadece bir kısmı için idame-î şüyu sözleşmesi yapılabilir⁹³⁰. Böyle bir ihtimalde, kanaatimizce bütün eşyaların değil sadece idame-î şüyu sözleşmesine konu olan şeyin değeri, senetle ispat sınırı açısından dikkate alınmalıdır.

Önemli bir sebep mevcut ise, idame-î şüyu sözleşmesinde kararlaştırılan süre dolmadan ortaklığın giderilmesi davası açılabilir⁹³¹. Örneğin, paydaşlardan birinin paylı mülkiyete konu taşınmazda ahlâka aykırı fiillerde bulunması önemli sebep sayılır⁹³². Bu ihtimalde, davayı açan paydaş ahlâka aykırı eylemlerde bulunduğu vakıasını her türlü delille ispat edebilir. Çünkü bu husus hukukî bir fiil teşkil eder. Burada davacı, ahlâka aykırı fiillerin bulunduğunu tanık deliliyle ispatlayabilir.

Davalı paydaş, paylaşırmanın uygun olmayan bir zamanda istenmiş olduğu sebebiyle de davanın reddini talep edebilir. Örneğin, paylı mülkiyet ile sahip olunan hasat makinesinin hasat zamanında paylaşılmasının istendiğini ileri süren davalı, hasat zamanında bulunduğu hususunu her türlü delille ispatlayabilmelidir. Benzer

749, Rdnr. 73; BGH, Urteil vom 27-02-1991 - IV ZR 166/89 (Frankfurt) (NJW-RR 1991, 946, 947).

⁹³⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 197.

⁹³¹ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 2.

⁹³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 567; Kurşat, **a.g.e.**, s. 216.

şekilde, ekonomik durgunluk nedeniyle paylı mülkiyete konu şeyin değerinin çok altında satılması tehlikesinin mevcut olduğunu gösteren vakıalar her türlü delille ispat edilebilir.



X. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Özellik Arz Eden Bazı Tahkikat İşlemleri

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Davanın Değiştirilmesi Yasağı

1. Genel Olarak

Teksif ilkesi gereği, davadaki iddia ve savunma sebepleri, ancak yargılamanın belirli bir anına kadar ileri sürülmelidir (HMK m. 141/2)⁹³³. Bu andan sonra, iddia ve savunmanın değiştirilmesi kural olarak yasaktır. Bu yasak, basit yargılama usûlünün uygulandığı davalarda dava dilekçesinin verilmesiyle başlar (HMK m. 319/1). Bu andan sonra dava sebebi ya da talep sonucunun değiştirilmesi yasak olup, bu yasak ancak karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla aşılabılır (HMK m. 141/2)⁹³⁴.

Ortaklığın giderilmesi davasında basit yargılama usûlü uygulanır⁹³⁵. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319/1).

⁹³³ Bu konu hakkında bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 253; Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 475; Üstündağ, **Yasak**, s. 2 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 342; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1249; Tanrıver, **Usûl**, s. 694 vd; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 185; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 181; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 406; Bolayır, **a.g.e.**, s. 311 vd.

⁹³⁴ Üstündağ, **Yargılama**, s. 253; Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, s. 477; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 192; Üstündağ, **Yasak**, s. 2 vd; Bilge/Önen, **a.g.e.**, 467 vd; Umar, **Şerh**, s. 439, 443 Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 343; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1250 vd; Yılmaz, **Şerh (C. II)**, s. 1977; Tanrıver, **Usûl**, s. 696; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 237; Karşlı, **Muhakeme**, s. 599; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 181; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 407 vd; Ulukapı, **Usûl**, s. 260 vd; Bolayır, **a.g.e.**, s. 311 vd; Görgün ve diğerleri, **Usûl**, s. 340.

⁹³⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. IX, A.

Davanın değiştirilmesi yasağı, dava sebebi ve talep sonucu ile ilgili bulunduğundan, ortaklığın giderilmesi davasında davanın değiştirilmesi yasağı dava sebebi ve talep sonucu bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Sebebinin Değiştirilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi, kural olarak, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olan şeyde paydaş olmaktır⁹³⁶. Paylaştırmanın istenebilmesi için kural olarak başka bir sebebin varlığı aranmaz.

Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebinin değiştirilmesine sıkça rastlanmaz. Zira davacının paylı mülkiyet ilişkisinin varlığına veya pay sahibi bulunduğu ilişkin vakıaları değiştirmesi, onun talep sonucunda istemiş olduğu paylaştırmanın reddedilmesine neden olabilir. Çünkü paylaştırmayı isteme hakkı, paya bağlı bir hak olduğu için pay sahipliğinde değişiklik olması (örneğin, davacının pay sahibi olmadığını iddia etmesi) durumunda paylaştırmanın talebinin reddi gerekir.

Durum bu olmakla birlikte, ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi değişikliğinin hiçbir zaman yapılamayacağı da iddia edilemez. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulmuş olan şeyde paydaş olmak vakıasının yanı sıra birtakım vakıalar da ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebine dâhil olabilir. Örneğin, idame-î şüyu sözleşmesinde kararlaştırılan süre dolmadan, bir paydaş önemli bir sebebin bulunduğunu iddia ederek ortaklığın giderilmesi davası açabilir. İşte açılan bu davada, önemli sebebe vücut veren hayat olayı da artık dava sebebine dâhil olur. Örneğin, davacı, paydaşlardan birinin paylı mülkiyete konu taşınmazda ahlâka aykırı eylemlerde bulunduğunu belirterek ortaklığın giderilmesi davası açması durumunda, bir paydaş tarafından ahlâka aykırı eylemlerde bulunulduğunu gösteren vakıalar da dava sebebi kapsamında düşünülmelidir. İşte davacının, daha sonra bu vakıayı değiştirerek bu sefer diğer bir paydaşın paylı mülkiyetin idaresi için yapılması gerekli olan idarî işlere sürekli karşı

⁹³⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 2.

çıkması sebebini⁹³⁷ ileri sürmesi durumunda artık dava sebebinde bir değişiklik söz konusu olur. Dava sebebinde yapılan bu değişiklik davanın değiştirilmesi yasağı anlamına gelir ve bu yasak, karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla aşılabılır (HMK m. 141/2).

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı paydaş çeşitli savunma sebepleri ileri sürerek davanın reddedilmesini isteyebilir. Dolayısıyla konu ayrıca savunmanın değiştirilmesi yasağı çerçevesinde de değerlendirilmelidir.

Davalı, vermiş olduğu cevap dilekçesinde, paydaşlar arasında idame-î şüyu sözleşmesinin bulunması sebebiyle davanın reddedilmesini isteyebilir. Bu savunma sebebi ileri sürüldükten sonra, paylaştırmanın paylaştırmanın uygun olmayan bir zamanda istendiğine ilişkin savunmada bulunulması durumunda savunmanın değiştirilmesi yasağı söz konusu olur. Aynı şekilde, başlangıçta paylaşmanın uygun olmayan zamanda istenmiş olduğunu (örneğin, ekonomik durgunluk nedeniyle paylı mülkiyete konu şeyin değerinin çok altında satılması tehlikesinin bulunmasına dayanarak) ileri süren davalının tahkikat aşamasında bu sebepten vazgeçerek ya da bu sebebin yanında paylı mülkiyete konu şeyin sürekli bir amaca özgülendiğine ilişkin bir savunmada bulunması savunmanın değiştirilmesi anlamına gelir. Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra savunmanın değiştirilmesi yasak olup, bu yasak ancak karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla aşılabılır (HMK m. 141/2).

Davalı tarafından değiştirilmek istenen savunma sebebi, mahkemenin re[^]sen dikkate alınacak türden ise, artık savunmanın değiştirilmesi yasağı söz konusu olamaz. Örneğin davalı, taşınmazın aynen paylaştırılmasının istenmiş olduğu davaya karşı vermiş olduğu cevap dilekçesinde hiç ileri sürmemiş olsa bile, daha sonra aynen paylaştırmanın İmar mevzuatına aykırı olduğunu iddia edilebilir. Bu konuda bir yasak söz konusu olmaz. Zira bu iddia hiç ileri sürülmemiş olsa bile taşınmazın aynen paylaştırılmasının İmar mevzuatına uygun olup olmadığını mahkeme kendiliğinden araştırır.

⁹³⁷ Bu sebebin bulunması durumunda da idame-î şüyu sözleşmesinin varlığına rağmen ortaklığın giderilmesi davası açılabilceği hakkında bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 609; Kurşat, **a.g.e.**, s. 216.

3. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Talep Sonucunun Değiştirilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucunda değişiklikler olabilir. Bu değişikliklerin davanın değiştirilmesi anlamına gelip gelmeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Öğretide bir görüşe göre, paylaşırma türleri arasında değişiklik yapılması, davanın değiştirilmesi yasağı çerçevesinde ele alınmalıdır⁹³⁸. Böylece aynen paylaşırma talebiyle açılan davada sonradan satış istenmesi yahut satış yoluyla paylaşırma talebiyle açılan davada daha sonra aynen paylaşırma istenmesi, davanın değiştirilmesi anlamına gelir⁹³⁹.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, “ortaklığın giderilmesi”, hem aynen paylaşırma hem satış yoluyla paylaşırma talebini içerdiği için, davacının tahkikat aşamasında ıslaha gerek duymadan aynen paylaşırma veya satış talep edebilmesi mümkündür⁹⁴⁰. Çünkü bu durum talepte daralma olarak değerlendirilmelidir⁹⁴¹.

Yargıtay, paylaşırma türüne yönelik taleplerdeki değişikliği dava değişikliği çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu bağlamda, aynen paylaşırma talebinden vazgeçilerek satış yoluyla paylaşırma istenmesi ancak ıslah yoluyla mümkündür⁹⁴². Aynı şekilde, satış talebi bırakılarak aynen paylaşırma istenebilmesi için ıslaha

⁹³⁸ Yabancı, **a.g.t.**, s. 57; Özgür, **a.g.e.**, s. 131.

⁹³⁹ Özgür, **a.g.e.**, s. 131.

⁹⁴⁰ Üstündağ, **Yasak**, s. 158, dn. 63.

⁹⁴¹ Üstündağ, **Yasak**, s. 158, dn. 63.

⁹⁴² “[...] Dâvacı, her ne kadar dâva konusu gayrimenkulün taksimine karar verilmesini dâva dilekçesinde istemiş ise de, mahkemece bu gayrimenkulün taksiminin mümkün olmadığını keşfen tesbit olunmasından sonra mahkemeye verdiği dilekçesinde, müddeabih gayrimnekulün taksimi mümkün olmadığından bahsile satılması suretiyle şüyuunun giderilmesini istemiş olmasına binaen, bu dilekçenin usul hükümleri gereğince dâvanın ıslahı mahiyetinde kabul olunarak, dâvanın kabulü ile [...]” Yarg. 6. HD 15. 8. 1969, E. 1969/2683, K. 1969/3298 (Kutsi Malatyalıoğlu/Hami Ertaş, **Paylaşırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Dâvaları**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1972, s. 252); aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 30.5.1973, E. 1973/1235, K. 1973/481 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 474 vd).

gerek vardır⁹⁴³. Yargıtay'ın, yakın tarihli başka bir kararında da, paylaşırma türlerinde değişiklik yapılmasının ıslah yoluyla mümkün olabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır⁹⁴⁴.

Ortaklığın giderilmesi talebinin hem aynen paylaşırma hem satış yoluyla paylaşırma talebini içermesi sebebiyle, bu paylaşırma türlerinden birinin ıslaha gerek olmadan sonradan ileri sürülebileceği görüşü kanaatimizce isabetli değildir. Zira dava dilekçesinde paylaşırma türü belirtilmeden “ortaklığın giderilmesi”nin istenemez⁹⁴⁵. Dolayısıyla tahkikat aşamasına geçilmiş olmasına rağmen paylaşırma türünün henüz talep edilmemiş olması söz konusu olamaz. Bir an için, paylaşırma türü belirtilmeden sadece ortaklığın giderilmesi talebi yeterli görülerek dava açılabilmesi görüşü⁹⁴⁶ kabul edilse bile, paylaşırma türleri arasında değişiklik yapılması yine dava değişikliği yasağı kapsamında ele alınmalıdır. Zira dava konusuna ilişkin yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere, aynen paylaşırma ve satış yoluyla paylaşırma talepleri usûl hukuku anlamında farklı taleplerdir⁹⁴⁷. Dolayısıyla aynen paylaşırma istendikten sonra satış yoluyla paylaşırma talep edilmesi veya tersi bir durum kanaatimizce davanın değiştirilmesi anlamına gelir ve bu yasak sadece karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla aşılabılır (HMK m. 141/2).

Bununla birlikte, bu davanın çift taraflı yapısı, bazı durumlarda bu yasağın uygulanmasını işlevsiz bırakabilir. Nitekim normal bir davada davacı ile davalının

⁹⁴³ “[...] Davacı son celsede satışı istemediğini ve yalnız taşınmaz malların taksimini istediğini söylemek suretiyle davasını ıslah etmiştir. Böyle bir ıslah usulen mümkündür [...]” Yarg. 6. HD, 16.09.1966, E. 1966/3112, K. 1966/3097 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 476 vd).

⁹⁴⁴ “[...] Somut uyuşmazlıkta, davacı ve davalılar dava konusu taşınmazlardaki ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemişlerdir. Hükme esas alınan 06.06.2013 günlü ziraat bilirkişi raporunda, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun 8.maddesi gereğince dava konusu taşınmazların bölünebilir büyüklükte olmadığı gerekçesiyle ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmeyeceğinden satış yoluyla giderilmesi gerektiği belirtilmiştir. HMK’nın “Taleple bağlılık ilkesi” başlığını taşıyan 26. maddesi uyarınca hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Davacı ve davalılar ortaklığın aynen taksim yoluyla giderilmesini istemişler, bu istemlerini yargılama sırasında ıslah yoluyla da değiştirmemişlerdir [...]” Yarg. 14. HD, 11.3.2014, E. 2014/818, K. 2014/3248 (Kazancı).

⁹⁴⁵ Bu konudaki açıklama için bkz. § 9, B, 1.

⁹⁴⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. V, B.

⁹⁴⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 1, c.

aynı şeyi talep edebilmeleri mümkün değildir. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında davacı ve davalı konumunda bulunan paydaşlar aynı paylaşırma türünü talep edebilir. Davacının, talebini davalının zaten istemiş olduğu bir şeyle değiştirmesi de esasen davanın değiştirilmesidir. Örneğin, aynen paylaşırma talebiyle açılan davada davalı paylaşırmanın satış yoluyla yapılmasını istemiş olsun. Davacının tahkikat aşamasında aynen paylaşırma talebini bırakarak satış yoluyla paylaşırma talep etmesi, davanın değiştirilmesi anlamına gelir. Ancak davacı, satış yoluyla paylaşırma talebini ıslaha gerek olmadan ileri sürebilir. Zira aynı yargılamada davalı da, satış yoluyla paylaşırma istediğine göre, davacının dava değiştirmesine rızası olduğu kabul edilmelidir. Böylece davacı, davalının rızasının bulunması sebebiyle, davasını değiştirmiş olur.

Davanın değiştirilmesi yasağı ile bir yandan davalının savunma hakkını daha etkin kullanması amaçlanırken, diğer yandan davalının dava konusu edilmiş talep hakkında hüküm alabilmesi konusundaki menfaati korunur⁹⁴⁸. Yine bu yasak sayesinde, ilgisiz vakıaların yargılamaya getirilmesi önlenerek davanın uzamasının önüne geçilir⁹⁴⁹. Aynen paylaşırma talebiyle dava açan davacının, bu talebini bırakarak tahkikat aşamasında davalının istemiş olduğu gibi satış yoluyla paylaşırma talep edebilmesi ve davalının bu dava değişikliğine rızasının olduğunun kabul edilmesi, kanaatimizce davanın değiştirilmesi yasağının amacına aykırı değildir. Zira mahkeme, davalının ileri sürdüğü talebi zaten inceleyip kural olarak o konuda bir karar verecekti. Böylece davacının talebini değiştirmesi ne davalının savunma hakkını kısıtlar ne de yargılamanın uzamasına neden olur.

Bununla birlikte mahkeme, davacının ilk talebi için araştırma yapmış ve bu konuda çeşitli masraflar ortaya çıkmış olabilir. Bu masraflar, davacının şimdi talebini değiştirmesiyle anlamsız hâle gelecektir. Kanaatimizce talebin değiştirilmesi sonucu anlamsız hâle gelen işlemler için yapılan masraflardan davacı sorumlu olmalıdır. Burada Hukuk Muhakemeleri Kanun'un 327. maddesinin birinci fıkrasından yararlanılabilir. Bu hükme göre, gereksiz yere davanın uzamasına neden olan taraf

⁹⁴⁸ Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 263, Rdnr. 3.

⁹⁴⁹ Üstündağ, **Yasak**, s. 3.

karar ve ilâm harcı hariç yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Ortaklığın giderilmesi davasında talebini değiştiren davacı bununla davanın gereksiz yere uzamasına neden olmuştur. Örneğin, aynen paylaşırma talep eden davacı, bu talebini bırakarak davalı gibi satış istemişse, aynen paylaşırmanın mevcut olup olmadığına yönelik yapılan işlemler anlamsız olur. Bu husus aynı zamanda davanın uzamasına da neden olabileceği için, davacı bu konudaki masraflardan 327. maddesinin birinci fıkrası kapsamında sorumlu tutulabilmelidir.

Davacının ileri sürmüş olduğu talep, o yargılamada ilk kez ileri sürülüyorsa bu durumda dava değiştirilmesi için ıslaha veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulur. Örneğin, aynen paylaşırma talebiyle açılan davada davalı da aynen paylaşırma yapılmasını istemiş olsun. Davacının tahkikat aşamasında aynen paylaşırma talebini bırakarak satış yoluyla paylaşırma talep etmesi, davanın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bu değişikliğin yapılabilmesi için karşı tarafın rızası veya ıslah gerekir.

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, önceden talep etmiş olduğu paylaşırma türünü sonradan değiştirebilir. Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı olması ve davalının davacı gibi değerlendirilmesi sebebiyle, davacı açısından yukarıda söylenen hususlar, davalının paylaşırma talebini değiştirmesi hâlinde de geçerlidir. Böylece davalının yeni talebinin, o davada daha önce (davacı ve diğer davalı paydaşlar tarafından) ileri sürülen bir talep olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer yeni talep, davacı ya da diğer davalılardan biri tarafından hâlihazırda ileri sürülmüşse, bu durumda ıslaha gerek yoktur. Ancak yeni talep, ilk kez şimdi davalı tarafından ileri sürülüyorsa, bu talep ıslah ya da karşı tarafın rızası olmadan değiştirilemez.

Son olarak aynen paylaşırma talebi ile kat mülkiyetine geçilmesi suretiyle paylaşırma arasındaki ilişkinin üzerinde durulması gerekir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 10. maddesinin beşinci fıkrasına göre, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında, taraflardan biri paylaşırmanın kat mülkiyeti kurularak yapılmasını talep edebilir. Yargıtay'a göre,

bu nitelikteki bir taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında aynen taksim talebi, kat mülkiyeti kurularak paylaşırma yapılması talebini de kapsar⁹⁵⁰. Kat mülkiyeti kurulması suretiyle paylaşırma, aynen paylaşırmanın bir yolu olduğuna göre⁹⁵¹, kanaatimizce aynen paylaşırma istemiş olan paydaş, bunun bir türü olarak kat mülkiyeti suretiyle paylaşırma yapılmasını ıslah veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç duymadan ileri sürülebilir.

Yargıtay’a göre, paylaşırmanın kat mülkiyeti kurularak yapılması talebi, yargılamanın her aşamasında⁹⁵² (temyiz aşaması dâhil⁹⁵³) ileri sürülebilir. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Kat mülkiyeti kurularak paylaşırma talebinin ilk kez temyiz aşamasında ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır. Zira ilk derece yargılamasında ileri sürülmemiş bir talebin ilk kez temyiz aşamasında gösterilmesi mümkün değildir⁹⁵⁴.

⁹⁵⁰ “[...] Yargıtay uygulamalarında, üzerinde yapı bulunan taşınmazlarda aynen taksim isteminin, paylaşmanın kat mülkiyetine çevrilmesi istemini de kapsadığı kabul edilmektedir. Bu tür davaların özelliği olarak gerek davacı taraf ve gerekse davalı taraf aynı haklara sahiptir [...]” Yarg. 18. HD, 28.10.2014, E. 2014/9200, K. 2014/15083 (karararama.yargitay.gov.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 18. HD, 25.03.2014, E. 2014/476, K. 2014/5484 (karararama.yargitay.gov.tr); Yarg. 18. HD, 21.01.2014, E. 2013/16369, K. 2014/826 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁹⁵¹ Bu konuda bkz. § 7, B, 1, c.

⁹⁵² “[...] Ortaklığın giderilmesi davalarında, ortak maliklerden birisi yargılamanın herhangi bir aşamasında paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması suretiyle yapılmasını istemesi halinde, hakim bu doğrultuda araştırma yapmalıdır [...]” Yarg. 18. HD, 15.09.2008, E. 2008/5986, K. 2008/9177 (app.e-uyar.com).

⁹⁵³ “[...] Kat Mülkiyeti Yasası’nın 10. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında, ortak maliklerden birinin yargılamanın (temyiz aşaması dahil) herhangi bir aşamasında paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması (taksim) yoluyla yapılmasını istemesi durumunda, hakim, 12. maddedeki belgeleri de tamamlattırıp taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı özgülenmesine karar vermelidir [...]” Yarg. 18. HD, 23.02.2016, E. 2015/22998, K. 2016/2997 (karararama.yargitay.gov.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 18. HD, 13.01.2016, E. 2015/21234, K. 2016/286 (karararama.yargitay.gov.tr); Yarg. 18. HD, 14.10.2015, E. 2015/974, K. 2015/14396 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁹⁵⁴ Karş. Burhan Gürdoğan, **Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Ajans Türk, Ankara, 1967, s. 26.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Dava Konusunun Devri

1. Genel Olarak

Davanın açılması, davaya konu edilen hakkın devrine engel değildir (HMK m. 24/3)⁹⁵⁵. Dolayısıyla davanın açılmasından sonra davacı veya davalı taraf dava konusunu devredebilir. Dava konusunun devrinin sonuçları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, paydaşlardan her biri, kendi payı bakımından mâlik hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Bu sebeple her bir paydaş payını devredebilir (TMK m. 688/3). Payın tamamı veya bir kısmı⁹⁵⁶ diğer paydaşlara veya üçüncü kişiye devredilebilir.

Paylaştırmayı isteme hakkı, paya bağlı bir haktır⁹⁵⁷. Dolayısıyla bu hakkın paydan bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir⁹⁵⁸. Öyleyse bu pay devredildiğinde, paya bağlı olan paylaştırmayı isteme hakkı da devredilmiş olur. Pay devri gerçekleştirilmeden, sadece paylaştırmayı isteme hakkının devredilmesi mümkün değildir⁹⁵⁹. İşte ortaklığın giderilmesi davasında da dava konusunun devri olarak nitelendirilebilecek husus, paylaştırmayı isteme hakkının devri değil payın devridir.

Payın ortaklığın giderilmesi davası sırasında devredilmesi hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava konusunun devrine ilişkin bazı hükümlerinin uygulanması söz konusu olur.

⁹⁵⁵ İlhan E. Postacıoğlu, “Davalı Şeyin ve Hakkın Temliki: H.U.M.K’nun 186’ncı Maddesi Üzerine Bir Deneme”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 113; Meriç, **Tasarruf**, s. 154; bu konuda ayrıca bkz. yuk. V, A, 2.

⁹⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, 307.

⁹⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 331 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 604; Sirmen, **a.g.e.**, s. 295; Kürşat, **a.g.e.**, s. 173 vd; Özgür, **a.g.e.**, s. 58.

⁹⁵⁸ Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 23; BeckOK BGB/Gehrlein, **BGB**, § 749 Rndr. 4.

⁹⁵⁹ Gehrlein, **BeckOK BGB**, § 749 Rndr. 4; Schmidt, **MüKO BGB**, § 749, Rdnr. 23; Özgür, **a.g.e.**, s. 58; Kural olarak, asıl hakkın devredilmeden bu hakka bağlı inşai hakkın devredilemeyeceği hakkında bkz. Önen, **İnşai Dava**, s. 26; Börü, **Devir**, s. 210; ayrıca bu konuda genel olarak bkz. Buz, **a.g.e.**, s. 382 vd;

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinde, dava konusunun devrine ilişkin ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu hükme göre, davacın dava konusunu devretmesi ile davalının dava konusunu devretmesinin hükümleri birbirinden farklıdır.

Çift taraflı dava olan ortaklığın giderilmesi davasında, dava konusunun devrinin davacı ve davalı açısından ayrı bir şekilde incelenmesine gerek yoktur.. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında davalı da davacı gibi değerlendirilir. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında davacı konumunda bulunan paydaş ile davalı konumundan bulunan paydaşın payını devretmesinin sonuçları aynı olduğundan, bu konu davacı ve davalı paydaş açısından birlikte ele alınacaktır.

2. Payın Üçüncü Kişiye Devredilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlardan biri, payını üçüncü kişiye devredebilir. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinin ikinci fıkrasına göre, davacının dava konusunu devretmesi durumunda, devralan kişi davacının yerine geçer ve yargılama kaldığı yerden devam eder. Bu hüküm, ortaklığın giderilmesi davasında davacı paydaşın payını üçüncü kişiye devretmesi durumunda da uygulanır. Dolayısıyla davacıdan payı devralan üçüncü kişi, payı devretmiş olan kişi yerine geçer ve yargılama kaldığı yerden devam eder (HMK m. 125/2)⁹⁶⁰. Yeni paydaş davaya dâhil edilmeden davanın sonlandırılması mümkün değildir⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Kuru, C. III, s. 3883.

⁹⁶¹ “[...] Somut olaya gelince; dosya arasına alınmış 05.12.2017 tarihli tapu kaydına göre, ...'nin taşınmazdaki payını 04.12.2017 tarihinde dava dışı ...'ne sattığı anlaşıldığından; taşınmazda pay satın alan, anılan şirketin davaya dahil edilerek, adresine 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine uygun olarak dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğ edilip, savunma ve delilleri toplandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekir. Bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 27.3.2018, E. 2017/6200, K. 2018/2391 (karararama.yargitay.gov.tr); “[...] Somut olaya gelince; yargılama sırasında davacı ...'in payını davadışı ... 'a 24.03.2017 tarihinde satış

Davalının dava konusunu devretmesi durumunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davacıya iki seçimlik hak tanımıştır. Buna göre davacı, ya dava konusunu devralana karşı davaya devam etmeli ya da davasını, devreden taraf hakkında tazminat davasına çevirmelidir (HMK m. 125/1)⁹⁶².

Bununla birlikte, ortaklığın giderilmesi davasında davalı da davacı gibi değerlendirilir. Dolayısıyla davalı konumunda bulunan paydaşın payını üçüncü kişiye devretmesi durumunda, davalının dava konusunu devretmesine ilişkin kuralları içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 125. maddesinin birinci fıkrası değil, davacının dava konusunu devretmesine ilişkin sonuçların düzenlendiği ikinci fıkrası uygulanmalıdır. Böylece kendisine pay devredilen üçüncü kişi, payı devreden kişinin yerine geçer ve yargılama kaldığı yerden devam eder (HMK m. 125/2).

Davalının dava konusunu devretmesi hâlinde, davacının davasını devreden aleyhine tazminat davasına çevirebilmesine imkân sağlayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 125. maddesinin birinci fıkrasındaki hükmün, ortaklığın giderilmesi davasında uygulanamayacağı özellikle belirtilmelidir⁹⁶³. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında davalı konumunda bulunan paydaşın dava konusunu devretmesi hâlinde, davacının dava konusuna devretmesine ilişkin hükümler uygulanır. Böylece payı devralan üçüncü kişi davaya dâhil olur ve yargılama kaldığı yerden devam eder. Ayrıca davalının dava konusunu devretmesi durumunda davacının davasını eski davalıya karşı tazminat davasına çevirmesi ortaklığın giderilmesi davasının amacına da uygun değildir. Zira ortaklığın giderilmesi davasında davacı, davalının payının kendisine verilmesini değil, paylı

*yoluyla devrettiği anlaşılmıştır. O halde; Mahkemece, güncel tapu kaydı getirtilerek HMK 125. maddesi uyarınca işlem yapılması, daha sonra işin esasına yönelik bir karar verilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 26.9.2017, E. 2017/3262, K. 2017/6867 (Lexpera); ayrıca genel olarak bkz. Börü, **Devir**, s. 358.*

⁹⁶² Umar, **Şerh**, s. 403 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 510 vd; Postacıoğlu/Altay, **a.g.e.**, 487 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 754 vd; Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1552 vd; Börü, **Devir**, s. 301 vd; mülgâ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki durum için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 277 vd; Üstündağ, **Yargılama**, s. 560 vd; Postacıoğlu, **Temlik**, s. 116 vd; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 465 vd; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 475 vd; Kuru, **C. III**, s. 3803.

⁹⁶³ Aybay, **Taksim**, s. 49; Gökçe, **a.g.e.**, s. 231.

mülkiyete konu şeyin paylaşılmasını talep eder. Bu sebeple davacı, paylaşırma talebini artık payı devralan kişiye yöneltmelidir⁹⁶⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre davacı, dava konusunu devralmış kişiye karşı davasını devam ettirmiş ve davayı kazanmışsa, yargılama giderlerinden dava konusunu devreden ve devralan müteselsilen sorumlu olur. Kanaatimizce bu hüküm ortaklığın giderilmesi davasında uygulanamaz. Zira bu davada, diğer davalardan farklı olarak, davanın sadece bir taraf için kazanılması ya da kaybedilmesi söz konusu değildir. Davanın kabul edilmesi durumunda, davacı ve davalı tarafta yer alan paydaşlar yargılama giderlerinden ancak payları oranında sorumlu olur⁹⁶⁵.

Paydaşlardan biri payının tamamını devredebileceği gibi bir kısmını da devredilebilir⁹⁶⁶. Ortaklığın giderilmesi davasında bir paydaş, payının bir kısmını üçüncü kişiye devrettiğinde, payı kısmen devralan kişi de yargılamaya dâhil edilmelidir. Zira bu devir işlemiyle üçüncü kişi paydaş olmuştur. Payının bir kısmını devreden paydaş, kalan kısmında pay sahibi olduğu için onun da yargılamaya devam etmesi gerekir. Böylece kısmî devirle birlikte davadaki taraf sayısı artmış olur.

Taşınmazın paylaşılması davasında, paydaşlardan biri payını payını üçüncü bir kişiye devredebilir. Paylı mülkiyette bir paydaş, taşınmaz üzerindeki payının tamamını üçüncü bir kişiye devrederse, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanıp (TMK m. 732) alıcıya karşı önalım davası açabilir. Eğer önalım davası açılırsa, bu

⁹⁶⁴ Dava konusu devredilmesine rağmen davacının seçimlik bir hakkının bulunmadığı davalar ortaklığın giderilmesi davasıyla da sınırlı değildir. Örneğin bkz: “[...] İptal ve tescile karar verilen taşınmaz tapuda paylı olarak kayıtlı olup, davalılardan M.. Ş..’e ait 2/8 oranındaki pay kararın verilmesinden sonra 01.03.2006 tarihinde Y.. Ş.. adlı kişiye geçmiştir. Dava tüm paylar yönünden açıldığına ve hüküm tüm paylara yönelik verildiğine göre paydaşlar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve Kıyı Yasası uygulaması nedeniyle iptal-tescil talep edildiği ve bu sebeple davacı Hazinesin bedele yönelik seçimlik talep hakkını (HMK m.125/1-b) kullanamayacağı gözetilerek davanın yeni malike yöneltmesi gerekir. Bu amaçla davacı Maliye Hazinesi vekiline uygun süre verilmelidir [...]” Yarg. 8. HD, 5.10.2015, E. 2015/15848, K. 2015/17449 (Kazancı).

⁹⁶⁵ Bu konu hakkında bkz. aşı. XV, B.

⁹⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, 307.

dava ortaklığın giderilmesi davası açısından bekletici sorun sayılmalıdır⁹⁶⁷. Zira devredilen payın mülkiyetinin kime ait olacağı önalım davası sonunda ortaya çıkacaktır⁹⁶⁸. Önalım davası davacı lehine sonuçlanırsa, ortaklığın giderilmesi davasına dâhil edilen üçüncü kişinin artık taraf sıfatı kalmaz⁹⁶⁹. Böylece yargılama diğer paydaşlar arasında kaldığı yerden devam eder.

Bir davada dava konusunu devralan taraf, dava konusunu devreden eski tarafın davada yapmış olduğu önceki işlemleriyle bağlıdır⁹⁷⁰. Bu durum, ortaklığın giderilmesi davasında payın devredildiği üçüncü kişi bakımından da geçerlidir. Zira

⁹⁶⁷ “[...] Dava konusu edilen ve satışına karar verilen 93 persel nolu taşınmazda paydaş Mehmet Aydın bir kısım payını yargılama sırasında Ü... ve S..’a temlik ettiği ve devir alan şahısların da davaya dahil edildiği anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında yukarıda adı geçen şahısların devir aldıkları payın iptali için davalılardan M... tarafından Antalya 6.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/168 esasında önalım davası açıldığı ve mahkemece 29.4.2003 tarihli oturumda bu dava dosyasının sonucunun beklenilmesine karar verildiği halde bu ara kararından rücu edilmeden esas hakkında karar verilmiştir. Davalılar tarafından açılan önalım davasının kabulü halinde tapudaki mülkiyet durumu değişebileceğinden bu dava sonucunun bekletici mesele yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından [...]” Yarg. 6. HD, 7.11.2005, E. 2005/8235, K. 2005/9969 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 13.11.2019, E. 2016/10589, K. 2019/7685.

⁹⁶⁸ “[...] Dava konusu taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil davası bulunması halinde bu davaların sonunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasının sonucu da etkilenecektir. Bu nedenle, açılan tapu iptali ve tescil davaları 6100 sayılı HMK’nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerekir. Somut uyumsuzlukta; dava konusu 2692 ada 20 parsel sayılı taşınmazla ilgili davalı ... tarafından önalım hakkından kaynaklanan tapu iptal ve tescil davası açıldığı, davanın derdest olduğu ve bu dosyada verilecek kararın pay ve paydaş durumunu değiştirebileceği gözetilerek sonucunun beklenmesinin gerektiği açıktır [...]” 14. HD., 5.6.2017, E. 2015/13968, K. 2017/4661 (Lexpera) ayrıca bkz. Yarg. 6. HD, 7.11.2005, E. 2005/8235, K. 2005/9969 (Kazancı).

⁹⁶⁹ “[...] Somut olayda, her ne kadar davacı davanın açıldığı tarihte dava konusu taşınmazda hissedar ise de; yargılama sırasında davalı ... tarafından davacı aleyhine dava konusu 4376 ada 20 parsel sayılı taşınmazla ilgili olarak Isparta 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2016/42 Esas sayılı dosyasında, önalım hakkından kaynaklanan tapu iptali ve tescil davası açıldığı, davanın kabulüne karar verildiği, bu mahkeme kararının da 11.01.2018 tarihinde kesinleştiği böylece davacının dava konusu taşınmazda hissesinin kalmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle davanın aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 13.11.2019, E. 2016/10589, K. 2019/7685 (Kazancı). Kararda yer alan “aktif dava ehliyeti” ifadesi, somut olay açısından, taraf sıfatı olarak anlaşılmalıdır.

⁹⁷⁰ Börü, **a.g.e.**, s. 360.

payın devri ile, payı devralan payı devreden cüz'î halefi olur⁹⁷¹. Böylece üçüncü kişi, payını devralmış olduğu eski paydaşın davada daha önceden yapmış olduğu işlemlerle bağlı olacaktır.

3. Payın Paydaşlardan Birine Devredilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesi, dava konusunun üçüncü bir kişiye devri hâlinde uygulanır⁹⁷². Ortaklığın giderilmesi davasında taraflar paylarını birbirine devredebilir. Örneğin, davacı konumundan bulunan paydaşlardan biri payını diğer davacı paydaşlardan birine ya da davalı konumunda bulunan paydaşlardan birine devredebilir. Böyle bir devir işleminin gerçekleşmesi durumunda bunun davaya etkisi üzerinde durulmalıdır.

Davacı tarafta sadece bir tane paydaş bulunur ve bu paydaş da payının tamamını davalılardan birine devrederse bununla dava sona ermez⁹⁷³. Zira hem kendisine pay devredilen hem de diğer davalılar, kendi haklarına dayanarak paylaşırma talebinde bulunabilir⁹⁷⁴. Davalı tarafta sadece bir tane paydaş yer alır ve bu paydaş da payının tamamını davacılarından birine devrederse, davanın seyri davacıların talebine göre değişiklik arz eder. Eğer tüm davacılar aynen paylaşırma talep etmişlerse, dava sona ermeyip aynen paylaşırma şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılır. Eğer şartları mevcut ise paylı mülkiyete konu şey parçalara ayrılıp davacılar özgülendir. Davacıların tamamı satış yoluyla paylaşırma istemişse ve şartları mevcut ise mahkemece satış hükmü kurulur. Davacılarından birisi aynen

⁹⁷¹ Eren, **Mülkiyet**, s. 93.

⁹⁷² Muhammet Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1563; Börü, **Devir**, s. 243.

⁹⁷³ Kuru, **C. VI.**, s. 6276; Kurşat, **a.g.e.**, s. 307.

⁹⁷⁴ “[...] Dava, taşınmaz mal ortaklığının giderilmesi isteminden ibarettir. Duruşma devam ederken, davacı taşınmaz maldaki payını davalılardan A...’ya satmış ve böylece taşınmaz malla ilgisi kesilmiştir. Ancak, davalılardan H... vekili 17.2.1973 tarihli dilekçe ile ve ayrıca 26.4.1973 tarihli celsede davanın, taraflarından yürütülmek istendiğini bildirmiştir. Ortaklığın giderilmesi davaları niteliği itibarı ile iki taraflı davalardan bulunduğundan bu yolda istemde bulunan davalı paydaş, bu talebini yapmakla, davacı yerine geçer. Bu itibarla davanın görülmesi gerekirken, aksine düşünce ile ret kararı verilmesi, usul ve kanuna aykırı olmakla hükmün açıklanan nedenle bozulmasına [...]” Yarg. 6. HD, 21.3.1974, E. 1974/1290, K. 1974/1291 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 87).

paylaştırma, diğeri satış yoluyla paylaştırma istemişse⁹⁷⁵, mahkeme bu taleplerin şartlarını araştırır ve duruma göre aynen paylaştırma ya da satış hükmü kurar. Dolayısıyla davalının payını davacılarından birine devretmesi ortaklığın giderilmesi davasının sona ermesine neden olmaz.

Davacı ve davalılar arasındaki pay devri, tarafların davadaki konumlarını değıştirmez. Yani davacının payını devralan davalı bununla davacı olmadığı gibi davalının payını devralan davacı da bununla davalı yerine geçmez. Zira çift taraflı bir dava olan ortaklığın giderilmesi davasında her bir taraf davacı ve davalı olmak üzere iki role sahiptir⁹⁷⁶.

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflardan biri payını diğeri bir paydaşa devrederse onun artık yargılamadan ayrılması gerekir. Zira payın devriyle birlikte paya bağılı olan paylaştırmayı isteme hakkı da devredilmiş olur ve payını devreden kişi davada taraf sıfatını kaybeder. Bu devir işlemi neticesinde, paylaştırma hükmü artık yeni pay oranları göz önüne alınarak tesis edilecektir.

C. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Derdestlik

1. Genel Olarak

Bir davanın derdest olmasından, o davanın açılmış ve hâlen görülmekte olduğu anlaşılır⁹⁷⁷. Bir dava derdest iken, bu dava ile aynı olan başka bir dava açılmaz. Derdestlik bir dava şartı olduğundan ikinci kez açılan dava usûlden reddedilir (HMK m. 114/1-ı),

Sonradan açılan davanın derdestlik sebebiyle reddedilmesi için bu davanın taraflarının, dava sebebi ve talep sonucunun ilk dava ile aynı olması gerekir. Ortaklığın giderilmesi davası bakımından derdestliğin bulunup bulunmadığı da, her

⁹⁷⁵ Davacı tarafta bulunan paydaşların birbirinden farklı talepler ileri sürebileceğı hakkında bkz. yuk. VIII, B, 1.

⁹⁷⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B, 1.

⁹⁷⁷ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 4.

iki davanın tarafları, dava sebebi ve talep sonucu unsurlarının karşılaştırılması sonucu belirlenir.

2. Taraf Unsuru Açısından

Derdestliğin tespiti için öncelikle her iki davanın taraflarının aynı olması gerekir. İlk davanın tarafları ile ikinci davanın tarafları farklı ise, ikinci davanın görülmesine derdestlik engel olmaz.

Ortaklığın giderilmesi davasında tüm paydaşların davada yer almaları gerekir⁹⁷⁸. Bu davada üçüncü kişilerin davacı veya davalı tarafta bulunmaları kural olarak mümkün değildir⁹⁷⁹. Eğer ilk açılan ortaklığın giderilmesi davası ile sonradan açılan ortaklığın giderilmesi davasının tarafları aynı ise, derdestlik bakımından aranan tarafta aynîyet unsuru gerçekleşmiş olur.

İlk davadaki taraf rolleri ikinci davada değişiklik gösterebilir. Örneğin ilk davayı açan (A), ikinci davada davalı; ilk davanın kendisine karşı açıldığı (B), ikinci davada davacı olabilir. Ancak ikinci davadaki taraf rolleri, ilk davadakinden farklı olsa bile her iki davanın taraflarının aynı olduğu kabul edilir.⁹⁸⁰. Aynı durum ortaklığın giderilmesi davasında da geçerlidir. Paydaş (A)'nın diğer paydaş (B)'ye açmış olduğu ortaklığın giderilmesi davası görülmekteyken, paydaş (B)'nin diğer paydaş (A)'ya karşı ortaklığın giderilmesi davası açması durumunda, her iki davanın tarafları da aynı olur.

Ortaklığın giderilmesi davasının üçüncü kişiler (örneğin borçlunun alacaklısı) tarafından açılması durumunun üzerinde özellikle durulmalıdır. Bilindiği üzere,

⁹⁷⁸ “[...] Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan biri veya birkaçı diğer paydaşlara karşı açar. HMK'nın 27. maddesi uyarınca davada bütün paydaşların yer alması zorunludur [...]” Yarg. 20. HD, 17.6.2019, E. 2019/2067, K. 2019/4067 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 30.4.2019, E. 2016/5708, K. 2019/3869 (Kazancı). Bu konu hakkında ayrıca bkz. yuk. VIII, B, 2.

⁹⁷⁹ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, A, 2.

⁹⁸⁰ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 67; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 334; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 261, Rdnr. 81.

paydaş dışındaki üçüncü kişilerin bu davayı açabilmeleri mümkündür⁹⁸¹. Üçüncü kişi tarafından ortaklığın giderilmesi davası açılmışken, daha sonra paydaşlardan birinin ortaklığın giderilmesi davası açması durumunda ikinci davada nasıl hareket edileceğinin tespit edilmesi gerekir. Burada ikinci davanın tarafları, esasen ilk davanın taraflarından farklıdır. Zira ilk davada alacaklı, borçlu paydaşın temsilcisi değil o davanın kanun gereği tarafıdır⁹⁸².

Yargıtay, böyle bir durumda her iki davanın taraflarının farklı olması sebebiyle ikinci davanın derdestlik sebebiyle reddedilmemesi gerektiğine karar vermiştir^{983 984}. İkinci davanın açılabilirliğini belirten bir görüşe göre de, böyle bir durumda davaların birleştirilmesi gerekir⁹⁸⁵.

Üçüncü kişi tarafından ortaklığın giderilmesi davası açılmışken, daha sonra paydaşlardan birinin ortaklığın giderilmesi davası açması durumunda kanaatimizce derdestlik söz konusu olmalıdır. Çünkü ilk dava sonunda ortaya çıkacak olan hükmün etkisi, etki itibarıyla, ikinci davanın tarafları ve konusunu da kapsayacak

⁹⁸¹ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, A, 2, b-c.

⁹⁸² İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesiyle alacaklıya verilen dava takip yetkisi bakımından aynı sonuç için bkz. Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 103.

⁹⁸³ “[...] Somut olaya gelince; HMK'nın 114/1-ı maddesi gereğince derdestlik savunmasının geçerli kabul edilebilmesi için her iki davanın konusunun taraflarının ve dava sebebinin aynı olması gerekir. Davaya konu olayda aynı taşınmazla ilgili olarak ortaklığın giderilmesi davası açılmış ise de derdestliğe konu olduğu ileri sürülen ve alacaklı tarafından Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2007/266 Esas sayılı dosyasında devam eden davanın davacısı ile görülmekte olan bu davanın davacısı farklı kişiler olduğundan derdestlik söz konusu değildir. Buna dair olumsuz dava şartı gerçekleşmediğinden mahkemece davanın esasının incelenerek tarafların gösterdiği deliller değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken dava şartı yokluğu gerekçesiyle davanın usulden reddi doğru görülmemiş [...]” Yarg. 14. HD, 21.1.2016, E. 2014/16227, K. 2016/783 (Kazancı).

⁹⁸⁴ Yargıtay, benzer yaklaşımı kesin hüküm bakımından da göstermektedir. Nitekim Yargıtay’a göre, alacaklının açtığı davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, aynı borçlunun bir diğer alacaklısı, aynı konuda ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Her iki davanın tarafları farklı olduğu için burada kesin hüküm söz konusu olmaz (Yarg. 6. HD, 21.10.1968, E. 1968/3903, K. 1968/4353), (Müslim Tunaboğlu, **Paylaşma (Ortaklığın-Paydaşlığın Giderilmesi) Davaları**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 113). Bu konu hakkında aşa. XIV, B, 3.

⁹⁸⁵ Gökçe, **a.g.e.**, s. 169.

nitelikteyse, ikinci davanın derdestlik sebebiyle reddi gerekir⁹⁸⁶. Üçüncü kişi konumundan bulunan alacaklı, bu davayı borçlunun dava takip yetkisini kullanarak açmaktadır. Yani burada asıl hak sahibi hâlâ borçlu paydaştır. Dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açmış olduğu dava sonunda verilen hüküm, davada yer alamayan hak sahibi açısından da geçerlidir⁹⁸⁷. Öyleyse borçlu paydaşın alacaklısının açmış olduğu dava derdestken, diğer paydaşların aynı şey için paylaştırma davası açmaları, derdestlik sebebiyle mümkün olmamalıdır.

Paydaşlar arasındaki ortaklığın giderilmesi davası derdestken, dava takip yetkisi alan alacaklı, yukarıdaki gerekçelerle, aynı şey için tekrar bir paylaştırma davası açamaz. Bu durumda alacaklının, açılmış bulunan ilk davada borçlu tarafın yerine davaya dâhil olması gerekir⁹⁸⁸. Aynı durum, kanaatimizce borçlunun dava takip yetkisini almış diğer alacaklıları için de geçerli olmalıdır.

3. Dava Sebebi Unsuru Açısından

Derdestlik bakımından tarafta ayniyet unsuru tek başına yeterli değildir. Bu unsurun yanında ilk dava ile ikinci davanın dava sebebi de aynı olması gerekir. Her iki davada talep sonucunu haklı kılmaya yarayan vakıalar aynıysa, bu durumda dava sebebinin aynı olması söz konusudur⁹⁸⁹. Dava sebeplerin aynı olup olmadığının tespitinde hukukî sebep incelenmez⁹⁹⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulan şeyde paydaş olmaktır⁹⁹¹. Davacı, bu dava ile paylaştırılması istenen şey üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğunu ve kendisinin bu şeyde paydaş olduğu

⁹⁸⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 99, Rdnr. 24; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 261, Rdnr. 75; Grunsky/Jacoby, **a.g.e.**, s. 98 vd.

⁹⁸⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 157, Rdnr. 19 ff; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 325, Rdnr. 70; Otto, **a.g.e.**, s. 108; Dişel Kumru, **a.g.t.**, s. 172; İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesine dayanılarak alacaklı tarafından açılan dava sonunda ortaya çıkacak kesin hüküm etkisinin takip borçlusuna da sirayet edeceği hakkında bkz. Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 104.

⁹⁸⁸ Bu yönde bkz. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 640.

⁹⁸⁹ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 96.

⁹⁹⁰ Tanrıver, **Derdestlik**, s. 96.

⁹⁹¹ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 2.

vakıasına dayanır. Bu iddianın diğer anlamı da, kendi payı dışında kalan payların diğer paydaşlara ait olmasıdır. Yani örneğin davacı (A), davalı (B)'ye karşı açmış olduğu ortaklığın giderilmesi davasında, (X) parsel sayılı taşınmazda ½ oranında pay sahibi olduğunu ileri sürerek paylaşırma talebinde bulunduğunda, kalan ½ oranında payın da (B)'ye ait olduğunu iddia etmiş olur. Bu tespitin bir gereği olarak, ilk açılan ortaklığın giderilmesi davası görülmekteyken, aynı şey hakkında tekrar ortaklığın giderilmesi davası açılması durumunda her iki davanın dava sebebi aynı olur. Zira ikinci davada iddia edilen şeyler ile ilk davada iddia edilen şeyler aynıdır. Yukarıdaki örneğe göre, bu sefer (B)'nin yine (X) parsel sayılı taşınmazda ½ oranında pay sahibi olduğunu iddia ederek ortaklığın giderilmesi davası açması durumunda, bu dava ile (A)'nın (B)'ye karşı açmış olduğu ilk davanın dava sebepleri aynıdır.

4. Talep Sonucu Unsuru Açısından

Derdestlikten söz edilebilmesi için gerekli olan üçüncü unsur talep sonucudur. Talep sonucunda ayniyetin mevcut olması için söz edilebilmesi için, ilk davada talep edilen şey ile ikinci davada talep edilen şey aynı olması gerekir⁹⁹².

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucu, aynen paylaşırma veya satış yoluyla paylaşırmadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, aynen paylaşırma ile satış yoluyla paylaşırma talepleri birbirinden farklıdır⁹⁹³. Dolayısıyla aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu dava derdestken, aynı şey için satış yoluyla paylaşırma talebiyle dava açılması durumunda, her iki davadaki talep sonuçları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla ikinci davanın davanın derdestlik sebebiyle reddedilmemesi gerekir. Bununla birlikte bu ikinci dava, hukukî menfaat eksikliğinden ötürü usûlden reddedilmelidir. Çünkü aynı dava içinde ileri sürülebilecek iddia ve savunmalar için ayrıca dava açılmasında hukukî menfaat bulunmaz⁹⁹⁴. Aynen paylaşırmanın talep edildiği ortaklığın giderilmesi davasında davalı, dava açmasına gerek kalmadan, ortaklığın satış yoluyla giderilmesini talep

⁹⁹² Tanrıver, **Derdestlik**, s. 83 vd.

⁹⁹³ Bu konuda bkz. yuk. VII, B, 1, c.

⁹⁹⁴ Genel olarak bkz. Baki Kuru, "Dava Şartları", **Makaleler**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 181; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 275.

edebilir. Bu sebeple, onun bu talebi için karşı dava ya da başka bir mahkemede dava açmasında hukukî menfaati yoktur.

Aynen paylaştırmanın istendiği dava derdestken, diğer bir paydaşın aynı şey için aynen paylaşırma talep ederek dava açması durumunda, her iki davanın talep sonuçları aynı olur. Dolayısıyla ikinci davanın derdestlik sebebiyle reddi gerekir. Aynı şekilde, satış yoluyla paylaştırmanın istendiği dava derdestken, diğer bir paydaşın aynı şey için satış yoluyla paylaşırma talep ederek açacağı dava derdestlik sebebiyle reddedilir.

İlk davada talep edilen şey ile ikinci davada talep edilen şeyin aynı olup olmadığı karşılaştırılırken, ilk açılan ortaklığın giderilmesi davasında sadece davacının talep etmiş olduğu şeye bakılmamalıdır. Zira bu davalarda, davalı konumunda yer alan paydaş da paylaşırma talebinde bulunabilir. Davalı paydaşın paylaşırma talebinde bulunması durumunda, sanki o talep için bir dava açıldığı kabul edilerek⁹⁹⁵ ona göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, davacı (A) aynen paylaşırma talebiyle (B) ve (C)'ye karşı bir dava açmış olsun. (B), bu davada satış yoluyla paylaşırma talep etmiş olduğunda, ortada aynen paylaşırma ve satış yoluyla paylaştırmanın istenmiş olduğu iki davanın mevcut olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple (C)'nin veya (A)'nın daha sonra aynı şey için satış yoluyla paylaşırma talebiyle dava açmalarına derdestlik engel olur.

Kat mülkiyeti kurulması yoluyla paylaşırma talebi, aynen paylaşırma talebinin özel bir yolu olup, kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında aynen paylaştırmanın talep edilmiş edilmesi durumunda, bu talep kat mülkiyeti kurulması yoluyla paylaştırmanın talep edilmesi anlamına da gelir⁹⁹⁶. Dolayısıyla aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu dava derdestken, aynı taşınmaz için kat mülkiyeti kurulması yoluyla paylaşırma talebiyle sonradan açılan davanın derdestlik sebebiyle reddedilmesi gerekir.

⁹⁹⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B, 2.

⁹⁹⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. VII, B, 1, b.

Ç. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Bekletici Sorun

Bir davada karar verilebilmesi, bazen başka bir davanın sonucuna bağlı olabilir. Böyle bir durumda yargılama, o davanın sonuçlanmasına kadar bekletilebilir (HMK m. 165/1)⁹⁹⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, ortaklığın giderilmesi davası esnasında ortaya çıkan hangi uyuşmazlıkların bekletici sorun sayılacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktaydı (m. 568). Bu düzenlemeye göre, sadece ortaklığın giderilmesi davasının sonucuyla doğrudan ilgili olan uyuşmazlıklar için yargılamanın ertelenmesi mümkün olup davanın sonucuyla doğrudan ilgisi olmayan uyuşmazlıklar ortaklığın giderilmesi davasının görülmesine engel değildir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yukarıdaki hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamış olsa bile, o Kanun döneminde varılmış sonuç ile mevcut Kanun döneminde varılacak sonuç aynı olmalıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel olarak düzenlenen bekletici soruna ilişkin maddeye göre, bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya veya dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına kadar yargılama bekletilebilir (m. 165/1). Öyleyse ortaklığın giderilmesi davasında hangi uyuşmazlıkların bekletici sorun sayılıp sayılmayacağının tespiti için, 165. maddede getirilmiş olan ölçüt dikkate alınmalıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasının incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye başvurusu için uygun bir süre verir. İlgili taraf, verilen süre içinde görevli mahkemeye başvurmadığı takdirde bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir (Karş. HMK m. 165/2).

⁹⁹⁷ Bekletici sorun kavramı hakkında genel olarak bkz. Pekcanitez, **Bekletici Sorun**, s. 3. vd; İbrahim Aşık, **Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun**, Seçkin, Ankara, 2012, s. 19 vd; Önen, **Yargılama**, s. 188; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 450 vd.

Paylaştırmanın hangi kişiler arasında veya hangi oran nispetinde yapılacağı tam olarak belirlenmeden, ortaklığın giderilmesi davasında paylaştırma hükmünün kurulması mümkün değildir⁹⁹⁸. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davası esnasında bu uyuşmazlıkların ortaya çıkması durumunda, bu uyuşmazlıkların sonucu bekletici sorun sayılmalıdır⁹⁹⁹.

Paylaştırılması istenen şey hakkında tapu iptali ve tescili davası açılmış ise, bu davanın sonucu ortaklığın giderilmesi davası açısından bekletici sorun sayılmalıdır¹⁰⁰⁰. Zira tapu iptali ve tescili davası sonunda, pay ve paydaş durumu değişebilir¹⁰⁰¹. Bu durum, ortaklığın giderilmesi davasında paylaştırma hükmünü doğrudan etkiler¹⁰⁰². Yargıtay, aynı gerekçeyle, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan taşınmazdaki imar işlemlerinin iptali için idarî yargıda açılan davayı ortaklığın giderilmesi davası bakımından bekletici sorun saymıştır¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ Kurşat, **a.g.e.**, s. 318.

⁹⁹⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 318; Aybay, **Taksim**, s. 57.

¹⁰⁰⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 318; Aybay, **Taksim**, s. 57; Yarg. 14. HD, 23.1.2019, E. 2018/2775, K. 2019/710 (Kazancı)

¹⁰⁰¹ “[...] Ayrıca, davaya konu taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil davası bulunması halinde bu davaların sonunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasının sonucu da etkilenecektir. Bu nedenle, açılan tapu iptali ve tescil davaları 6100 Sayılı HMK’nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerekir [...]” Yarg. 14. HD, 13.3.2018, E. 2016/1918, K. 2018/1899 (Kazancı). Ayrıca Yargıtay, tapuda isim düzeltilmesi talebinin, ortaklığın giderilmesi davası açısından bekletici sorun yapılabileceğine karar vermiştir: “[...] Olayımızda tapu paydaşı Mustafa oğlu K.M.T olduğu halde hükme esas alınan mirasçılık belgesi Mustafa oğlu M.K.T’na aittir. Tapuda paydaş olan Kemal Mustafa Tuzcuoğlu ile davacının miras bırakanı M.K.T.’nin aynı kişi olduğu dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bu husus üzerinde durularak gerekirse ilgisine tapuda isim düzeltme davası açmak üzere süre ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 6. HD, 8.12.2005, E. 2005/9778, K. 2005/11323 (Kazancı).

¹⁰⁰² Üstündağ, **Tapu Kütüğü**, s. 130.

¹⁰⁰³ “[...] Somut olayda; dava konusu taşınmazdaki imar işlemlerinin iptali için Ordu İdare Mahkemesi’nin 2013/1669 Esas sayılı dosyası ile dava açılmıştır. İmar planının iptali için idari yargıda dava açılmışsa, açılan bu davanın sonucunun beklenmesi gerekir. Bu dava sonunda pay ve paydaş durumunun değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davası etkilenecektir. İdari yargıda açılan idari işlemin iptali davası 6100 Sayılı HMK’nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele teşkil eder. Mahkemece, 01.07.2015 tarihli duruşmada Ordu İdare Mahkemesi dosyasının bekletici mesele yapılmasının eldeki davaya hukuki bir yarar sağlamayacağı gerekçesiyle bekletici mesele talebinin reddine

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflar arasında muhdesatın aidiyetine ilişkin uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Bu kapsamda paydaşlardan biri, muhdesatın kendisi tarafından yapılmış olduğunu ve paylaştırmada bunun da dikkate alınması gerektiğini iddia edebilir. Bu uyuşmazlığın çözümü¹⁰⁰⁴ bakımından asliye hukuk mahkemesi görevli olup, ortaklığın giderilmesi davasını gören mahkeme, iddia sahibine bu konuda bir dava açması için süre vermeli; süresinde bu davanın açılması durumunda bu davanın sonucunu bekletici sorun yapmalıdır¹⁰⁰⁵. Zira muhdesata ilişkin iddianın haklı bulunması durumunda paydaşların artırma sonucunda elde edecekleri değer değişecektir¹⁰⁰⁶.

Taşınmazın paylaşılması davası devam ederken paydaşlardan biri tarafından önalım davası açılması durumunda, önalım davasının sonucu ortaklığın

karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir [...]" Yarg. 14. HD, 30.9.2019, E. 2016/7759K. 2019/6015 (Kazancı).

¹⁰⁰⁴ Ortaklığın giderilmesi davasında muhdesatın kendisi tarafından yapıldığı iddiası diğer paydaşlar tarafından kabul edilmişse, bu iddia sahibinin ayrıca muhdesatın tespiti için dava açmasında hukukî menfaati bulunmaz. Bkz. "[...]Mahkemece yapılan yargılama sonucunda ortaklığın giderilmesi davasının davacısı ... tarafından taşınmaz üzerindeki bina, eklenti ve ağaçların bu davanın davacısı ...'a ait olduğunun görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davasında kabul edilmesi nedeni ile muhdesatın tesbitine ilişkin bu davada hukuki yararı bulunmadığından [...]"Yarg. 7. HD, 6.3.2003, E. 2003/54, K. 2003/608 (Kazancı).

¹⁰⁰⁵ "[...] Paydaşlığın (ortaklığın) satış suretiyle giderilmesine ilişkin davalarda taşınmaz üzerinde bulunan bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçaların (muhdesat) kime ait olduğu konusunda uyuşmazlık olup da bunlar üzerinde bazı paydaşların (ortaklar) hak iddia etmeleri ve öncelikle bu uyuşmazlığın giderilmesini istemeleri halinde o paydaşa görevli mahkemede dava açmak üzere HMK'nın 165. maddesi uyarınca uygun bir süre verilmelidir. Mahkemece verilen süre içerisinde dava açıldığı takdirde sonucunun beklenmesi, açılmadığı takdirde o konuda uyuşmazlık yokmuş gibi davaya devam edilmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta; davalı ...'ın kuyuya ilişkin muhdesat iddiasının yukarıda anılan ilkeler ışığında bir çözüme kavuşturularak, TMK m. 698 uyarınca ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi doğru görülmemiş olup [...]" Yarg. 14. HD, 12.9.2017, E. 2017/2270, K. 2017/6176 (karararama.yargitay.gov.tr); aynı yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 57.

¹⁰⁰⁶ "[...] Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. Belirlenen bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri bulunur. Bulunan bu değer ne kadarının arza ne kadarının muhdesata isabet ettiği yüzdelik (%...) oran kurulmak suretiyle belirlenir. Satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu oranlar esas alınarak yapılır. Muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara dağıtılır [...]" Yarg.14. HD, 25.01.2016, E. 2014/15914, K. 2016/830 (YKD, 2016/3, s. 635).

giderilmesi davası açısından bekletici sorun sayılmalıdır¹⁰⁰⁷. Çünkü devredilen payın mülkiyetinin kime ait olacağı önalım davası sonunda ortaya çıkacaktır¹⁰⁰⁸.

Yargıtay, mirasta denkleştirme¹⁰⁰⁹ ve aile konutun özgülenmesi davalarının¹⁰¹⁰, paylaşırma davası için bekletici sorun yapılması gerektiğine karar vermiştir.

¹⁰⁰⁷ “[...] Dava konusu edilen ve satışına karar verilen 93 persel nolu taşınmazda paydaş Mehmet Aydın bir kısım payını yargılama sırasında Ü... ve S..’a temlik ettiği ve devir alan şahısların da davaya dahil edildiği anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında yukarıda adı geçen şahısların devir aldıkları payın iptali için davalılardan M... tarafından Antalya 6.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2003/168 esasında önalım davası açıldığı ve mahkemece 29.4.2003 tarihli oturumda bu dava dosyasının sonucunun beklenilmesine karar verildiği halde bu ara kararından rücu edilmeden esas hakkında karar verilmiştir. Davahılar tarafından açılan önalım davasının kabulü halinde tapudaki mülkiyet durumu değişebileceğinden bu dava sonucunun bekletici mesele yapılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu hususun göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından [...]” Yarg. 6. HD, 7.11.2005, E. 2005/8235, K. 2005/9969 (Kazancı); k.g. Kurşat, **a.g.e.**, s. 316; Aybay, **Taksim**, s. 58.

¹⁰⁰⁸ “[...] Dava konusu taşınmaz hakkında tapu iptali ve tescil davası bulunması halinde bu davaların sonunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasının sonucu da etkilenecektir. Bu nedenle, açılan tapu iptali ve tescil davaları 6100 sayılı HMK’nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerekir. Somut uyumsuzlukta; dava konusu 2692 ada 20 parsel sayılı taşınmazla ilgili davalı ... tarafından önalım hakkından kaynaklanan tapu iptal ve tescil davası açıldığı, davanın derdest olduğu ve bu dosyada verilecek kararın pay ve paydaş durumunu değiştirebileceği gözetilerek sonucunun beklenmesinin gerektiği açıktır [...]” 14. HD., 5.6.2017, E. 2015/13968, K. 2017/4661 (Lexpera) ayrıca bkz. Yarg. 6. HD, 7.11.2005, E. 2005/8235, K. 2005/9969 (Kazancı).

¹⁰⁰⁹ “[...] Davahılar A. ve N.Ü., davacı A.Ü. aleyhine Manavgat Asliye Hukuk Mahkemesinde 2005/169 Esas sayılı dosya ile mirasta denkleştirme davası açmıştır. Açılan bu dava görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davasının sonucunu etkileyeceğinden denkleştirme davasının sonuçlanmasının beklenmesi gerekir. Mahkemece açılan bu davanın sonucunun beklenilmesi gerekirken [...]” Yarg. 6. HD, 29.3.2007, E. 2007/2542, K. 2007/3548 (Kazancı).

¹⁰¹⁰ “[...] Ortaklığın giderilmesi ve aile konutunun özgülenmesi davaları nitelikleri itibariyle ayrı ayrı davalardır. Ortaklığın giderilmesi davaları, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallar ile haklarda paydaşlar (ortaklar) arasında mevcut birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirip ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalar olduğu halde, aile konutunun özgülenmesi davası sağ kalan eşe miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınması isteğini içermekte olup iki taraflı bir dava olduğu söylenemez. Miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkının tanınması isteğini içeren davada görevli mahkeme taşınmazın değerine göre belirlenir. Bu dava müstakil olarak açılabilirdiği gibi açılmış olan bir ortaklığın giderilmesi davasında karşı dava şeklinde de görülebilir. Özgüleme davası, ortaklığın giderilmesi davasında karşı dava şeklinde açılmış ise, mahkemece dava konusu taşınır ya da taşınmazın değeri belirlenerek, dava değer itibariyle sulh mahkemesinin görev sınırını aşıyorsa özgüleme davasının tefrikine ve mahkemenin

Borçlu mirasçının alacaklısının açmış olduğu paylaştırma davasında bu davaya özgü bazı durumlar da bekletici sorun olabilir. Alacaklının bu davayı açabilmesi, her şeyden önce borçluya karşı bir icra takibi yapılması şartına bağlıdır. Borçlunun bu takibe konu borç için menfi tespit davası açması durumunda, bu dava, ortaklığın giderilmesi davası için bekletici sorun hâline gelir¹⁰¹¹. Zira menfi tespit davasında borçlu lehine çıkan hükmün kesinleşmesi, ortaklığın giderilmesi davasının temeli olan icra takibini sona erdirir (İİK m. 72/5). Yine alacaklı tarafından ortaklığın giderilmesinin istendiği taşınmaz için borçlunun haczedilemezlik şikâyetinin bulunması, ortaklığın giderilmesi davası için bekletici sorun teşkil eder¹⁰¹². Zira haczi ve bu sebeple satışı mümkün olmayan bir mal için ortaklığın giderilmesi davası açılması mümkün değildir.

Son olarak, derdest paydaşıktan çıkarma davasının ortaklığın giderilmesi davası bakımından bekletici sorun sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulmalıdır¹⁰¹³. Yargıtay, paydaşıktan çıkarma davası sonucunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden, bu davanın sonucunun ortaklığın giderilmesi davası açısından bekletici sorun sayılması gerektiğine karar vermiştir¹⁰¹⁴. Kanaatimizce karar isabetli

görevsizliğine karar verilip, bu davanın sonucu beklenmelidir. (HUMK. Md.5) Karşı davanın değeri sulh mahkemesinin görevine giriyorsa HUMK'nun 566. maddesi uyarınca öncelikle özgüleme isteği çözümlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekmektedir [...] Yarg. 6. HD, 13.10.2010, E. 2010/8795, K. 2010/10793 (Kazancı).

¹⁰¹¹ “[...] Menfi tespit davasının kesinleşmesi halinde ortaklığın giderilmesi davasının sebebi ortadan kalkacağından mahkemece anılan dava bekletici mesele yapılarak kesinleşmesinin beklenmesi sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 26.03.2018, E. 2017/6109, K. 2018/2298 (karararama.yargitay.gov.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 6. HD, 21.5.2012, E. 2012/5631, K. 2012/7580 (Kazancı).

¹⁰¹² “[...] Somut olayda, borçlu olan davalı tarafından icra dosyasından konulan hacze ilişkin olarak, meskeniyet iddiası ile haczedilemezlik şikâyetinde bulunulduğundan, söz konusu şikâyet başvurusunun neticesi de davacının dava açma hakkını etkileyeceğinden, neticesinin beklenilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken [...]” Yarg. 6. HD, 26.3.2012, E. 2012/1755, K. 2012/4804 (Kazancı).

¹⁰¹³ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 316.

¹⁰¹⁴ “[...] Dava konusu taşınmaz hakkında paydaşıktan çıkarma davası bulunması halinde bu davanın sonunda pay ve paydaş durumu değişebileceğinden ortaklığın giderilmesi davasının sonucu da etkilenecektir. Bu nedenle, açılan paydaşıktan çıkarma davası 6100 Sayılı HMK'nın 165/1. maddesi gereğince görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele yapılması gerekir [...]” Yarg. 14. HD, 25.5.2017, E. 2015/12744, K. 2017/4230 (Kazancı); “[...] Satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi kendiliğinden ortaklığı sona

değildir. Çünkü paydaşlıktan çıkarma davası ile hedeflenen amaç, ortaklığın giderilmesi davası ile elde edilmektedir¹⁰¹⁵. Gerçekten, paydaşlıktan çıkarma davasında, paydaşın payı verilerek onun paylı mülkiyet ilişkisinden ayrılması sağlanır (TMK m. 696). Bu durum ortaklığın giderilmesi davası bakımından da geçerlidir. Ortaklığın giderilmesi davası ile tüm paydaşların payları kendilerine verilip paylı mülkiyet ilişkisi sona erer. Bu yönüyle, paydaşlıktan çıkarma davasının sonucu ortaklığın giderilmesi davasında verilecek olan hükmü doğrudan ilgilendirmez¹⁰¹⁶.



erdirmez. Görülmekte olan dava sonunda paydaşlıktan çıkarılmaya karar verilmesi halinde davalının paydaşlığı sona ereceğinden, paydaş sayısı azalacağından ortaklığın giderilmesi davası etkilenecektir. Paydaşlıktan çıkarma davası 6100 sayılı HMK'nın 165/1. maddesi gereğince 2010/270 Esas sayılı ortaklığın giderilmesi davası için bekletici mesele teşkil eder [...]” Yarg. 14. HD, 29.04.2013, E. 2013/3752, K. 2013/6325 (Lexpera).

¹⁰¹⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 316.

¹⁰¹⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s. 316.

XI. Davaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Açısından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Feragat

1. Genel Olarak

Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK m. 307/1). Türk hukukunda ağırlıklı olarak karma nitelikte bir işlem olarak kabul edilen feragat, içerik olarak maddî hukuka, şekil ve şartları açısından usûl hukukuna tâbidir¹⁰¹⁷.

Davadan feragatin temel olarak iki sonucu vardır. İlk olarak bu beyan, davayı sona erdirir¹⁰¹⁸. Davanın sona ermesi için karşı tarafın rızası ya da mahkemenin onayı gerekli değildir (HMK m. 309/2). İkinci olarak, feragat edilen davanın tekrar açılması mümkün değildir. Zira davadan feragat, kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 311/1).

Feragatin yukarıda belirtilen iki sonucu ortaklığın giderilmesi davası bakımından geçerli değildir. Zira bu davadan feragat edilmesi aynı davanın daha sonra açılmasına engel olmaz. Yine feragat beyanı davayı doğrudan sona erdirmez. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında feragat, teknik anlamda bir feragat olarak nitelendirilemez.

¹⁰¹⁷ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2011; Leyla Akyol Aslan, **Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 189 vd; Abdurrahim Karşlı, **Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler**, Kudret, İstanbul, 2001, s. 163 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 1049; davaya son veren taraf işlemleri açısından aynı sonuç için bkz. Kudret Aslan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ‘Davaya Son Veren Taraf İşlemleri’ne İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 316 vd; ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 426; Alman Hukukunda feragatin bir usûl işlemi olarak değerlendirilmesi hakkında genel olarak bkz. Rensen, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 306, 307, Rdnr. 22.

¹⁰¹⁸ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 279.

2. Feragat Beyanının Davayı Sona Erdirmemesi

a. Davalılara Davaya Devam Edip Etmeyeceklerinin Sorulması

Feragatin sonuç doğurabilmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir (HMK m. 309/2). Oysa ortaklığın giderilmesi davasında durum farklıdır. Çünkü bu dava feragat beyanıyla sona ermez¹⁰¹⁹.

Gerek öğreti¹⁰²⁰ gerekse de Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasına göre¹⁰²¹, feragat beyanından sonra mahkeme, davalılara davaya devam etmek isteyip

¹⁰¹⁹ İsviçre hukukunda durum farklıdır. Çünkü orada feragat ortaklığın giderilmesi davasını, sona erdirir (Sogo, **a.g.e.**, s. 59). İsviçre hukukunda, bunun önüne geçilebilmesi için davalının karşı dava açması tavsiye edilmektedir (Sogo, **a.g.e.**, s. 59; Andreas Baumann, “Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen”, **Successio**, H. 4/09, 2009, s. 287); yine başka bir görüş, asıl davanın daha sonra başka bir yer mahkemesinde görülmesine engel olmak için de karşı dava açılmasının isabetli olacağını belirtmektedir (Peter Breitschmid/Roland Fankhauser, “Arbeitskreis 10: Aktuelle Fragen des Ehegattenerbrechts”, **Vierte Schweizer Familienrecht § Tage 31. Januar / 1. Februar 2008 in Zürich**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008, s. 244). Eğer davalı karşı dava açmışsa, davacının feragatine rağmen davaya devam edilecektir (Sogo, **a.g.e.**, s. 59; Baumann, **a.g.m.**, s. 287). “Davanın geri çekilmesi” olarak Türkçe’ye çevrilebilecek *Klagerückzug* kavramına ilişkin sonuçlar, İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 65. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kavramın, sonuçları itibarıyla, Türk hukukunda bir yönüyle davadan feragate, diğer yönüyle de davanın geri alınmasına denk geldiği söylenebilir. Hükme göre, dava dilekçesi kendisine tebliğ edilen davalı, davanın “geri çekilmesi”ne rıza göstermezse, “geri çekilmiş” dava artık tekrar açılmaz. Bu, sonuçları itibarıyla hukukumuzda feragat kurumuna benzer. Oysa davalının buna rıza göstermesi ya da dava dilekçesinin henüz davalıya tebliğ edilmediği dönemde dava geri çekilmişse, o dava tekrar açılabilir. Bu da, en azından sonuçları itibarıyla hukukumuzda davanın geri alınmasına denk düşer.

¹⁰²⁰ Umar, **Şerh**, s. 921; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 556; Aral, **a.g.e.**, s. 140; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 427; Akyol-Aslan, **a.g.e.**, s. 288 vd; Avcı, **a.g.e.**, s. 75; Hatemi/Serozan/*Arpacı*, **a.g.e.**, s. 142; Hatemi, **a.g.e.**, s. 165; Özgür, **a.g.e.**, s. 129; Budak/Karaaslan, **a.g.e.**, s. 286; karşı görüş için bkz. Aybay, **Taksim**, s. 40, 46.

¹⁰²¹ “[...] Davacı davasından feragat etse bile davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilerek işin esası hakkında karar verilmelidir [...]” Yarg. 14. HD, 10.05.2017, E. 2015/12630, K. 2017/3965 (Lexpera); “[...] Davacı vekili 23.12.2010 havale tarihli dilekçeyle satışına karar verilen 167, 177, 1153, 1156 numaralı parseller yönünden davadan feragat ettiğini beyan etmiş olup Mahkemece davalılardan feragat beyanına karşı diyeceklerinin sorulması ve sonucuna göre bir karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 1.3.2011, E. 2010/14249, K. 2011/2245 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 30.3.2017, E. 2016/16417, K. 2017/2555 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 27.9.2017, E. 2017/3258, K. 2017/6943 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 12.2.2018, E. 2018/115, K. 2018/1226 (karararama.yargitay.gov.tr).

istemediklerini sormalı; davalılardan birinin istemesi durumunda, yargılamaya devam edilmelidir. Böyle bir uygulamanın nedeni, ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı yapısı¹⁰²² ve davalının da davacı gibi değerlendirilmesidir¹⁰²³.

Öğreti ve yargı kararlarıyla tespit edilen bu husus, kanaatimizce de isabetlidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında davalı sanki bir karşı dava açmış gibi değerlendirilmelidir. Bunun bir sonucu olarak, ortaklığın giderilmesi davasında davalı sayısı kadar dava vardır. Dolayısıyla sadece davacının davaya devam etmek istememesi diğer davaların sona erdirmeye yetmez. Başka bir anlatımla, bu hakka sahip olan davalıların bu konuda kendilerinin karar karar vermeleri gerekir. Eğer onlar davaya devam edilmesini isterse, dava kaldığı yerden devam etmelidir.

Kanaatimizce, yukarıda ortaya konulan yaklaşım Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun karşı davaya ilişkin hükümleriyle desteklenebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun 134. maddesinin birinci fıkrasına göre, asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel değildir. Buna göre, asıl dava usûl veya esastan reddedilmiş ya da davanın geri alınması, sulh veya kabul neticesinde sona ermiş olsa bile karşı dava görülüp karara bağlanmalıdır¹⁰²⁴. Bu hüküm, ortaklığın giderilmesi davasındaki davadan feragat etmek istenmesi durumunda kıyasen uygulanabilir. Böylece ortaklığın giderilmesi davasından feragat, davayı sona erdirmeyecek; paylaşırma yapılmasını isteyen davalıların davaya devam etmeleri bu şekilde mümkün olacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davasında, davacının feragat beyanının doğrudan davayı sona erdirmemesi ve davalıların davaya devam edeceklerini bildirdiklerinde yargılamanın kaldığı yerden devam etmesi, usûl ekonomisine uygundur. Zira normal bir davada davalı konumunda bulunan kişinin aynı davayı açabilmesi mümkün

¹⁰²² Aybay, **Taksim**, s. 37; Aral, **a.g.e.**, s. 138; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 628.

¹⁰²³ Ezciümle Yarg. 14. HD, 30.3.2017, E. 2016/16417, K. 2017/2555 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 27.9.2017, E. 2017/3258, K. 2017/6943 (Lexpera).

¹⁰²⁴ Okonska, **a.g.e.**, s. 68; Roger Dürr (Bearb.), **Baker&McKenzie Schweizerische ZPO**, Art. 224, Rdnr. 1.

değilken; ortaklığın giderilmesi davasında bu mümkündür. Eğer normal bir davada olduğu gibi feragat, ortaklığın giderilmesi davasını tek başına sona erdirseydi, usûl ekonomisine aykırı bir sonuç ortaya çıkmış olurdu. Zira feragatle sona eren bu davanın tekrar açılması durumunda, ilk davada yapılmış işlemlerin tekrar yapılması gerekecekti. Bu ise, davanın gereksiz yere uzaması ve masrafların artmasına neden olacaktı. Bu bakımdan ortaklığın giderilmesi davasından feragatin kural olarak davayı sona erdirmemesi usûl ekonomisine uygundur.

Kanaatimizce bu yaklaşım, davayı sonlandırabilmesi hususunda davacının sahip olduğu serbestiyi ifade eden tasarruf ilkesine aykırı değildir. Zira ortaklığın giderilmesi davası sadece davacının değil diğer paydaşların paylarını da ilgilendirir. Öyleyse paydaşların tamamı istemedikçe bu davanın sona ermesi uygun olmaz.

b. Davalıların Davaya Devam Etmeleri

Davaya devam etmek istenip istenmediğine ilişkin sorunun muhatabının belirlenmesi gerekir. Yargıtay’a göre, feragatin duruşmada yapılıp yapılmadığı önemlidir. Eğer feragat duruşmada yapılırsa, bu sorunun sadece o duruşmada hazır bulunan davalılara¹⁰²⁵ yöneltilmesi gerekir¹⁰²⁶. Eğer feragat duruşma dışında yapılmışsa, davalılara tebligat çıkarılıp bu konuda görüş bildirmeleri için bir duruşma günü tayin edilmelidir¹⁰²⁷. Öğretide ise, böyle bir ayırım yapılmadan, davanın sona

¹⁰²⁵ Paylaştırma istemiş olmalarına rağmen, feragat beyanının yapıldığı duruşmaya mazereti sebebiyle katılamayan paydaşlar olabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda, onlara da davaya devam edip etmeyeceklerinin sorulması gerekir. Aksi takdirde, onların davayı devam ettirebilme yetkileri, haklı bir sebep olmaksızın ortadan kaldırılmış olur.

¹⁰²⁶ “[...] *Bu nedenle davacının davadan feragat beyanına karşı hazır bulunan davalılardan diyecekleri sorulmalı, davaya devam etmeyi istemeleri halinde yargılamaya devam edilmelidir* [...]” Yarg. 14. HD, 10.11.2016, E. 2015/7591, K. 2016/9267 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 10.05.2017, E. 2015/12630, K. 2017/3965 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 27.9.2017, E. 2017/3258, K. 2017/6943 (Lexpera).

¹⁰²⁷ “[...] *Somut olaya gelince; davacı vekilinin 02.03.2015 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiği, taraflara tebligat çıkartıldığı halde duruşma yapılmaksızın karar verildiği anlaşıldığından mahkemeye ortaklığın giderilmesi davalılarının çift taraflı olma özelliğinden dolayı duruşma açılarak davalılardan feragatle karşı diyeceklerinin sorulması ve davalılardan birinin ya da birkaçının davaya devam etmek istemesi halinde davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmeyerek yargılamaya devam edilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmektedir* [...]” Yarg. 14. HD, 30.5.2017, E. 2015/13319, K. 2017/4452 (Lexpera).

erebilmesi için bütün davalıların bu yöndeki rızalarının bulunması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰²⁸.

Ortaklığın giderilmesi davasındaki feragate karşı diğer paydaşların beyanı hakkında, kanaatimizce davanın geri alınmasına ilişkin hükümler uygulanabilir¹⁰²⁹. Nasıl ki davanın geri alınması için tüm davalıların rızası gerekliyse, ortaklığın giderilmesi davasının sona ermesi için de tüm davalıların buna rıza göstermesi gerekir. Şu kadar ki, davaya devam edilip edilmeyeceğine ilişkin sorunun, açıkça davanın reddini isteyen paydaşa yöneltilmesine gerek olmamalıdır. Zira paylaştırmanın yapılmamasını isteyen davalının davaya devam etmek istememesi tabii bir durumdur.

Eğer davalılardan biri dahi davaya devam edilmesini isterse, dava kaldığı yerden devam etmelidir. Bu bakımdan mahkemenin bu soruyu öncelikle paylaşırma istemiş olanlara yöneltmesi daha isabetli olur. Zira paylaşırma isteyen davalının, yargılamanın devam etmesini istemesi muhtemeldir.

Öğretideki bir görüşe göre, feragat üzerine paydaşlardan biri davaya devam edeceğini beyan ederse, feragat beyanını ileri süren davacı davalı konumuna geçer¹⁰³⁰. Diğer paydaşların beyanı kanaatimizce davanın geri alınmasına muvafakat olarak değerlendirildiği için, tarafların davanın başlangıcındaki pozisyonlarında bir değişiklik söz konusu olmaz. Kaldı ki, çift taraflı bir dava olan ortaklığın giderilmesi davasında, bu yöndeki bir tespitin çok önemli bir sonucu da bulunmaz. Zira feragat beyanında bulunan paydaş ister davacı ister davalı konumunda bulunsun, davanın olumlu sonuçlanması durumunda payını alacaktır.

¹⁰²⁸ Akyol Aslan, **a.g.e.**, s. 289.

¹⁰²⁹ Bu konu hakkında bkz. aşa. XI, A, 4.

¹⁰³⁰ Aybay, **a.g.e.**, s. 46; ayrıca bkz. “[...] *Ortaklığın giderilmesi davaları özellikleri itibariyle çift taraflı davalarda olup, davacının feragati, diğer tarafın davayı takip etmek istemesi hâlinde, davayı yürütmek isteyen kimse diğer davalardan farklı olarak davacı durumuna geçer [...]*” Yarg. 6. HD, 2.5.1974, E. 1974/2168, K. 1974/2139 (**İBD**, 1975/1-2, s. 111; “[...] davalı da ortaklığın giderilmesini istediğine göre olayda davacı niteliğini kazanacağından [...]” Yarg. HGK, 2.2.1977, E. 1977/6-2895, K. 1977/104 (**İKİD** 1978/211, s. 6234).

Yargıtay’a göre, borçlu mirasçının alacaklısının açmış olduğu paylaşırma davasından feragat edilmesi de davayı sona erdirmez. Burada da mahkeme davaya devam edilip edilmeyeceğini sormalıdır¹⁰³¹. Kanaatimizce böyle bir durumda dava en azından davadan feragat eden alacaklı açısından artık sona erer. Zira alacaklı, o davada paydaş olmadığı için onun artık davada yer alabilmesi mümkün değildir.

c. Davalıların Davaya Devam Etmemeleri

Davalılardan hiçbirisi davaya devam etmek istemezse, ortaklığın giderilmesi davası sona erer. Davacının feragat beyanının davaya sona erdirebildiği tek durum budur.

Davaya devam edilmesini istemeyen davalı, bu beyanıyla, ileride aynı konuda ortaklığın giderilmesi davası açma hakkını kaybetmez. Zira bu beyan, sadece mevcut yargılamanın devam edip etmemesine yöneliktir. Davalılar, kendi haklarına dayanarak ortaklığın giderilmesi davasını tekrar açabilir¹⁰³². Yargıtay’a göre de durum böyledir¹⁰³³.

Feragat beyanında bulunan davacının bu davayı tekrar açıp açamayacağı sorunu, öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, davacının bu davayı tekrar açabilmesi

¹⁰³¹ “[...] Dava, İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca yetki belgesine istinaden alacaklı tarafından açılan ortaklığın giderilmesi isteğine ilişkindir [...] Davacı davasından feragat etse bile davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilerek işin esası hakkında karar verilmelidir. Bu nedenle davacının davadan feragat beyanına karşı hazır bulunan davalılardan diyecekleri sorulmalı, davaya devam etmeyi istemeleri halinde yargılamaya devam edilmelidir. Somut olaya gelince; davacı vekili Av. M. Acar 25.04.2019 tarihinde gönderdiği dilekçeyle davadan feragat etmiş, dosyada mevcut 05.06.2008 tarihli ve 6257 yevmiye numaralı vekaletnamesinde davadan feragate yetkili bulunduğu anlaşıldığından mahkemece bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 9.5.2019, E. 2016/7177, K. 2019/4237 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 3.7.2017, E. 2017/1849, K. 2017/5491 (Lexpera).

¹⁰³² Bu yönde bkz. Aybay, **a.g.e.**, s. 46; Kuru, **C. VI**, s. 3653; Akyol-Aslan, **a.g.e.**, s. 290, dn. 27.

¹⁰³³ “[...] Başka bir deyişle, önceden açılmış bulunan davadan feragat yeniden dava açılmasına engel olmaz. Bu nedenle, mahkemenin 2012/38 Esas sayılı dosyasında feragat nedeniyle davanın reddine ilişkin verilen kararın kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 14. HD, 20.02.2014, E. 2013/16592, K. 2014/2229 (Lexpera).

mümkün değildir¹⁰³⁴. Zira o, feragat beyanıyla dava açma hakkını da kaybetmiş olur¹⁰³⁵. Diğer görüşe göre ise, davacı bu davayı tekrar açabilir¹⁰³⁶. Zira ortaklığın giderilmesi davasından feragat, davacının kendisine dava hakkı sağlayan paydan vazgeçme anlamına gelmez¹⁰³⁷. Davacı paydaş, bu paya sahip olduğu müddetçe, bu paydan kaynaklanan paylaştırmayı isteme hakkına da her zaman sahip olur¹⁰³⁸. Kanaatimizce bu son görüş daha isabetlidir. İlk davanın davalılarının açtıkları ortaklığın giderilmesi davasında, feragat eden paydaş da yer alır ve davanın kabul edilmesi durumunda, bu paydaş lehine de hüküm kurulur. Bu davada lehine hüküm kurulabilecek olan paydaşın dava açma hakkı bulunmadığını iddia etmek çelişki yaratacaktır. Bu sebeplerle feragat etmiş olan davacının dahi bu davayı tekrar açabilmesi kanaatimizce mümkün olmalıdır. Nitekim Antalya Bölge Adliye Mahkemesi¹⁰³⁹ ve bir kararında Yargıtay¹⁰⁴⁰, feragat eden davacının ortaklığın giderilmesi davasını tekrar açabileceğine hükmetmiştir.

¹⁰³⁴ Bu yönde bkz. Kuru, **C. VI**, s. 3653; Akyol-Aslan, **a.g.e.**, s. 290, dn. 27.

¹⁰³⁵ Bu yönde bkz. Kuru, **C. VI**, s. 3653; Akyol-Aslan, **a.g.e.**, s. 290, dn. 27.

¹⁰³⁶ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2017; Özgür, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁰³⁷ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2017.

¹⁰³⁸ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2017.

¹⁰³⁹ “[...] Davacının daha önce feragat etmesine rağmen ortağı olduğu mallar üzerinde aynı hakkı olduğundan bu hakkı istediği zaman kullanabilmesi gerekir. Bu anayasal bir haktır ve feragat etse dahi kısıtlanması düşünülemez. Bu hakkını önceden kullanma ihtiyacı bulunmamasına rağmen gelişen ve değişen şartlara göre sonradan kullanmak isteyebilir. Bu durumda sırf öncesinde davasından feragat ettiği gerekçesiyle taksim davasının kullanılmasının engellenmesi, mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmesi anlamına gelir. Ortaklığın giderilmesi davalarında feragat, diğer davalardan farklı olarak kesin hüküm teşkil etmez. Başka bir deyişle, önceden açılmış bulunan davadan feragat yeniden dava açılmasına engel olmaz. Bu nedenle, mahkemenin 2016/133 Esas sayılı dosyasında feragat nedeniyle davanın reddine ilişkin verilen kararın kesin hüküm teşkil ettiği gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir [...]” Antalya BAM 6. HD, 23.3.2017, E. 2017/180, K. 2017/166 (Lexpera).

¹⁰⁴⁰ “[...] Davacının evvelce açtığı aynı mahiyetteki davadan feragat, ikinci defa bu davayı açmasına mani değildir. HUMK’nun 95 inci maddesi, ortaklığın giderilmesi davalarının özellikleri itibarıyla uygulanmaz [...]” Yarg. 6 HD, 26.9.1969, E. 1969/2706, K. 1969/3710 (Kuru, **C. VI**, s. 3654).

3. Feragat Beyanına Rağmen Davanın Davacı Aleyhine Sonuçlanmaması

Bir davadan feragat eden, o davayı kaybetmiş sayılır. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında durum farklıdır. Zira bu beyan, paydan vazgeçme anlamına gelmez¹⁰⁴¹. Davacının payı feragat rağmen mevcudiyetini muhafaza ettiği için, paylaşırma yapılırken davacının payı da dikkate alınmalıdır. Böylece feragat beyanında bulunan davacı dahi paylaşırma sonunda payını elde eder. Dolayısıyla burada davacı aleyhine bir hüküm kurulması söz konusu değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin birinci fıkrasına göre, davada feragat beyanında bulunan davacı, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerine mahkûm edilir. Oysa ortaklığın giderilmesi davasındaki feragat beyanı davacının davasını kaybetmesine neden olmadığı için bu hüküm, ortaklığın giderilmesi davasında uygulanmaz¹⁰⁴². Bununla birlikte, feragat beyanına karşı davalıların da davaya devam etmek istememesi durumunda, davacı davayı kaybetmiş gibi değerlendirme yapmak kaçınılmazdır. Çünkü bu ihtimâlde bir paylaşırma hükmünün kurulması söz konusu olmamaktadır.

4. Feragat Beyanın Sonuçları Açısından Davanın Geri Alınmasına İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiği

Feragatin mümkün olduğu normal bir davada feragat beyanıyla yargılama sona erer ve daha sonra aynı dava yeniden açılmaz. Zira davadan feragat, kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasındaki feragat beyanı, davayı sona erdirmediği gibi aynı davanın daha sonra açılmasına da engel olmaz.

Ortaklığı giderilmesi davasındaki bu farklı durum, bu davadaki feragat beyanı üzerine hangi hükümlerin uygulanması gerektiğinin tespitini zorunlu kılar. Yargıtay, eski tarihli bir kararında bu beyanı, sonuçları açısından dosyanın işlemiden

¹⁰⁴¹ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2017.

¹⁰⁴² Bu konu hakkında bkz. aşağıda § 15, B, 3.

kaldırılması olarak değerlendirmiştir¹⁰⁴³. Ancak bu beyan, dosyanın işlemde kaldırılması talebiyle değil davanın geri alınması beyanıyla benzerlik gösterir. Zira davacının davayı “feragatle” sona erdirmek istemesinden sonra davalılara yargılamaya devam etmek isteyip istemediklerinin sorulması ile davanın geri alınmasında davalıların buna rızalarının olup olmadığının sorulması¹⁰⁴⁴ durumu birbirine benzerdir. Zira her iki durumda, davalı davaya devam etmek isterse, dava sona ermez.

Geri alınan dava, feragatten farklı olarak tekrar açılabilir¹⁰⁴⁵. Ortaklığın giderilmesi davasının da tekrar açılabilmesi, davanın geri alınmasının bu sonucuyla da örtüşür.

Kanaatimizce bu sebeplerle, davacının davaya devam etmek istememesine ilişkin beyanını, feragat olarak değil davanın geri alınması beyanı olarak nitelendirmek bu davanın niteliğine daha uygun olur. Böylece bu beyan hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanun’un feragate ilişkin hükümleri yerine davanın geri alınmasına ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Kabul

1. Genel Olarak

Davanın kabulü, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir (HMK m. 308/1)¹⁰⁴⁶. Davanın kabulü, ancak tarafların üzerinde

¹⁰⁴³ “[...] Dâvacı 7 sayılı parsel hakkındaki dâvasından vazgeçtiğini beyan etmiş ise de, bu beyan dâvanın mahiyetine göre, dâvacının mevcut bir hakkından kesin vazgeçmesini tazammun etmeyip, dâvanın takibini sonraya bırakma arzu ve iradesinin ifadesini tazammun eylemesine ve sonraya bırakılan dâvanın yenilenmesi her zaman mümkün bulunmasına ve dâvacı da bu kere dâvasını takip edeceğini söyleyerek gerekli harcı da ödemesine binaen bu parsel hakkındaki dâvaya da bakılmak gerekir [...]” Yarg. 6. HD, 13.3.1961, E. 1961/8796, K. 1961/1822 (Malatyahoğlu/Ertaş, **a.g.e.**, s. 253).

¹⁰⁴⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 123. maddesine göre, davanın geri alınabilmesi için davalıların bu yönde rızasının olması gerekir. Davanın geri alınmasının sonuçları hakkında ayrıntılı olarak bkz. Kudret Aslan, **Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması**, Yetkin, Ankara, 2016, s. 311 vd.

¹⁰⁴⁵ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1189.

serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar açısından söz konusu olur (HMK m. 308/2). Kabul, kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 311/1).

Talep sonucunun tamamen kabul edilmesiyle dava sona erer. Kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir (HMK m. 312/1).

Davanın kabulüne ilişkin yukarıda söylenen hususlardan hangisi/hangilerinin ortaklığın giderilmesi davası bakımından geçerli olduğunun tespiti için, ortaklığın giderilmesi davasında ileri sürülmüş olan talep sonucuna göre bir ayırım yapılmalıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucu, paylı mülkiyete konu şeyin aynen paylaştırılması olabileceği gibi satış yoluyla paylaştırma da olabilir. Dolayısıyla davanın kabulü, her iki talep sonucu bakımından ayrı bir şekilde incelenmelidir. Yine ortaklığın giderilmesi davasında aynen paylaştırma ve satış yoluyla paylaştırma talepleri birlikte istenmiş olabilir. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında davanın kabulü konusu bu yönüyle de ele alınmalıdır.

2. Sadece Aynen Paylaştırmanın İstenmiş Olduğu Davada Davanın Kabulü

Ortaklığın giderilmesi davasında, paylı mülkiyete konu şeyin aynen paylaştırılması talep edilmiş olabilir. Aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davada davalının davayı kabul etmesinin ne anlama geldiği tespit edilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre, ortaklığın giderilmesi davasında davalının kabul beyanı davayı sona erdirmez¹⁰⁴⁷. Bu görüşe göre, ortaklığın giderilmesi davasında

¹⁰⁴⁶ Davanın kabulü hakkındaki tanımlar için bkz. İbrahim Ermenek, **Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 3 vd; Süha Tanrıver, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller”, **ABD**, 1996/1, s. 540 vd; Aslan, **a.g.m.**, s. 308 vd; ayrıca bkz. Kuru, **İstinafa Göre**, s. 540; Üstündağ, **Yargılama**, s. 573; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2025; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 427; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 557 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 1058; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 572; Karslı, **Muhakeme**, s. 374 vd.

¹⁰⁴⁷ Ermenek, **Kabul**, s. 28.

dava konusunun özelliğinden ötürü davanın sona ermesi için mahkemenin yenilik doğurucu kararı gerekir¹⁰⁴⁸.

Kanaatimizce bu görüş, aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davada davanın kabulü için açısından isabetlidir. Gerçekten sadece aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu ortaklığın giderilmesi davasında davalının davayı kabul etmesi davayı sona erdirmez. Zira ortaklığın giderilmesi davasının sona ermesi için, paylı mülkiyete konu şeyin ayrılan parçalarından hangisinin hangi paydaşa tahsis edileceği hakkında karar verilmesi gerekir. Bu yönde bir karar bulunmadan ortaklığın giderilmesi davası tamamlanamaz. Çünkü bu dava ile sadece paylaştırmanın türünün tespit edilmesi değil; paydaşlara tespit edilen paylaştırma türü çerçevesinde paylarının verilmesi amaçlanır.

Esasen aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davaya karşı davalının davayı kabul etmesi ile davalının aynen paylaştırma talep etmesi arasında, yargılamanın seyri ve yargılamada yapılacak işlemler bakımından herhangi bir fark bulunmaz. Gerçekten, davalının aynen paylaştırma istemesi veya davayı kabul ettiğini beyan etmesi sonrasında mahkeme (örneğin taşınmaz için dava açılmışsa), öncelikle taşınmazın parçalarının oluşturulması için ifraz projesi düzenletir¹⁰⁴⁹. Daha sonra, düzenlenen ifraz projesinin İmar mevzuatına uygun olup olmadığının, İmar Kanunu'nun 16. maddesinde belirtilen mercilerce denetlenmesi gerekir¹⁰⁵⁰. Bu aşamadan sonra mahkeme, ayrılan parçaları (her bir parça üzerinde tek kişi mülkiyeti olacak şekilde) paydaşlara tahsis eder. İşte bu karardan sonra ortaklığın giderilmesi davası sona erecektir.

Davanın açıldığı esnada ifraz projesi düzenlenmemiş olacağından, davacı paylı mülkiyete konu şeyin parçalarının ne şekilde ayrılacağını bilemez. Dolayısıyla

¹⁰⁴⁸ Ermenek, **Kabul**, s. 28.

¹⁰⁴⁹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 350 vd.

¹⁰⁵⁰ “[...] Aynen bölünerek paylaştırma (taksim) halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettirilerek bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Yasası ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksim) mümkün olup olmadığı sorulur [...]” Yarg. 14. HD, 8.11.2018, E. 2016/3027, K. 2018/7572 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 18.12.2017, E. 2016/912, K. 2017/9472 (Kazancı).

dava dilekçesinde somut olarak hangi parçanın kendisine verilmesi gerektiğine ilişkin bir talepte bulunması mümkün değildir. Talep sonucunda yer almayan bir husus hakkında kabul beyanı söz konusu olamayacağına göre, davalının parçalar hakkında davayı kabul edebilmesi mümkün değildir.

Şu kadar ki, paylı mülkiyete konu şeye ilişkin parçalar ayrıldıktan sonra davacının belirli bir parçanın kendisine tahsis edilmesini talep etmesi durumunda, davalının bu talebi kabul etmesinin davanın kabulü olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceğinin üzerinde ayrıca durulmalıdır. Örneğin, (X) parsel sayılı taşınmaz onaylanmış olan ifraz projesinde (Y) ve (Z) parçalarına ayrılmış olsun. Davacı (A), ayrılan parçalardan (Y) parçasının kendisine tahsis edilmesi istemiş ve bu istek davalı (B) tarafından kabul edilmiştir. Kanaatimizce buradaki kabul, yine teknik anlamda davanın kabulü olarak nitelendirilemez. Zira bir davayı kabul eden davalı, bu beyan neticesinde davayı kaybetmiş olur ve aleyhine hüküm kurulur (HMK m. 312/1). Oysa davalı (B)'nin kabul beyanı onun aleyhine bir hüküm kurulmasına neden olmayıp, ona (Z) parçasının tahsis edilmesi sonucunu doğurur. Üstelik davalı (B)'nin kabul beyanı davayı yine sona erdimeyebilir. Çünkü bu durumda eğer (Y) parçasının ekonomik değeri, (Z) parçasının değerinden yüksekse, bu eşitliğin sağlanması amacıyla (A), (B)'ye bir miktar para vermelidir (TMK m. 699/2). Bu paranın depo edilmesi için davacı (A)'ya süre verilir¹⁰⁵¹. Eğer (A), bu depo kararını yerine getirmezse bu hak (B)'ye geçer¹⁰⁵². Eğer (B), depo kararında belirtilen parayı yatırırsa kendisine (Y) parçası; (A)'ya ise (Z) parçası tahsis edilir. Buradan da anlaşıldığı gibi, (B)'nin başlangıçtaki beyanına rağmen (Y) parçasına sahip olabilmesi mümkündür. Eğer (B)'nin başlangıçta (A)'ya (Y) parçasının verilmesini kabul ettiği beyanı, davanın kabulü beyanı olarak nitelendirilseydi,

¹⁰⁵¹ “[...] Bu durumda mahkemece, taraflarca aynen paylaştırılması istenen 4 adet bağımsız bölüm ve bunları paylaşacak iki mirasçı bulunduğuna göre yukarıda belirtilen ilke ve esaslar doğrultusunda tarafların uzlaşmaları halinde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, bu konuda taraflar arasında uzlaşma sağlanamaz ise kura çekimi yoluna gidilerek, kura sonucunda kendisine daha kıymetli taşınmazlar isabet eden tarafa ivaz bedeli farkını hükümden önce depo etmesi için kesin süre verilmeli [...]” Yarg. 14. HD, 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267. (Kazancı).

¹⁰⁵² “[...] depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı [...]” Yarg. 14. HD, 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267 (Kazancı).

(B)'nin hiçbir koşulda (Y) parçasına sahip olamaması gerekirdi. Zira teknik anlamda davanın kabulü, kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 311/1). Oysa (B)'nin kabul beyanının böyle bir gücü bulunmamaktadır.

Öyleyse aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davada davalının kabul beyanı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle kabul olarak değerlendirilmeli; davalını bu beyanı kendisinin de davacı gibi aynen paylaştırmayı istediği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu yorumun en önemli sonucu, kanaatimizce davalının daha sonra (dava değişikliği yasağı çerçevesinde) satış yoluyla paylaştırma isteyebilmesi veya davanın reddini talep edebilmesidir. Eğer davalının kabul beyanı, teknik anlamda kabul olarak yorumlansaydı, onun bu hususlara ilişkin taleplerde bulunamaması gerekirdi. Zira kabul kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Oysa davalının satış yoluyla paylaştırma istemesine engel olunması, haksız bir sınırlama olurdu. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu davaya karşı davalının davayı kabul etmesi ile davalının aynen paylaştırma talep etmesi arasında, yargılamanın seyri ve yargılamada yapılacak işlemler bakımından herhangi bir fark bulunmaz. Dolayısıyla kabule ilişkin hiçbir sonuç doğurmadığı hâlde davalının beyanını kabul olarak nitelendirip onun daha sonra satış yoluyla paylaştırma isteyememesi uygun bir çözüm değildir.

Öğretideki bir görüşe göre, ortaklığın giderilmesi davasındaki kabul, nitelik olarak sulh kurumuna benzer ve bu gerekçeyle davanın sulh sebebiyle sona ermesi gerekir¹⁰⁵³. Buna göre, davacının paylaştırma talebini benimseyen davalı, bununla esasen paylaştırmanın yapılması hususunda davacıyla anlaşmış bulunur¹⁰⁵⁴. Sulhun yapılış şekli ve sonuçları düşünüldüğünde kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Üstelik burada sulh olunduğu kabul edilirse, davalının fikrini değiştirip daha sonra başka bir paylaştırma türü (satış yoluyla paylaştırma) talep edebilmesi ya da davanın reddini istemesi mümkün olmaz. Zira sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 315) Bu şekilde bir düşünce bu dava için

¹⁰⁵³ Benzer yaklaşım için bkz. Aybay, **Taksim**, s. 47.

¹⁰⁵⁴ Benzer yaklaşım için bkz. Aybay, **Taksim**, s. 47.

uygun olmaz. Zira davalı, paylaştırma türü konusundaki talebini dava değişikliği çerçevesinde ileri sürebilmelidir¹⁰⁵⁵.

3. Sadece Satış Yoluyla Paylaştırmanın İstenmiş Olduğu Davada Davanın Kabulü

Ortaklığın giderilmesi davasında, paylı mülkiyete konu şeyin satış yoluyla paylaştırılması talep edilmiş olabilir. Satış yoluyla paylaştırmanın istenmiş olduğu davada davalı paydaşın, davayı kabul ettiğine ilişkin beyan davayı sona erdirir. Zira satış yoluyla paylaştırmada, aynen paylaştırma yoluyla olduğunun aksine, paylı mülkiyete konu şeyin parçalara ayrılması ve ayrılan parçaların paydaşlara özgülenmesine yönelik işlemlerin yapılması mümkün değildir. Satış yoluyla paylaştırmada, paylı mülkiyete konu şey satılıp bundan elde edilen değer paydaşlara payları oranında paylaştırılır.

Davanın kabulü, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar açısından söz konusu olur (HMK m. 308/2). Mevzuatımızda bazı taşınmazların satılması yasaklanmıştır. Örneğin, 5543 sayılı İskan Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanuna göre verilen taşınmaz malların temlik tarihinden itibaren on yıl süre ile hiçbir suretle satılamayacağı düzenlenmiştir. Öyleyse konusunu bu nitelikte bir taşınmazın oluşturduğu davada davanın kabulü bir sonuç doğurmayacaktır. Çünkü tarafların bu konuda bir irade serbestileri bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mevzuatımızda ortaklığın giderilmesinin istenemeyeği durumlar düzenlenmiş olsa da, bazı durumlarda tarafların bu düzenlemenin aksini kararlaştırabilmesilerine izin verildiği görülmektedir. Örneğin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasına göre, üzerinde devre mülk hakkı kurulan yapı veya bağımsız bölümün ortak malikleri, aksi sözleşme ile kararlaştırılmamışsa, ortaklığın giderilmesini isteyemezler. Bu hükümle düzenlenmiş olan yasak, tarafların bu konuda yapacakları sözleşme ile aşılabılır. Dolayısıyla bu konuda taraflara irade serbestisi verilmiştir. Öyleyse, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 63.

¹⁰⁵⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. X, A, 3.

maddesi kapsamında kalan bir yapı için açılan ortaklığın giderilmesi davasında davanın kabul edilmesi mümkündür.

Ancak davanın kabulüne ilişkin bazı sonuçların burada uygulanması her zaman mümkün değildir. Örneğin, kabul beyanında bulunan tarafın davayı kaybetmiş gibi aleyhine yargılama giderlerine hükmedileceğini belirten düzenlemenin (HMK m. 312/1) ortaklığın giderilmesi davasında uygulanması uygun değildir. Çünkü ortaklığın giderilmesi davalarında kazanan-kaybeden ayrımı olmadığından ve davanın sonunda paydaşların hepsi paylarına kavuştuğundan, her bir paydaş yargılama giderlerinden payları oranında sorumlu olur^{1056, 1057}.

4. Aynen Paylaştırma ve Satış Yoluyla Paylaştırma Taleplerin Birlikte İstenmiş Olduğu Davada Davanın Kabulü

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, davacıdan farklı bir paylaştırma talebinde bulunabilir. Böylece aynen paylaştırma talebiyle açılan davada davalı satış yoluyla paylaştırma isteyebilir. Böyle bir durumda, ortaklığın giderilmesi davasında iki farklı talep sonucu ortaya çıkar.

Davalı paydaşın, davacı paydaştan farklı bir talepte bulunması durumunda, henüz paylaştırma talebinde bulunmayan diğer davalının davayı kabul etmesinin ne anlama geleceği üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde, davalının kabul beyanının davayı sona erdirmek bakımından bir gücü bulunmaz. Örneğin, (A)'nın satış yoluyla paylaştırma istemiyle (B) ve (C)'ye karşı açmış olduğu ortaklığın giderilmesi davasında (B) paylı mülkiyete konu şeyin aynen paylaştırılmasını talep etmiş olsun. Böyle bir durumda, davalı konumda yer alan (C)'nin davayı kabul ettiğine ilişkin beyanının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle kabul olmadığı açıktır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nuna göre, davanın kabulü, davacının talep sonucuna davalının kısmen veya

¹⁰⁵⁶ Bu konu hakkında bkz. aşağıda XV, B.

¹⁰⁵⁷ Şu kadar ki, paylaştırma hakkının bulunmadığını iddia ederek davanın reddedilmesi için işlemlerde bulunan davalı, daha sonra davayı kabul ettiğini bildirirse yargılama giderlerinin tamamından tek başına sorumlu tutulabilir. Bu konu hakkında bkz. aşağıda XV, B, 3.

tamamen muvafakat etmesidir (m. 308/1). Oysa bu örnekte, davacı paydaşın (A) ve davalı paydaşın (B) birbirinden farklı talepleri mevcuttur. Dolayısıyla davalının sadece davayı kabul ettiğini bildirmesi yeterli olmayıp onun hangi talep sonucunu kabul ettiğini açıkça beyan etmesi gerekir. Aksi takdirde onun davayı kabul beyanı kanaatimizce hiçbir sonuç doğurmaz. Zira bu ihtimalde, hangi talep sonucunun kabul edildiği açık değildir.

Davalının kabul beyanı, esasen teknik anlamda bir kabul olmadığı ve dolayısıyla davayı sona erdirmede için kanaatimizce şöyle yorumlanmalıdır. Davalı hangi talep sonucunu kabul etmişse, kabul etmiş olduğu talepteki gibi paylaşırma türünü istediği varsayılmalıdır. Örneğin, davalı (C)'nin, davacı (A)'nın satış yoluyla paylaşırma talebini kabul ettiğine ilişkin beyanı, kendisinin de satış yoluyla paylaşırma talebi ileri sürdüğü şeklinde yorumlanmalıdır. Bu şekilde bir yorum, (C)'nin daha sonra (karşı tarafın rızası veya ıslah yoluyla) aynen paylaşırma isteyebilmesine veya davanın reddini talep edebilmesine olanak sağlar. Zira kabule ilişkin hiçbir sonuç doğurmadığı hâlde (C)'nin beyanını kabul olarak nitelendirip onun daha sonra talebini değiştirememesi haksız bir çözüm olurdu.

C. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Sulh

1. Genel Olarak

Davanın tarafları, mahkeme huzurunda yapacakları sözleşmeyle, dava konusu uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirebilir (HMK m. 313/1). Yapılan bu sözleşmeye sulh adı verilir¹⁰⁵⁸. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur (HMK m. 315).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sulh sadece üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen davalarda mümkündür. Özellikle

¹⁰⁵⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Ergün Önen, **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 19 vd; ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 577.

kamu düzenini ilgilendiren davalar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen davalardan değildir¹⁰⁵⁹.

Ortaklığın giderilmesi davasının konusu, paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması olduğuna göre, bu davada yapılmak istenen sulh de bu dava konusuna (paylaştırma) ilişkin olacaktır. Daha önce de belirtildiği üzere, paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için mutlaka bir dava açılması gerekmez. Paydaşlar, paylaştırma sözleşmesi ile paylı mülkiyet şeklinde sahip oldukları şeyin paylaştırılmasını kararlaştırabilir. Paydaşların paylaştırma konusunda anlaşamamaları durumunda, paydaşlardan biri ortaklığın giderilmesi davası açılabilir. Ancak açılan ortaklığın giderilmesi davası, tarafların dava esnasında paylaştırma sözleşmesi yapmalarına engel değildir¹⁰⁶⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasında sulhun etkisi, tarafların hangi paylaştırma türünde anlaştıklarına göre değişiklik gösterir. Başka bir anlatımla, tarafların satış yoluyla paylaştırma konusunda anlaşmaya varması ile aynen paylaştırmaya konusunda anlaşmaya varmasının yargılamaya etkileri farklı olabilir.

2. Satış Yoluyla Paylaştırma Konusunda Sulh Olunması

Ortaklığın giderilmesi davası görülürken, paylaştırmının satış yoluyla yapılması konusunda anlaşmaya varılabilir. Taraflar, mahkeme dışında yapmış oldukları satış yoluyla paylaştırma sözleşmesini mahkeme tutanağına geçirterek sulh olabilecekleri gibi bizzat mahkeme önünde de sulh olabilirler. Her iki durumda da mahkeme içi sulh söz konusu olup buna ilişkin Hukuk Muhakeme Kanunu'nun 313. ve devamı maddeleri uygulanır.

Tarafların satış yoluyla paylaştırma konusunda sulh olmaları kural olarak davayı sona erdirir. Şu kadar ki, mahkeme bu anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğunu tespit ederse sulh sözleşmesi bir sonuç doğurmaz.

¹⁰⁵⁹ Önen, **Sulh**, s. 43 vd; Ermenek, **a.g.e.**, s. 17; ayrıca bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 564; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 578; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2033 vd.

¹⁰⁶⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 265.

Çünkü bir sözleşme olan sulhun geçerliliği her şeyden önce Türk Borçlar Kanunu'na tâbidir. Paylaştırma sözleşmesi borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olup¹⁰⁶¹ bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır¹⁰⁶². Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Ortaklığın giderilmesi davasında tarafların yapmış oldukları sulh sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine aykırı olabilir. Örneğin, 5543 sayılı İskan Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre, bu Kanuna göre verilen taşınmaz mallar temlik tarihinden itibaren on yıl süre ile hiçbir suretle satılamaz. Dolayısıyla bu Kanun kapsamında kalan taşınmaz için tarafların satım sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Eğer paylaştırma sözleşmesi maddî hukuka göre geçersizse, bunu konu alan sulh sözleşmesi dava üzerinde hiçbir sonuç doğurmaz¹⁰⁶³. Aksi takdirde, maddî hukuk bakımından kesin hükümsüz olan sözleşmelere mahkeme içi sulh yoluyla geçerlilik kazandırılmış olurdu¹⁰⁶⁴. Dolayısıyla 5543 sayılı Kanunu'nun bu hükmüne aykırı olarak, tarafların bu Kanun kapsamında kalan taşınmazın satış yoluyla paylaştırmaları hususunda sulh olmaları herhangi bir sonuç doğurmaz.

3. Aynen Paylaştırma Konusunda Sulh Olunması

Ortaklığın giderilmesi davası görülürken, taraflar aynen paylaştırma konusunda bir anlaşmaya varabilir. Bu anlaşmanın davada sulh olarak değerlendirilip

¹⁰⁶¹ Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 6; Kurşat, **a.g.e.**, s. 268.

¹⁰⁶² Kurşat, **a.g.e.**, s. 268.

¹⁰⁶³ Karş. "[...] *Belediyenin imar ve planlama müdürlüğü tarafından imar adasında nazım ve imar plânı değişikliğinin daha sonradan yapılabileceği varsayımına göre konunun İmar Yönetmeliği'nin 16 ve 17.maddesine göre değerlendirilmesi kamu düzeniyle ilgili bulunduğundan henüz bu düzenleme yapılmadan tarafların sulh anlaşması yapması Yasa'nın bir hükümlerinin ortadan kaldırır nitelikte olduğundan geçerli değildir [...]*" Yarg. 6. HD, 14.9.1993, E. 1993/7973, K. 1993/8353 (Kazancı).

¹⁰⁶⁴ Bununla birlikte, maddî hukukun belirli bir şekilde yapılmasını öngördüğü sözleşmeler açısından durum farklıdır. Çünkü bu durumda mahkeme içi sulh, maddî hukukta aranan şekil şartının yerine geçer (Önen, **Sulh**, s. 123 vd). Ancak kamu düzenine aykırı bir sözleşmenin, mahkeme içi sulhle geçerli hale getirilebilmesi mümkün değildir.

değerlendirilemeyeceği ve dolayısıyla bu anlaşmanın yargılamayı sona erdirip erdirmeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Kanaatimizce bu mesele iki açıdan incelenmelidir. Öncelikle tarafların sadece aynen paylaşırma konusunda anlaşmaları durumu üzerinde durulmalıdır. Paydaşlar sadece paylaşırma biçimi hakkında anlaşabilirler¹⁰⁶⁵. Örneğin, paydaşlar paylı mülkiyete konu şeyin aynen paylaşılacağını kararlaştırabilir. Bu anlaşmada hangi parçaların hangi paydaşlara tahsis edileceğine ilişkin bir husus bulunmayabilir. İşte tarafların sadece aynen paylaşırma konusunda anlaşmaları ve bunu mahkemeye bildirmeleri durumunda bu anlaşmanın davada sulh olarak değerlendirilmesi kanaatimizce mümkün olmaz. Başka bir anlatımla, bu anlaşma davayı sona erdirmez. Çünkü ortaklığın giderilmesi davası ile sadece paylaşırma türünün tespit edilmesi değil; tespit edilen paylaşırma türü çerçevesinde paydaşlara paylarının verilmesi amaçlanır. Dolayısıyla bu dava, paylı mülkiyete konu şeyin ayrılan parçalarından hangisinin hangi paydaşa özgüleneceği konusunda karar verilmesi ile sona erer. Tarafların mahkemeye aynen paylaşırma konusunda anlaştıklarını bildirmesi, payların tahsisi ile ilgili değildir. Bu anlaşmanın bildirilmesi ile mahkeme tarafların talepleriyle bağlı olacağından¹⁰⁶⁶ aynen paylaşırma için gerekli olan işlemleri yerine getirmelidir. Bu kapsamda ifraz projesi düzenlenmeli, düzenlenin projenin imar mevzuatına uygun olup olmadığı denetlenmeli ve uygun olduğu anlaşıldıktan sonra ayrılan parçalar (her bir parça üzerinde tek kişi mülkiyeti olacak şekilde) paydaşlara tahsis edilmelidir¹⁰⁶⁷.

Bu başlık altında incelenmesi gereken ikinci mesele ise, ortaklığın giderilmesi davası taraflarının paylaşırma için gerekli olan bütün hususlarda anlaşmış olma ihtimalidir. Gerçekten taraflar paylı mülkiyete konu şeyin aynen paylaşılacağı ve ayrılan parçaların hangi paydaşlara özgüleneceği hususunda bir paylaşırma sözleşmesi yapabilir. Taraflar, yapmış oldukları bu sözleşme sonucunda sulh olduklarını ve mahkemenin de sulhe göre karar vermesini isteyebilir (HMK m.

¹⁰⁶⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 267.

¹⁰⁶⁶ Bu konu hakkında bkz. § 5, B.

¹⁰⁶⁷ Bu konu hakkında bkz. § 11, B, 2.

315/1). Kanaatimizce burada mahkeme içi sulhun varlığından bahsedilmelidir. Bununla birlikte, eğer paylaşırma sözleşmesi maddî hukuka göre geçersizse, bunu konu alan sulh sözleşmesi dava üzerinde hiçbir sonuç doğurmaz¹⁰⁶⁸. Aksi takdirde, maddî hukuk bakımından kesin hükümsüz olan sözleşmelere mahkeme içi sulh yoluyla geçerlilik kazandırılmış olurdu.

Paylaşırma sözleşmesi borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olup¹⁰⁶⁹ bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır¹⁰⁷⁰. Taşımazların ifraza elverişliliği açısından ayrıca İmar Kanunu hükümleri dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, paylaşırma amacıyla yapılacak bölme ve ayırma işlemi (ifraz), İmar Kanunu (m. 15, 16) ve ilgili mevzuata uygun olmalıdır¹⁰⁷¹. Bu mevzuat hükümlerine aykırı olan sözleşmeler, Kanunun emredici hükümlerine aykırılık veya imkânsızlık sebebiyle geçersizdir¹⁰⁷². Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükümler çerçevesinde, paylaşırma sözleşmesinin geçerli olduğu tespit edilirse dava artık sulh sebebiyle sona erer¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁸ “[...] *Belediyenin imar ve planlama müdürlüğü tarafından imar adasında nazım ve imar plânı değişikliğinin daha sonradan yapılabileceği varsayımına göre konunun İmar Yönetmeliği'nin 16 ve 17.maddesine göre değerlendirilmesi kamu düzeniyle ilgili bulunduğundan henüz bu düzenleme yapılmadan tarafların sulh anlaşması yapması Yasa'nın bir hükümlerinin ortadan kaldırır nitelikte olduğundan geçerli değildir [...]*” Yarg. 6. HD, 14.9.1993, E. 1993/7973, K. 1993/8353 (Kazancı).

¹⁰⁶⁹ Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 6; Kurşat, **a.g.e.**, s. 268.

¹⁰⁷⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 268.

¹⁰⁷¹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 270.

¹⁰⁷² Aybay, **Taksim**, s. 25; Kurşat, **a.g.e.**, s. 270; ayrıca bkz. Özgür, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁰⁷³ “[...] *Davacılar 10.3.1978 günlü dava dilekçeleri ile; aynen paylaşırma ve bu mümkün görülmezse ortaklığın satış yoluyla giderilmesini istemişlerse de, yargılama sırasında tarafların, aralarında anlaşmaları ve muhtar ve ihtiyar kurulu tarafından, onaylanmış, bir taksim sözleşmesi düzenlemeleri nedeniyle, bu sözleşmeye göre işlem yapmak üzere davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir. Taksim sözleşmesinin mahkemeye sunulmasından sonra Belediye Encümeni 8.12.1978 günlü karşılık yazısı ile dava konusu taşınmazın (sözleşmedeki gibi) iki parçaya bölünmesinde bir sakınca bulunmadığını bildirmiştir. Bu nedenle, geçerli ve uygulanabilir olduğu anlaşılan taksim sözleşmesine göre işlem yapmak üzere davanın reddine karar vermek gerektiğinden usul ve Yasa'ya uygun olan direnme kararı onanmalıdır [...]*” Yarg. HGK, 5.12.1980, E. 1980/6-1965, K. 1980/2636 (Kazancı).

4. Kanunda Öngörülen Paylaştırma Türünden Başka Bir Paylaştırma Türü Konusunda Sulh Olunması

Ortaklığın giderilmesi davasında mahkeme, aynen ya da satış yoluyla paylaştırma dışında başka bir paylaştırma türü için hüküm kuramaz (TMK m. 699). Örneğin mahkeme, paylı mülkiyete konu eşyanın sadece bazı paydaşlara devredilmesi gibi bir paylaştırma kararı veremez¹⁰⁷⁴. Yine mahkeme, paylaştırmanın bu iki paylaştırma türünün karma bir şekilde uygulanarak yapılmasına da hükmedemez¹⁰⁷⁵.

Buna karşılık paydaşlar paylaştırmanın ne şekilde yapılacağını serbestçe kararlaştırabilir¹⁰⁷⁶. Örneğin, paydaşlar anlaşırsa paylaştırma paylı mülkiyete konu şeyin sadece bir paydaşa devredilmesi şeklinde gerçekleştirilebilir¹⁰⁷⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasında tarafların aynen paylaştırma ya da satış dışındaki bir paylaştırma şekli için sulh olup olamayacaklarının tespit edilmesi gerekir.

Sulh durumunda kural olarak tarafların isteğine göre karar verilir. Mahkeme, eğer taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse bu yönde; istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığı kararı verir (HMK m. 315). İlk durumda dava, mahkemenin esasa ilişkin bir kararıyla sona ererken; ikinci durumda mahkeme içi sulhle sona erer¹⁰⁷⁸. Taraflar, aynen paylaştırma ya da satış dışındaki bir paylaştırma şekli için sulh olur ve kararlaştırılan bu paylaştırma şekli de ilgili mevzuata aykırılık teşkil etmezse, kanaatimizce bu paylaştırma şekli hükme aynen geçirilebilir. Zira hâkim, tarafların paylaştırma türüne ilişkin anlaşmalarıyla bağlıdır. Ancak sulh olunan paylaştırma şekli, taşınır ve taşınmaz malların satışı için uygulanması gereken İcra ve

¹⁰⁷⁴ Kurşat, **a.g.e.**, s. 333 vd.

¹⁰⁷⁵ Kurşat, **a.g.e.**, s. 334.

¹⁰⁷⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s. 266 vd; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Rdnr. 6; Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 1; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 2.

¹⁰⁷⁷ Kurşat, **a.g.e.** s. 267; ayrıca bkz. Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 2.

¹⁰⁷⁸ Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2036; bu ayırımın özellikle hükmün kanun yoluna götürülmesi durumunda önem kazanacağı hakkında bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2036.

İflas Kanunu hükümlerine aykırı ise, mahkeme kararının icra edilebilmesi için, mahkemenin bir memura ya da icra dairesine yetki verebilmesi artık mümkün değildir¹⁰⁷⁹.



¹⁰⁷⁹ Bu konu hakkında bkz. aşı. XIV, A, 1, b.

XII. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Geçici Hukukî Korumalar

A. Genel Olarak

Gecikmesinde tehlike bulunan durumların önüne geçebilmek için yargılamadan önce veya yargılama sırasında geçici olarak verilen ve muhtemel hükmün icrasını güvence altına alan veya onu öne çeken ivedî yargısal hukukî korumaya geçici hukukî koruma adı verilir¹⁰⁸⁰. Geçici hukukî koruma türlerinden biri olan ihtiyatî tedbirle mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme sebebiyle dava konusu hakkın elde edilmesinden endişe edilen durumlarda bu hakkın güvence altına alınması sağlanır (HMK m. 389/1)¹⁰⁸¹.

Ortaklığın giderilmesi davasında da çeşitli konularda ihtiyatî tedbir kararı verilebilir. Burada özellikle paylaştırılması istenen şeyin niteliği önem kazanır. Örneğin, taşınırın paylaştırılmasının istenmiş olduğu dava ile taşınmazın paylaştırılmasının istenmiş olduğu davalarda farklı tedbirlere başvurulabilir.

¹⁰⁸⁰ Hakan Pekcanıtez, “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2003, s. 115; Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C. I, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 32; Muhammet Özkes, **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999, s. 36 vd; Muhammet Özkes, “Medenî Yargılama Hukukunda Geçici Hukukî Korumalar (Kıta Avrupası Sistemine Bakış)”, **XVth International Association of Procedural Law World Congress Istanbul, 2015**, ed. Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez-Asst. Prof. Nur Bolayır-Asst. Prof. Cemil Simil, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 58; Selçuk Öztekin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X**, İzmir, 2012, s. 428 vd; Evrim Erişir, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 687; Cengiz Serhat Konuralp, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Tedbirler**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 46; Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, **MİHDER**, 2007/1, s. 59; Müjgan Tunç Yücel, **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyatî Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin, Ankara, 2013, s. 19 vd; Mikail Bora Kaplan, **Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyatî Tedbirler**, XII Levha, İstanbul, 2018, s. 3 vd.

¹⁰⁸¹ Bu konu hakkında bkz. Erişir, **Tedbir**, s. 137; Saim Üstündağ, **İhtiyatî Tedbirler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 1 vd; Muhammet Özkes, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyatî Tedbir”, **DEÜHFD**, 2002/2, s. 93 vd; Deniz Defne Kırılı Aydemir, **Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbirler**, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 280 vd; Karafakih, **Usul**, s. 3; Önen, **Yargılama**, s. 99; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 691; Ulukapı, **Usûl**, s. 510; öğretilde yapılan diğer tanımlar için ayrıca bkz. Erişir, **Tedbir**, s. 135 vd.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında İhtiyatî Tebir Örnekleri

Kural olarak, paylı mülkiyete konu taşınırın devri için tüm paydaşların rızası gerekir (TMK m. 692/1). Ancak bir paydaşın, diğer paydaşların rızası olmaksızın, taşınırı üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bu devir bazı şartlarla (TMK m. 988) geçerli olur¹⁰⁸². Diğer bir ifadeyle, şartların bulunması durumunda üçüncü kişi bu devir işlemiyle mülkiyeti kazanır. İşte bu durum, aynen paylaştırmamanın istenmiş olduğu ortaklığın giderilmesi davasında yaşanırsa, paydaşların taşınırın bir parçasına sahip olması artık mümkün olmaz. Öyleyse bu ihtimâlin yaşanmaması için kanaatimizce paydaşlardan biri, Hukuk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, paylı mülkiyete konu şeyin yediemine tevdiini isteyebilir¹⁰⁸³.

Taşınmazın paylaştırılmasının istenmiş olduğu ortaklığın giderilmesi davasında, pay devrinin önlenmesine yönelik “ferağdan men” anlamına gelecek türde bir ihtiyatî tedbir kararı verilebilir¹⁰⁸⁴. Bu yönde bir kararla, ortaklığın giderilmesi davasının gecikmesinin önüne geçilebilir¹⁰⁸⁵. Ancak kanaatimizce mahkemenin her durumda bu talebi kabul etmesi, maddî hukukta paydaşlara tanınmış olan paylarını devretmeleri konusundaki serbestîye aykırı olur. Nitekim dava esnasında pay devri olsa bile paydaşlar dava sonunda paylarına kavuşacaktır. Başka bir anlatımla, pay devri yapılması dava konusunun elde edilmesini ortadan kaldırmayacaktır. Burada sadece gecikme sebebiyle bir sakıncanın veya zararın doğmasından endişe edilmesi durumunda ihtiyatî tedbire başvurulabilir (HMK m. 389/1). Gerçekten davayı uzatma amacı bulunan iki paydaştan biri, payın bir kısmını üçüncü kişiye devreder ve diğer

¹⁰⁸² Kurşat, **a.g.e.**, s. 144.

¹⁰⁸³ Tedbire konu malın yediemine tevdi ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. Erişir, **Tedbir**, s. 353..

¹⁰⁸⁴ Aybay, **Taksim**, s. 49.

¹⁰⁸⁵ Aybay, **Taksim**, s. 49; Dava konusunun devredilmesiyle davanın uzaması sorunu aslında sadece ortaklığın giderilmesi davasına özgü değildir. Bu sorun, dava konusunun devrinin mümkün olduğu diğer davalarda da gündeme gelebilir. Dava konusuna ilişkin mevcut sistemin davanın uzamasına neden olduğu için sakıncalı olduğu; davanın, devir işleminden etkilenmeyip devam etmesi sisteminin benimsenmesinin daha isabetli olabileceği hakkında bkz. Seda Özümucu “Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 255 vd; mevcut sistemin daha isabetli olduğu hakkında bkz. Börü, **Devir**, s. 141.

paydaş da bu konuda önalım davası açarsa (TMK m. 732), ortaklığın giderilmesi davasının uzaması söz konusu olacaktır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, önalım davası, ortaklığın giderilmesi davası bakımından bekletici sorun kapsamındadır¹⁰⁸⁶. Dolayısıyla paylaşırma, önalım davası sona erene kadar yapılamayacak ve paydaşlar paylaşırma sonucunda elde edecekleri değere geç kavuşacaklardır. Bu sebeple, davayı uzatma amacıyla olduğu anlaşılan paydaşların bu işlemlerinin önüne geçebilmek için “ferağdan men” anlamına gelen ihtiyatî tedbir kararı verilmesi uygun olacaktır.

Ortaklığın giderilmesi davası devam ederken bazı eylemlerin gerçekleştirilmesinin yasaklanmasına ilişkin bir ihtiyatî tedbir kararı da verilebilir. Örneğin bir olayda mahkeme, ortaklığın giderilmesi davası sonuçlanıncaya kadar paylaşırılması istenen taşınmazda inşaat yapılmaması şeklinde bir ihtiyatî tedbir kararı vermiştir¹⁰⁸⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasında kesinleşen satış hükmüne karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilir¹⁰⁸⁸. Yargılamanın iadesi davası, hükmün icrasını durdurmaz (HMK m. 381/1). Dolayısıyla paylı mülkiyete konu şeyin satılması için gerekli işlemlerin yapılmasına devam edilir. İşte yargılamanın iadesini isteyen paydaş, satış işlemlerinin durdurulması talebinde bulunabilir. (Karş. HMK m. 381/1). Nitekim Yargıtay da, satış hükmüne karşı açılan yargılamanın iadesi davasında mahkemenin satışı durdurabileceğine karar vermiştir¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. X, Ç.

¹⁰⁸⁷ “[...] Ortak muristen taraflara intikal eden uyumsuzluğa konu taşınmazla ilgili olarak açılacak ortaklığın giderilmesi davası sonuçlanıncaya kadar mahkemece sanıklar tarafından taşınmazda başlanan inşaat faaliyetlerinin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilerek usulüne uygun infaz edilip sanıklara tebliğ edildiği ve yasal süresi içerisinde asıl davanın açıldığı ve 9.5.2000 günlü tutanakla ihtiyati tedbir kararı devam ederken inşaatla çalışmasının sürdürüldüğünün tespit edildiği gözetilerek mahallinde keşif yapıp inşaatı devam ettirenlerin kimler olduğunun aydınlığa kavuşturulması [...]” Yarg. 7. CD, 19.4.2002, E. 2002/3302, K. 2002/5453 (Kazancı).

¹⁰⁸⁸ Bu konu hakkında bkz. aşa. § XVII, A.

¹⁰⁸⁹ “[...] HMK’nın 392/1. maddesine göre talep resmi belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor, yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıklamak şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Sakarya 1. İdare Mahkemesinin ve Danıştay 6. Dairesinin onama ilamına dayanarak talepte bulunulduğundan HMK’nın 392/1. maddesi uyarınca

XIII. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim ve Arabulucuk Yollarıyla Çözümü

A. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

Taraflar, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların hakem veya hakemler aracılığıyla çözülmesi için bir tahkim sözleşmesi yapabilir (HMK m. 412/1)¹⁰⁹⁰. Ancak bazı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir¹⁰⁹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 408. maddesinin birinci fıkrasına göre, taşınmaz mal üzerindeki aynî haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden¹⁰⁹² kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli değildir (HMK m. 408/1).

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığı, paylaştırılması istenen şeyin niteliğine göre değişir. Dolayısıyla konu, taşınmaz ve taşınırlar için ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir.

davacının teminat gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda teminat gösterilmeksizin satışın durdurulmasının mümkün olduğu dikkate alınarak işin esasına yönelik inceleme yapılması gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 13.10.2014, E. 2014/6334, K. 2014/11071 (Kazancı).

¹⁰⁹⁰ Bu konu hakkında bkz. Yavuz Alangoya, **Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 65; Kuru, **C. VI**, s. 5919; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 782; Önen, **Yargılama**, s. 349; Pekcanitez/Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl**, s. 2596 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 721; Ulukapı, **Usûl**, s. 534; Rasih Yeğengil, **Tahkim**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974, s. 115 vd; Ersin Erdoğan, **Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 27; Rolf A. Schütze/Dieter Tscherning/Walter Wais, **Handbuch des Schiedsverfahrens**, 2. Aufl, Walter De Gruyter, Berlin/New York, 1990, s. 73 vd; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim**, Beta, İstanbul, 2013, s. 95 vd.

¹⁰⁹¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 73 vd; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanmasından önceki dönem için bkz. Nevhis Deren Yıldırım, “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 54 vd

¹⁰⁹² Tarafların iradelerine tâbi uyuşmazlıklardan, onların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar anlaşılır. Bu konuda bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 783; Yeşilirmak, **Pekcanitez Usûl**, s. 2632; Kuru, **C. VI**, s. 5946; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 724; Ekşi, **a.g.e.**, s. 77.

Taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davası tahkime elverişli değildir. Çünkü bu dava taşınmaz üzerindeki aynî bir hakka (mülkiyet) ilişkin olup bu dava sonunda taşınmaz üzerindeki aynî hakta (mülkiyette) bir değişiklik meydana gelir¹⁰⁹³. Öyle ki, paylaşırma kararı sonucunda paydaşlar ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın, kendilerine tahsis edilen şeyler üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır¹⁰⁹⁴. Bu sebeple, konusunu taşınmazın paylaşılmasının oluşturduğu uyuşmazlıklar için tahkime başvurulamaz¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ “[...] *Ortaklığın giderilmesi davası taşınmazın aynına ilişkin dava olup, HMK’nın 12/1 maddesi hükmüne göre taşınmazın aynına ilişkin davalarda yetkinin kesin olmasına göre ... ilçesi sınırları içinde bulunan ... köyündeki taşınmazlar yönünden yetkili mahkeme Karşıyaka Sulh Hukuk Mahkemeleridir [...]*” Yarg. 20. HD, 26.11.2015, E. 2015/4966, K. 2015/11810 (Kazancı).

Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 26; Kaser/Hackl, **a.g.e.**, s. 345 vd; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, s. 157; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Jonas Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 5; Aybay, **Taksim**, s. 76 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 354; bu konu hakkında ayrıca bkz. § 14, A, 1, a.

¹⁰⁹⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanmaya başlanmasından sonraki dönemde bile taşınmazın paylaşılması için hâlâ tahkime gidilebileceği ifade edilmiştir (Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 205). Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yukarıda zikredilen hükmü açık olup taşınmazın paylaşılması için tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun uygulandığı dönemde, öğretide, taşınmazın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabileceğine ilişkin görüşler bulunmaktaydı (Aybay, **Taksim**, s. 53; Kuru, **C. VI**, s. 6264; Tekinay, **a.g.e.**, s. 323; Kurşat, **a.g.e.**, s. 309 vd; Yabancı, **a.g.t.**, s. 20). Ancak o dönemde bu görüşün savunulmasının Kanun’a aykırı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda, sadece iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerde tahkim yolunun mümkün olmayacağı düzenlenmiş (HUMK m. 518); taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklar için açıkça bir yasak getirilmemişti. Ancak o dönemde dahi Yargıtay, taşınmazın paylaşılması hakkındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına karar vermişti: “[...] *Medenî Yasanın 628. maddesinin 2. fıkrası taksimi taşınmazın değerine önemli bir eksiltme yaratmaması koşuluna bağlamıştır. Yanlar birleşerek bu koşulun gerçekleşmediği biçimde taksimi (sulh yoluyla) sağlayabilirse de maliklerin rızalarının birleşmediği durumlarda hakem kararıyla bir tarafa bu zararlı sonucu benimsetme kuralın amacına aykırı olur. Yargıtay’ın yerleşmiş uygulaması bu yolda olduğu gibi bu konuda görevli 6. Hukuk Dairesinin 13.2.1964 gün ve 6808 Esas 703 Karar sayılı kararı da bu yoldadır. - O halde taşınmaz malların aynen taksimi yolunda paydaşlar arasında yapılan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Geçersiz sözleşmeye göre seçilen hakemlerin verdikleri karar, Medenî Yasanın 633. maddesi hükmünce yanların tapuda buna dayanarak ferağ vermesinden önce müstakil mülkiyeti ihdas etmeyeceğinden [...]*” Yarg. 4.HD 14.5.1974, E. 1974/2094, K. 1974/2496 (YKD 1975/6, s. 64 vd).

Yukarıda söylenen hususlar, tarafların, uyuşmazlığın çözülmesi için tahkim yoluna başvurmak zorunda oldukları mecburî tahkim¹⁰⁹⁶ bakımından da geçerlidir. Buna göre, 3533 sayılı Kanun'un¹⁰⁹⁷ dördüncü maddesinde, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 3533 sayılı Kanun'nun 1. maddesinde belirtilen kurumlar arasında ortaya çıkan taşınmazın paylaştırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulamaz¹⁰⁹⁸.

Taşınırların paylaştırılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar içinse tahkime başvurulmasına engel bir durum yoktur. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taşınırlara ilişkin bir yasak getirilmemiştir (HMK m. 412/1). Taşınırların paylaştırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edebileceğinden bu konudaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülebilir¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Mecburî tahkim hakkında genel olarak bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 780; Önen, **Yargılama**, s. 350; Ulukapı, **Usûl**, s. 531; Ekşi, **a.g.e.**, s. 15 vd.

¹⁰⁹⁷ “Umumi Mülhak Ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete Veya Belediye Veya Hususi İdarelere Aid Daire Ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun”.

¹⁰⁹⁸ Kanun'un dördüncü maddesine 4916 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle eklenen “taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda, taşınmazın aynına yönelik olanlar hariç olmak üzere” hükmünden önce Yargıtay'ın taşınmazın paylaştırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar için de 3533 sayılı Kanun'da belirtilen mecburî tahkim usûlünün uygulanacağına ilişkin kararları bulunmaktaydı: “[...] *Dava bir parça taşınmaz ortaklığının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir. Ortaklığının giderilmesi istenilen 706 parsel sayılı taşınmaz, davacı Akyeniköy belediyesi ile davalı hazine adına paylı olarak tapuda kayıtlıdır. Her iki tarafta 3533 sayılı umumi mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı devlete veya belediye veya hususi idarelere ait daire ve müesseseler arasındaki ihtilafların tahkim yoluyla halli hakkındaki kanun hükümlerine tabidir. Belirtilen kanunun 1,2 ve 4. maddeleri gereği davaya o yerin yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı ve hakimi tarafından hakem sıfatıyla bakılması gerekir. Dava dilekçesinin görev nedeniyle reddine karar vermek gerekirken işin esası incelenerek satış kararı verilmesi hatalı olmuştur [...]*” Yarg. 6. HD, 26.10.1998, E. 1998/8771, K. 1998/8858 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 6. HD, 10.12.1998, E. 1998/10645, K. 1998/10596 (Kazancı).

¹⁰⁹⁹ Benzer şekilde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 53; Kuru, **C. VI**, s. 6264; Tekinay, **a.g.e.**, s. 323; Kurşat, **a.g.e.**, s. 309 vd.; Yabancı, **a.g.t.**, s. 20

B. Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözümü

Arabuluculuk, taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, tarafların başvurusuyla arabulucu olarak isimlendirilen tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin yardımıyla çözümlenmesi ifade eden bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹¹⁰⁰. Taraflar, davanın açılmasından önce ya da dava sırasında arabulucuya başvurabilir¹¹⁰¹. Çünkü davanın açılmış olması, o davaya konu uyuşmazlık için arabuluculuğa başvurulmasına engel değildir (HUAK m. 13/1). Yeter ki uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olsun.

Hangi uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun birinci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Bu hükme göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir¹¹⁰².

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, genel olarak taşınır veya taşınmazın paylaşılması ile ilgilidir. Taşınırın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği türdendir. Dolayısıyla bu konuda arabuluculuğa başvurulmasına engel bir durum yoktur.

¹¹⁰⁰ Tanım için bkz. Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, 2813; Ömer Ekmekçi/Muhammet Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Bası, XII Levha, İstanbul, 2019, s. 17; Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun ikinci maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”dir.

¹¹⁰¹ Dava açıldıktan sonra tarafların arabulucuya başvuracaklarını mahkemeye bildirmelerinden sonra yargılama üç ayı geçmemek üzere mahkemece ertelenir (HUAK m. 15/5).

¹¹⁰² Arabuluculuğa elverişlilik açısından tarafların serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklarla ilgili genel olarak bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, **a.g.e.**, s. 50 vd.

Taraflar taşınmaz üzerindeki aynî bir hakta değişiklik yapabileceklerinden, taşınmazın aynını ilgilendiren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir¹¹⁰³. Dolayısıyla, taşınmazın aynı ilgilendirse de, taşınmazın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlık, kanaatimizce arabuluculuğa elverişli kabul edilmelidir. Çünkü taşınmazın paylaşılması için aralarında bir sözleşme yapmaya yetkili olan taraflar, bu konuda arabulucuya da başvurabilmelidir.

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonrasında bir anlaşmaya varırsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini mahkemeden isteyebilir (HUAK m. 18/2). İcra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olması gerekir (HUAK m. 18/3). Anlaşma içeriğinde kamu düzeni veya emredici hükümlere aykırı bir husus varsa icra edilebilirlik şerhi verilemez¹¹⁰⁴. Bu kapsamda tarafların paylaştırmaya ilişkin anlaşması da emredici hükümlere aykırıysa bu şerhin verilmesi mümkün değildir. Örneğin, üzerinde anlaşılan paylaşılma usûlü imar mevzuatına aykırı olabilir. Bu durumda mahkeme icra edilebilirlik şerhi veremeyecektir.

İcra edilebilirlik şerhi verilen anlaşma ilâm niteliğinde bir belge sayılır (HUAK m. 18/2). Böylece anlaşma belgesinde kararlaştıran bir şeyi yerine getirmeyen paydaş aleyhine ilâmlı icra yoluna başvurulabilir (İİK m. 38). Örneğin, taraflar paylaşılmanın paylı mülkiyete konu taşınırın bir paydaşa teslim edilmesiyle yapılacağını kararlaştırabilir ve buna ilişkin anlaşma için icra edilebilirlik şerhi alınabilir. Eğer paylı mülkiyete konu şey, kendisine taşınırın teslim edileceği paydaşın zilyetliğinde değilse, bu paydaş, taşınırı zilyetliğinde bulunduran diğer paydaş aleyhine taşınırın teslimine ilişkin ilâmlı icra yoluna başvurabilir (Karş.İİK m. 24).

¹¹⁰³ Ersin Erdoğan/Nurbanu Erzurumlu, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı**, SETA, Ankara, 2016, s. 14; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 767; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 3. Bası, Ankara, s. 1021; Cenk Akil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014; s. 87; Alper Bulur, **6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler**, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 503; k.g.Ulukapı, **Usûl**, s. 560.

¹¹⁰⁴ Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2846.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASINDA HÜKÜM ve KANUN YOLLARI

XIV. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Hüküm

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Verilebilecek Hükümler

1. Davanın Kabulü

a. Aynen Paylaştırma Hükümü

(1) Genel Olarak

Mahkeme, talep edilmesi ve şartların bulunması durumunda, aynen paylaştırma hükmü kurar. Hükümde sadece aynen paylaştırmaya karar verildiğinin belirtilmesi yeterli değildir¹¹⁰⁵. Burada paydaşlara hangi parçanın tahsis edildiğinin açıkça ortaya konulması gerekir¹¹⁰⁶. Taşınmazın mahkeme kararıyla parçalara ayrılması durumunda harita yapılması zorunludur (Tapu Kanunu m. 32). Hükümde bu haritaya atıf yapılmalıdır¹¹⁰⁷.

Bazı durumlarda, mahkemenin aynen paylaştırma hükmü açık olmayabilir. Örneğin¹¹⁰⁸, taşınmazın simetrik olarak paylaştırılmasına ilişkin kurulan hükümde, taraflar, bu simetriden ne anlaşılması gerektiğini tespit edemeyebilir. Bu husus açık olmayan hükmün icrasında sıkıntılar yaratabilir. Böyle bir durumda taraflar, mahkemeden hükmün tavihini (HMK m. 305) isteyebilir¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁵ Aybay, **Taksim**, s. 74.

¹¹⁰⁶ Aybay, **Taksim**, s. 75.

¹¹⁰⁷ Aybay, **Taksim**, s. 75; Kurşat, **a.g.e.**, s. 350.

¹¹⁰⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 563.

¹¹⁰⁹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 563.

Aynen paylaşırma hükmü, taşınmazlara ya da taşınırlara yönelik olabilir. Taşınmaza ilişkin verilen hükmün kurucu etkisinin olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kaynağını Roma hukukundan alan *Adjudication* sistemine göre¹¹¹⁰, paydaşlar ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın, mahkeme hükmüyle kendilerine tahsis edilen şeyler üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır¹¹¹¹.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için o yönde bir tescil yapılması kural olarak zorunludur (TMK m. 705/1). Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 705. maddesinin ikinci fıkrasında, taşınmazın mülkiyetinin tescilden önce kazanılabileceği hâller düzenlenmiştir. Bunlardan biri de mahkeme kararıdır. Kural bu olmakla birlikte, öğretide yer alan bir görüşe göre, aynen paylaşırma hükmünün kurucu etkisi yoktur¹¹¹². Zira aynen paylaşırma hükmünün kesinleştiği anda, paydaşlara özgülenen parçalar için tapu kütüğünde henüz ayrı bir sayfa oluşturulmamıştır¹¹¹³. Bu şekilde ayrı bir sayfa oluşturulmadan, birden fazla taşınmaz ve mülkiyetten bahsedilebilmesi mümkün değildir¹¹¹⁴. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, paydaşlar aynen paylaşırma hükmünün kesinleşmesiyle, kendilerine özgülenen parçalar üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır¹¹¹⁵. Hüküm kesinleştiği anda, özgülenen parçalar için tapu kütüğünde ayrı bir sayfa

¹¹¹⁰ Bu konuda bkz. Esser, **a.g.e.**, s. 14 vd.

¹¹¹¹ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 26; Kaser/Hackl, **a.g.e.**, s. 345 vd; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, s. 157; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Jonas Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 5; Aybay, **Taksim**, s. 76 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 354.

¹¹¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 605; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 341 vd; Alman Hukukunda da böyle bir etkinin bulunmadığı hakkında bkz. Eickelberg, **Staudinger BGB**, § 749, Rdnr. 4.

¹¹¹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 605; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 341; Sirmen, **a.g.e.**, s. 300.

¹¹¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Eşya Hukuku**, s. 605; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 341; Sirmen, **a.g.e.**, s. 300.

¹¹¹⁵ Bu yönde bkz. Aybay, **Taksim**, s. 78 vd; Hatemi/Aybay, **a.g.e.**, s. 140 vd; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 429; Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 481; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Wicki, **a.g.m.**, s. 108.

oluşturulmamış olsa bile, bu parçaların nasıl ayrılacağı hükümde gösterilmiştir¹¹¹⁶. Bu sebeple bir belirsizlikten bahsedilemez¹¹¹⁷.

Gerek Türk Medenî Kanunu'nda belirtilen istisnalardan olması (TMK m. 705/2), gerekse de parçaların nasıl ayrılacağının hükümde açıkça gösterilmesi sebebiyle, aynen paylaştırmanın kurucu bir etkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Aynen paylaştırmanın istenmiş olduğu ortaklığın giderilmesi davasında verilen paylaştırma hükmünün inşaî hüküm niteliğinde olduğu daha önce belirtilmişti¹¹¹⁸. Bunun da bir gereği olarak, kanaatimizce aynen paylaştırma hükmünün kesinleşmesiyle paydaşlar kendilerine özgülenen parçalar üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır.

Hükmün kurucu etkisinin olup olmadığı yönündeki benzer tartışma, taşınırın aynen paylaştırılması durumunda da mevcuttur. Böyle bir etkinin bulunmadığını iddia edenler, taşınır mülkiyetinin kural olarak ancak zilyetliğin devri ile kazanılması ve mahkeme hükmünün kurucu etkisinin yalnızca taşınmazlar için öngörülmesinden hareket eder¹¹¹⁹. Diğer görüşe göreyse, hükmün kurucu etkisi açısından, taşınır ve taşınmazlar arasında bir paralellik olmalıdır¹¹²⁰. Buna göre, taşınmazlarda bu etki mevcutken taşınırlarda bunun söz konusu olmaması çelişki yaratacaktır¹¹²¹.

(2) Denkleştirme Kararı

Paydaşlara özgülenen parçaların ekonomik değerleri birbirine eşit olmayabilir. Bu durumda değeri yüksek olan payın özgülendiği paydaş, bu eşitliğin

¹¹¹⁶ Kurşat, **a.g.e.**, s 360.

¹¹¹⁷ Kurşat, **a.g.e.**, s 360.

¹¹¹⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. IV, B, 1, b.

¹¹¹⁹ Aybay, **Taksim**, s. 79 vd.

¹¹²⁰ Kurşat, **a.g.e.**, s. 361; ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 481.

¹¹²¹ Kurşat, **a.g.e.**, s. 361; ayrıca bkz. Dural/Öz, **a.g.e.**, s. 481.

sağlanması amacıyla bir miktar para vermelidir (TMK m. 699/2). Bu paranın verilmesine yönelik karara denkleştirme kararı adı verilir¹¹²².

Yargıtay'a göre, mahkeme bu paranın yatırılması için bir depo kararı vermelidir¹¹²³. Eğer ilgilisi, bu depo kararını yerine getirmezse bu hak diğer tarafa geçer. Eğer bu kişi de depo kararına uymazsa, satış yoluyla paylaştırılmaya karar verilir¹¹²⁴.

Denkleştirme kararının niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Medenî usûl hukukunda kararlar; nihaî ve ara karar olmak üzere ikiye ayrılır¹¹²⁵. Nihaî kararlar birlikte dava sona ererken; ara kararın dava üzerinde böyle bir etkisi yoktur. Zira ara karardan sonra uyuşmazlığın çözülmesi faaliyetine devam edilir¹¹²⁶. Ortaklığın giderilmesi davasındaki denkleştirme kararı, ara karar niteliğindedir. Zira bu kararlar ortaklığın giderilmesi davası sona ermez. Bu karar, bir anlamda aynen paylaşırma kararı verilebilmesinin de bir şartını oluşturur. Nitekim Yargıtay uygulamasında da görüldüğü üzere, bu kararın yerine getirilmemesi ihtimâlinde, duruma göre satış kararı verilebilir¹¹²⁷.

¹¹²² Bu konu hakkında bkz. Adolf Berger, **Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht**, Weimar, 1912, s. 93 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 346; Eren, **Mülkiyet**, s. 124.

¹¹²³ “[...] *Bu durumda mahkemece, taraflarca aynen paylaştırılması istenen 4 adet bağımsız bölüm ve bunları paylaşacak iki mirasçı bulunduğuna göre yukarıda belirtilen ilke ve esaslar doğrultusunda tarafların uzlaşmaları halinde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, bu konuda taraflar arasında uzlaşma sağlanamaz ise kura çekimi yoluna gidilerek, kura sonucunda kendisine daha kıymetli taşınmazlar isabet eden tarafa ivaz bedeli farkını hükümden önce depo etmesi için kesin süre verilmeli [...]*” Yarg. 14. HD, 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267. (Kazancı).

¹¹²⁴ “[...] *depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı, her iki tarafın da ivaz bedelini kesin süre içerisinde depo etmemesi durumunda ise şimdiki gibi satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir [...]*” Yarg. 14. HD, 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267 (Kazancı).

¹¹²⁵ Bu konuda genel olarak bkz. Nilüfer Boran Güneysu, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 106 vd; Karafakih, **Usul**, s. 89; Önen, **Yargılama**, s. 267; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 1969; Ulukapı, **Usûl**, s. 415.

¹¹²⁶ Karafakih, **Usul**, s. 89; Önen, **Yargılama**, s. 268; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 1969; Boran Güneysu, **a.g.e.**, s. 147 vd.

¹¹²⁷ “[...] *depo edildiği takdirde taksim suretiyle ortaklık giderilmeli, depo edilmediği takdirde aynı hak karşı tarafa tanınmalı, her iki tarafın da ivaz bedelini kesin süre içerisinde depo etmemesi*

Türk hukukunda ara kararlara karşı kanun yolu başvurusunun mümkün olmadığı, bunların ancak nihaî kararlar için yapılan kanun yolu incelemesinde denetlenebileceği kabul edilir¹¹²⁸. Bu sebeple, denkleştirme kararının hukuka uygun olmadığı itirazı, ancak paylaştırma konusunda verilen nihaî karara karşı yapılan kanun yolu başvurusunda ileri sürülebilir.

(3) Aynen Paylaştırma Hükmünün Yerine Getirilmesi

Taşınır ve taşınmazlar için verilen aynen paylaştırma hükmünün icrası birbirinden farklıdır. Aynen paylaştırma hükmü taşınmaza yönelikse, bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazların icrasına ilişkin hükmünün uygulanması gerekir. Bu Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına göre, taşınmaz davalarında mahkeme, vermiş olduğu hükmü kendiliğinden ilgili tapu dairesine gönderir. Öyleyse aynen paylaştırmaya karar veren mahkemenin, bu kararını kendiliğinden ilgili tapu dairesine göndermesi uygun olur¹¹²⁹. Mahkeme bu kararını tapu dairesine bildirmemiş olsa bile paydaşların, kararın yerine getirilmesi için ilâmlı icraya başvurularına gerek yoktur. Paydaşlardan her biri, ilgili tapu dairesine başvurarak kendisine ayrılan parçanın lehine tescil edilmesini isteyebilir¹¹³⁰.

Bununla birlikte, taşınıra ilişkin aynen paylaştırma hükmünün icrasında durum farklıdır. Bir paydaşa özgülenen parça, bazen başka bir paydaşın zilyetliğinde bulunabilir. Zilyet bunu teslim etmezse, diğer paydaş, taşınırın teslimine ilişkin ilâmlı icra yoluna başvurmak zorunda kalır (İİK m. 24)¹¹³¹.

durumunda ise şimdiki gibi satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmelidir [...]"
Yarg. 14. HD, 23.10.2013, E. 2013/11904, K. 2013/13267 (Kazancı).

¹¹²⁸ Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1969.

¹¹²⁹ Kuru, **C. VI.**, s. 6282.

¹¹³⁰ Kuru, **C. VI.**, s. 6282; Kurşat, **a.g.e.**, s. 361.

¹¹³¹ Aybay, **Taksim**, s. 80.

b. Satış Yoluyla Paylaştırma Hükümü

(1) Genel Olarak

Aynen paylaştırmanın mümkün olmadığı ya da tarafların bunu istemediği durumlarda, şartları mevcutsa ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilir (TMK m. 699). Satış açık artırma yoluyla yapılır (TMK m. 699/3). Tarafların tamamı istemiş olmadıkça pazarlık yoluyla satışa karar verilemez¹¹³².

Satış hükmü, diğer hükümler gibi açık ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde oluşturulmalıdır (Karş. HMK m. 297/2). Bu kapsamda satışına karar verilen taşınmazın ada ve parsel numaralarının hüküm fıkrasında gösterilmesi gerekir¹¹³³.

Satış hükmünde taşınmazın muhammen bedelinin gösterilmesi, infazda tereddüt uyandırabileceği gerekçesiyle Yargıtay tarafından doğru bulunmamıştır¹¹³⁴. Burada infazda tereddüt yaşanmasının sebebi, taşınmazın satışı için düzenlenecek olan artırmada, taşınmazın hükümde belirtilmiş olan değerinin muhammen bedel olarak dikkate alınabileceği endişesi olabilir. Oysa artırmaya çıkarılmadan önce taşınmazın değerinin mahkemece yeniden tespit ettirilmesi ve tespit edilen bu değer muhammen bedel olarak dikkate alınması zorunludur¹¹³⁵.

¹¹³² Özgür, **a.g.e.**, s. 105; Benzer şekilde bkz. Kurşat, **a.g.e.**, s. 333, dn. 197.

¹¹³³ “[...] Mahkemece, satışın genel açık artırma suretiyle yapılacağı ve dava konusu taşınmazların ada ve parsel numaralarının eksiksiz bir şekilde hüküm de belirtilmesi gerekirken satış şekli ile dava konusu 298 ada 47 parsel sayılı taşınmazın ada numarasının belirtilmemesi doğru görülmemiş ise de [...]” Yarg. 14. HD, 28.5.2019, E. 2018/4104, K. 2019/4812 (Kazancı).

¹¹³⁴ “[...] Mahkemece aynen bölünerek paylaşılması mümkün olmayan taşınmazların satışına karar verilirken infazda tereddüt yaratacak şekilde muhammen bedellerinin hüküm fıkrasında gösterilmesi ve hüküm tarihi itibarıyla Harçlar Yasası uyarınca taşınmazların satış bedeli üzerinden binde dokuz harç alınması gerekirken yüzde dokuz harç tahsiline hükmedilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 8.4.2003, E. 2003/2165, K. 2003/2304 (Kazancı).

¹¹³⁵ “[...] İİK.nun 128/2.maddesi uyarınca; "icra müdürlüğünce taşınmazın kıymeti takdir edilir" hükmü yer almaktadır. Takip dosyası içeriğinde icra müdürlüğünce kıymet takdiri yapılmaksızın nedenli gerçeği yansıttığı anlaşılamayan izaleyi şuyu dosyasındaki bilirkişi incelemesine dayalı olarak bu miktar esas alınarak taşınmazın ihaleye çıkarılması isabetsizdir [...]” Yarg. 12. HD, 5.4.2004, E. 2004/2869, K. 2004/8199 (Kazancı).

Hükümde, satışın paydaşlar arasında mı yoksa genel bir açık artırmayla mı yapılacağı hususu ayrıca belirtmelidir. Aksi takdirde hüküm, infaza elverişli olmaz¹¹³⁶. Satış hükmünde ayrıca, satışta elde edilecek paranın ne şekilde dağıtılacağı da açıkça gösterilmelidir¹¹³⁷.

Kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunmaması gerekir. Kısa kararda paylı mülkiyete konu şeyin pazarlık yoluyla satılacağına karar verilmesinden sonra gerekçede satışın İcra ve İflâs Kanunu'nun açık artırmaya ilişkin hükümleri uygulanarak yapılacağının belirtilmesi durumunda, kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki ortaya çıkmış olur¹¹³⁸. 10.4.1992 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunması hâlinde hükmün bozulması gerekli olup bozmadan sonra ilk derece hâkimi, önceki kararla bağlı kalmadan çelişkiyi ortadan kaldıran bir karar vermelidir¹¹³⁹. Yeni kanun yolu sistemimizde böyle bir durum istinaf sebebi olup, bölge adliye mahkemesi, kararın

¹¹³⁶ “[...] Somut olaya gelince; mahkemece, her ne kadar davanın kabulü ile dava konusu taşınmaz üzerindeki ortaklığın satış yolu ile giderilmesine karar verilmiş ise de hükümde dava konusu taşınmaza ait bilgilere yer verilmemiş ve satışın genel açık arttırma sureti ile yapılacağına hükmedilmemiştir. Dolayısıyla, karar bu haliyle infaza elverişli değildir [...]” Yarg. 14. HD, 15.1.2018, E. 2017/5372, K. 2018/284 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹¹³⁷ “[...] Mahkemece paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde satışın nasıl yapılacağının ve satış bedelinin ne şekilde dağıtılacağının ve harcın taraflardan hangi oranlarda tahsil edileceğinin hüküm sonucunda gösterilmesi gerekir [...]” Yarg. 14. HD, 10.6.2019, E. 2016/6446, K. 2019/5063 (Kazancı); ayrıca bkz. Yarg. 14. HD, 07.02.2017, E. 2015/7690, K. 2017/771 (Canan Ruhi/Amet Cemal Ruhi, **İzaleyi Şüyu, Ortaklığın Giderilmesi, Paylaşma Davaları**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2017, s. 761).

¹¹³⁸ “[...] kısa kararda davanın kabulüyle davaya konu taşınmaz üzerindeki ortaklığın pazarlık suretiyle giderilmesine karar verildiği halde gerekçeli kararda İİK hükümlerine göre açık artırmayla satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmiştir [...] Bu durumda hükmün gerekçesi ile hüküm sonucunun ve kısa kararın çelişkili olduğu görülmüş, belirtilen bu sebeplerle hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 25.10.2016, E. 2015/4900, K. 2016/8693 (Kazancı).

¹¹³⁹ “[...] Bütün bu sebeplerle kısa kararla gerekçeli kararın çelişik olmasının mutlak bir bozma sebebi oluşturacağı ve bozmadan sonra hakimın önceki kısa kararla bağlı olmaksızın çelişikliği kaldırmak kaydıyla vicdani kanaatine göre karar verebileceği yolunda içtihatların birleştirilmesi uygun bulunmuştur [...]” E. 1991/7, K. 1992/4.

kaldırılması ve yeniden bir karar verilmesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermelidir¹¹⁴⁰.

Öğretideki bir görüşe göre, artırmanın öncelikle paydaşlar arasında yapılması, bundan bir sonuç elde edilemezse genel bir artırma yapılması şeklinde hüküm verilebilir¹¹⁴¹. Yargıtay’a göre bu, kararın terditli olması demektir ve bu şekilde bir karar verilmesi mümkün değildir¹¹⁴². Kanaatimizce mahkeme bu şekilde karar verebilmelidir. Her şeyden önce bu yönde bir karar, davanın amacı ve niteliğine uygundur. Çünkü yapılan arttırmada, asgari ihale bedeline erişilememe tehlikesi vardır. Bu durumda satış herkesin katılacağı bir artırmayla yapılacaktır. Böylece bu davanın amacı olan paylaştırmanın yapılması ihtimâli de artmış olur. Bu noktada bu hükmün şarta bağlı olarak kurulduğu ve bir sonuç doğurmayacağı iddia edilebilirse de, kanaatimizce burada bir şarttan bahsedilemez. Zira mahkeme burada aslında paydaşlar arasında yapılacak satışa ilişkin genel şartları belirlemektedir. Kaldı ki, şarta bağlı hükmün verilemeyeceği görüşü, aslında hükmün açık olması ve tarafların hak ve borçlarının hükümde açıkça gösterilmesi gerektiği kuralına (HMK m. 297/2)

¹¹⁴⁰ “[...] *Her ne kadar bölge adliye mahkemeleri, hukuki denetim yanında aynı zamanda maddi vakıa incelemesi de yaparak, tahkikat sonucuna göre yeniden esas hakkında hüküm kurabilir ya da yargılamada eksiklik bulunmamakla beraber, kanunun olaya uygulanmasında hata edilip de yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde, veyahut kararın gerekçesinde hata edilmiş ise, düzelterek yeniden esas hakkında karar verebilirse de, somut olayda, mahkeme kararının gerekçesi ve hüküm fıkrası çelişkili olduğundan, ortada hukuki ve maddi vakıa denetimine elverişli bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle; 10.4.1992 gün ve 1991/7 esas ve 1992/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da benimsendiği gibi, kısa karar ile bağlı kalınmaksızın, ancak kısa karar ile kararın gerekçesi ve hüküm fıkrası arasındaki çelişki giderilecek şekilde, davanın yeniden görülüp yeni bir karar verilmesi için ilk derece mahkemesine ait kararın esası incelenmeden kaldırılmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir [...]*” Ankara BAM, 4. HD, 9.3.2017, E. 2017/262, K. 2017/210 (Lexpera).

¹¹⁴¹ Aybay, **Taksim**, s. 87; Kurşat, **a.g.e.**, s. 372.

¹¹⁴² “[...] *Bunun yanısıra; satışın genel açık artırma yoluyla yapılmasına karar verilmesi gerekirken mahkemece, satışın öncelikle paydaşlar arasında yapılması, alıcı çıkmaması halinde kamuya açık şekilde tamamlanması yönünde infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiş; bu sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir [...]*” Yarg. 14. HD, 5.7.2018, E. 2016/2432, K. 2018/5157 (Kazancı); “[...] *Mahkeme, taşınmaz malların ilk önce paydaşlar arasında açık artırma ile satılmasına, bundan bir netice elde edilemezse satışın umum arasında yapılmasına şeklinde terditli karar veremez. Satışın ya paydaşlar veya umum arasında yapılmasına karar verilmesi gerekir [...]*” Yarg. 6. HD, 1.6.1961, E. 1961/2544, K. 1961/3879 (Malatyahoğlu/Ertaş, **a.g.e.**, s. 263).

dayanır¹¹⁴³. Oysa bu ihtimâlde, esasen belirsiz bir durum söz konusu değildir. Tercih edilen ilk yoldan sonuç alınamadığının tespiti (örneğin, asgarî ihale bedeline ulaşamadığı için ihalenin yapılamadığı) oldukça kolaydır. Böylece hükümde belirtildiği üzere, paydaşlardan biri diğer yolun uygulanması için müracaat edebilir. Aksi durumun kabulü, paydaşlara bu konuda tekrar bir dava açmak külfeti getireceğinden usûl ekonomisine de uygun düşmeyecektir.

Hükümün kurulmasından sonra, hükme konu taşınmazın parsel numaraları değişmiş olabilir. Bu durumda hükümün infazı için mahkemenin bu yeni numaralara göre hüküm kurması gerekir¹¹⁴⁴. Esasen mahkemenin yapmış olduğu bir hata bulunmasa da, Hukuk Muhakemeleri Kanun'un 304. maddesinde düzenlenen hüküm tashihi kurumundan burada faydalanılabilir. Buna göre, re'sen veya tarafların talebi ile bu durum düzeltilebilir. Yine dava konusu taşınmazın parsel numaraları, dava esnasında değişmesine rağmen eski numaralar esas alınarak verilen karar da infaz açısından tereddüt uyandırır¹¹⁴⁵. Bu sebeple ilgili hükümün de düzeltilmesi gerekir.

¹¹⁴³ Konuyla ilgili olarak bkz. Süha Tanrıver, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, **BATİDER**, 1998/4, s. 49; ayrıca bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 1978; Muhammet Özokes, “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 497 vd; ayrıca bkz. İlhan E. Postacıoğlu, “Şarta Muallâk Hükümler”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 203 vd.

¹¹⁴⁴ “[...] Somut olaya gelince; Davacı, 20 adet taşınmaz üzerindeki ortaklığın satış sureti ile giderilmesini istemiş 12.05.2015 tarihinde Mahkemece davanın kabulü ile satış sureti ile giderilmesine karar verilmiştir. Karar tarihinden sonra 3402 sayılı kanunun 22/A maddesine göre uygulama çalışması yapıldığından hükme konu olan parsel numaraları değişerek yeni parsel numaralarının olduğu anlaşıldığından, mahkemece, infazda tereddüt oluşturmamak için güncel tapu kaydına göre yeni oluşan parsel numaraları üzerinden hüküm kurulması gerektiğinden hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 11.01.2018, E. 2017/5168, K. 2018/181 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹¹⁴⁵ “[...] Somut olayda; Dava konusu 923 Ada 30 ve 31 Parsel sayılı taşınmazların imar uygulaması ile kayıtlarının kapatıldığı yeni parsellerin olduğu anlaşıldığından, işlerliğini yitiren pasif gözükten tapu kayıtları üzerinden, hüküm kurulması doğru değildir [...]” Yarg. 14. HD, 08.01.2018, E. 2017/5010, K. 2018/66 (karararama.yargitay.gov.tr).

(2) Zamanaşımı Sorunu

Bir mahkeme kararına bağlanmış olan borç açısından yeni zamanaşımı süresi on yıldır (TBK m. 156/2; ayrıca İİK m. 39/1). Hem öğreti¹¹⁴⁶ hem de Yargıtay’a göre¹¹⁴⁷, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine ilişkin hüküm açısından on yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olur. Bu süre, hükmün kesinleşmesinden itibaren başlar¹¹⁴⁸.

Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Türk Borçlar Kanunu’nun, mahkeme kararına bağlanmış borç için zamanaşımı süresi öngörmesi, eda ve tespit hükümleri açısından geçerlidir¹¹⁴⁹. Her ne kadar satış hükmünün yerine getirilmesi için bazı işlemlerin yapılması gerekse de, ortaklığın giderilmesi davasındaki satış hükmü, eda hükmü değil inşaî bir hükümdür. Zira bazen inşaî hükümden sonra, bu değişikliğin gerektirdiği edimlerin yapılması ihtiyacı duyulabilir¹¹⁵⁰. Ancak bu, onların birer eda hükmü olduğu anlamına gelmez¹¹⁵¹. Çünkü buradaki edimlerin yapılması, tamamen inşaî etkinin bir sonucudur¹¹⁵². Satışa yönelik bu işlemler de, esasen paydaşlığın sona ermesine yönelik inşaî etkinin bir sonucudur. Zira satışın yapılmasıyla inşaî sonuç tam anlamıyla gerçekleşir ve böylece birlikte mülkiyetten ferdî mülkiyete geçilir. Bu sebeplerle kanaatimizce satış hükmü için bir zamanaşımı süresi söz konusu değildir.

¹¹⁴⁶ Kuru, **İcra-İflâs**, s. 912.

¹¹⁴⁷ “[...] BK.nun 135. maddesi gereğince taşınmaz malların satışına dair kararlar aynı hakkın devri mahiyetinde olmadığı cihetle kararın kesinleştiği tarihten itibaren 10 yılın geçmesi ile olayda zamanaşımı hükümleri uygulanır ve yeniden şuyuun giderilmesi isteminde bulunulabilir. Olayımızda ise, önceki karar kesinleşmemiş olmakla birlikte kararın verildiği tarih itibariyle 10 yıllık süre geçmediğinden yeniden aynı taşınmaz için satış suretiyle ortaklığın giderilmesi istenemez. Bu husus gözönünde tutulmadan yazılı şekilde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 30.4.1992, E. 1992/5404, K. 1992/5903 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 6. HD, 8.1.1979, E. 1978/7716 K. 1979/21 (Kazancı).

¹¹⁴⁸ Yarg. 6. HD, 22.09.1969, E. 1969/2957, K. 1969/3617 (Malatyahoğlu/Ertaş, **a.g.e.**, s. 182).

¹¹⁴⁹ Benzer yaklaşım için bkz. Dörner, **Schulze Bürgerliches Gesetzbuch**, § 197, Rdnr. 5. Tespit davasında alacağın bulunduğunu tespit eden mahkeme hükmüne konu hak açısından zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında bkz. Wolfgang Henrich, **BeckOK BGB**, 47. Ed, 2018, § 197, Rdnr. 15.

¹¹⁵⁰ Önen, **İnşai Dava**, s. 196.

¹¹⁵¹ Önen, **İnşai Dava**, s. 196.

¹¹⁵² Önen, **İnşai Dava**, s. 196.

(3) Satış Hükümünün Yerine Getirilmesi

Ortaklığın giderilmesi için yapılacak satışlar, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilir (HMK m. 322/2). Satış kararı veren mahkeme, satış işleminin gereklerini kendiliğinden yerine getiremez. Bu konuda öncelikle taraflardan birinin talebi gerekir¹¹⁵³. Bu talep icra dairesine değil kararı veren mahkemeye yapılmalıdır. Zira satışın kimin tarafından yapılacağını mahkeme belirler. Mahkeme satış için bir memur görevlendirebileceği gibi (HMK m. 322/2) satışın icra dairesi tarafından¹¹⁵⁴ yapılmasını da emredebilir¹¹⁵⁵.

Ortaklığın giderilmesi davası sonucunda yapılacak satış, sadece paydaşların arasında gerçekleştirilebileceği gibi herkesin katılacağı bir açık artırmayla da yapılabilir. Satışın paydaşlar arasında artırmayla yapılmasına karar verilmesi için, davada bütün paydaşların bunu istemesi gerekir (TMK m. 699/3). Aksi takdirde satış herkesin katılacağı bir açık artırmayla gerçekleştirilir.

¹¹⁵³ Aybay, **Taksim**, s. 91.

¹¹⁵⁴ “[...] Öte yandan mahkemenin kararında satış memuru olarak belli bir kişinin görevlendirilmediği, "Yalova İcra Müdürlüğünün görevlendirilmesine" denilmek suretiyle kurum olarak görevlendirilen şeklinde genel bir ifade kullanıldığı görülmektedir. Mahkemece ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiğinde görevlendirilen satış memurunun açık bir şekilde hükümde gösterilmesi gerekir. İcra müdürünün veya Yazı İşleri Müdürünün görevlendirilmesi durumunda görevlendirilen müdürün isminin kararda bulunması zorunlu olmayıp, kim olduğunu belirlemeye yetecek şekilde mahkeme yazı işleri müdürü gibi bir ibarenin kullanması yeterlidir. Mahkemece bu görevlendirme yapıldıktan sonra görevlendirilen kişinin bu görevi yerine getiremeyecek olması nedeniyle satış memurunun değiştirilmesi gerektiğinde her zaman ek karar ile önceki görevlendirmenin değiştirilmesi ve yeni bir satış memuru tayini mümkündür [...]” Bursa BAM, 4. HD, 27.5.2019, E. 2019/217, K. 2019/833 (Kazancı); benzer şekilde bkz. Yarg. 14. HD, 30.9.2019, E. 2016/8395, K. 2019/6002 (Lexpera).

¹¹⁵⁵ “[...] Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar veren sulh hukuk mahkemesi, satış işlemlerini yapmak ve bedelini tevzi etmek üzere bir satış memuru tayin eder. Bu memur, icra memuru olabileceği gibi mahkemeye mensup olan veya olmayan herhangi bir kimse de olabilir [...]” Yarg. HGK., 24.4.2013, E. 2012/1564, K. 2013/580 (Lexpera); Mahkeme yazı işleri müdürü de, bu konuda görevlendirilebilir. Bu yönde bkz. “[...] Somut olayda, *Delice Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 07.9.2012 tarih ve 2011/133 Esas, 2012/161 Karar sayılı ortaklığın giderilmesine ilişkin ilamının yerine getirilmesi için Sulh Hukuk Mahkemeleri Yazı İşleri Müdürü görevli kılınmış ve yazı işleri müdürü satış memuru sıfatı ile işlem yapmıştır* [...]” Yarg. 12. HD, 22.09.2014, E. 2014/17702, K. 2014/21933 (karararama.yargitay.gov.tr); Uygulamada genellikle icra dairelerinin görevlendirildiği hakkında bkz. Aybay, **Taksim**, s. 90.

Esasen satışa ilişkin şartları belirlemek, mahkemenin görevi değildir. Zira satışa ilişkin hükümler, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu Kanuna aykırı olmamak şartıyla mahkeme, paydaşların menfaatlerine uygun bazı kurallar da getirebilir¹¹⁵⁶.

Satış işlemi İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yapılacağından, mahkeme bu Kanun hükümlerine aykırı olacak şekilde bir satış kararı veremez¹¹⁵⁷. Bu kapsamda, örneğin artırmaya girebilmek için Kanun'daki teminat oranından daha fazla bir oranın belirlenmesi, satışın sadece belirli kişiler arasında yapılması, ihalenin her halükârda ilk artırmada tamamlanacağı şeklinde kararlar verilemez¹¹⁵⁸. Zira bunlar, İcra ve İflâs Kanunu'na aykırıdır. Bununla birlikte tarafların tamamı bu şekilde bir kural getirilmesini isterse¹¹⁵⁹, öğretideki bir görüşe göre, mahkeme tarafların bu talepleriyle de bağlı olup bu şekilde hüküm kurmalıdır¹¹⁶⁰. Ancak bu durumda hüküm, artık mahkemece tayin edilecek kimse tarafından icra edilemez¹¹⁶¹. Hükümün icrası artık, dava taraflarınca yerine getirilir¹¹⁶². Taraflardan biri hükme konu borcu yerine getirmezse, İcra ve İflâs Kanununun 30. maddesi uygulanmalıdır¹¹⁶³. Böylece “alacaklı”, Türk Borçlar Kanunu'nun 113. maddesinin 1. fıkrası ya da İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesinin 2. fıkrasındaki yollardan birini tercih edebilir¹¹⁶⁴. Nihayetinde, paydaşlardan biri ya da üçüncü bir kişi, hükmü yerine getirmeyen paydaşı temsil edip satış işlemi yapılır¹¹⁶⁵.

¹¹⁵⁶ Aybay, **Taksim**, s. 89; ayrıca bkz. Üstündağ, **Yargılama**, s. 146.

¹¹⁵⁷ Aybay, **Taksim**, s. 87; Özgür, **a.g.e.**, s. 114.

¹¹⁵⁸ Örnekler için bkz. Aybay, **Taksim**, s. 88; Kurşat, **a.g.e.**, s. 371.

¹¹⁵⁹ Aybay, **Taksim**, s. 88.

¹¹⁶⁰ Aybay, **Taksim**, s. 88; Kurşat, **a.g.e.**, s. 375.

¹¹⁶¹ Aybay, **Taksim**, s. 88; Kurşat, **a.g.e.**, s. 375.

¹¹⁶² Aybay, **Taksim**, s. 88; Kurşat, **a.g.e.**, s. 375.

¹¹⁶³ Kurşat, **a.g.e.**, s. 375, dn. 346.

¹¹⁶⁴ Üstündağ, **İcra**, s. 376 vd.

¹¹⁶⁵ Aybay, **Taksim**, s. 88; Kurşat, **a.g.e.**, s. 375, dn. 346.

2. Davanın Reddi

Ortaklığın giderilmesi davası esastan veya usûlden reddedilebilir. Ortaklığın giderilmesi davasında, dava şartlarının eksik olması veya ileri sürülen ilk itirazın haklı bulunması durumunda dava usûlden reddedilir.

Ortaklığın giderilmesi davası çeşitli sebeplerle esastan reddedilebilir. Bu davanın hangi sebeplerle reddedilebileceği daha önce incelendi¹¹⁶⁶. Davanın esastan reddedilmesinden sonra bu davanın tekrar açılıp açılmayacağı önemli bir mesele olup bu konu ileride hükmün etkileri bahsinde incelenmiştir.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Hükmün Etkileri

1. Genel Olarak

Bir davada verilen hükmün çeşitli etkileri bulunur¹¹⁶⁷. Bu etkilerden birisi de, kesin hükümdür. Kesin hüküm, şeklî ve maddî olmak üzere ikiye ayrılır¹¹⁶⁸. Bir hükmün şeklî anlamda kesinleşmesi, o hüküm için kanun yoluna başvuru imkânının bulunmaması anlamına gelir¹¹⁶⁹. Maddî anlamda kesin hüküm ise, hükmün içeriğinin artık bağlayıcı olmasını ifade eder¹¹⁷⁰. Böylece, tarafların aynı konuda dava açabilmeleri artık mümkün değildir. Hükmün maddî anlamda kesinleşmesi için, onun öncelikle şeklî anlamda kesinleşmesi gerekir (HMK m. 303/1).

¹¹⁶⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. IX, B, 2.

¹¹⁶⁷ Bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Efe Direnisa, **Die Materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012, s. 53.

¹¹⁶⁸ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 759 vd; Üstündağ, **Yargılama**, s. 693; Önen, **Yargılama**, s. 327; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2055 vd; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 553 vd; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 681 vd; Tanrıver, **Usûl**, s. 881; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 553 vd; Karşı, **Muhakeme**, s. 532 vd.

¹¹⁶⁹ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 759; Üstündağ, **Yargılama**, s. 693; Önen, **Yargılama**, s. 327; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2055; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 554; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 681; Tanrıver, **Usûl**, s. 881; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 553; Karşı, **Muhakeme**, s. 533.

¹¹⁷⁰ Kuru, **İstinafa Göre**, s. 763; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2057; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 555; Önen, **Yargılama**, s. 329; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 683; Tanrıver, **Usûl**, s. 881; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 555; Karşı, **Muhakeme**, s. 533; Wolfgang Büscher, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 322, Rdnr. 10.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin birinci fıkrasına göre, kesin hükmün tespit edilebilmesi için her iki davanın tarafları, dava sebebi ve talep sonucuna bakılmalıdır¹¹⁷¹. Her iki davada bu üç unsur aynıysa, ikinci dava kesin hüküm nedeniyle reddedilmelidir (HMK m. 114/1-i).

İnşai davanın kabul edilmesi durumunda ise, kesin hüküm etkisine göre daha kapsamlı olan, inşaî etki ortaya çıkar¹¹⁷². İnşai etki, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi ile kendiliğinden gerçekleşir¹¹⁷³. Bu sebeple inşaî kararların icra edilmesi mümkün ve gerekli değildir¹¹⁷⁴. Bir inşaî dava olan ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesine yönelik hüküm de inşaî etkiyi haizdir¹¹⁷⁵.

Buna karşılık, inşaî davalarda verilen hüküm her durumda inşaî etkiye sahip değildir. Nitekim inşaî davanın reddedilmesi durumunda ortada sadece bir tespit

¹¹⁷¹ Bu konu hakkında ayrıca bkz. Nedim Meriç, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", **MİHDER**, 2007/2, s. 392 vd; Berki, **Usûl**, 95.

¹¹⁷² Önen, **İnşai Dava**, s. 182; Önen, **Yargılama**, s. 58; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 987; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Karşı, **Muhakeme**, s. 323; İnşai hükmün de ayrıca kesin hüküm etkisine sahip olduğu kabul edilir (Önen, **İnşai Dava**, s. 184 vd; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14; Christoph Althammer, **Stein/Jonas Kommentar zur ZPO**, 23. Aufl, B. 4, §§ 271-327, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, § 322, Rdnr. 58 Büscher, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 322, Rdnr. 42; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Drenisa, **a.g.e.**, s. 53 vd; Sungurtekin Özkan, **a.g.m.**, s. 565; karş. Kuru, **C. V**, s. 5093 vd); İnşai davada kesin hüküm etkisi, davacının inşaî hakkının bulunduğuna yönelik husus hakkında ortaya çıkar. (Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 16; Althammer, **Stein/Jonas ZPO**, § 322, Rdnr. 59; Benzer yaklaşım için bkz. Tanrıver, **İlâmlî İcra**, s. 64).

¹¹⁷³ Önen, **İnşai Dava**, s. 182; Ansay, **a.g.e.**, s. 234; Kuru, **C. II**, s. 1472; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 337; Önen, **Yargılama**, s. 58; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 988; Tanrıver, **İlâmlî İcra**, s. 65; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Tanrıver, **Usûl**, s. 588; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14.

¹¹⁷⁴ Kuru, **C. II**, s. 1472; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 337; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 988; Tanrıver, **Usûl**, s. 588; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 92, Rdnr. 14; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § vor 253, Rdnr. 14; Ansay **a.g.e.**, s. 234.

¹¹⁷⁵ Bu konuda ayrıca bkz. yuk. IV, B, 1, b, (3).

hükümü bulunur¹¹⁷⁶. Bu tespit hükmünün inşâî etkisi mevcut olmayıp sadece kesin hüküm etkisi bulunur¹¹⁷⁷. Bir inşâî dava olan ortaklığın giderilmesi davasında, davanın reddedilmesine ilişkin hüküm de tespit hükmüdür.

Ortaklığın giderilmesi davasının reddi kararı ile bu davanın kabulüne ilişkin kararının doğurduğu sonuçlar farklı olacağından, bu kararların ayrı bir şekilde incelenmesi gerekir.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Reddi Hâlinde

a. Kesin Hükümün Objektif Sınırları

Ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesine ilişkin hüküm tespit hükmü olup, bu hüküm, kesin hüküm etkisini haizdir. Ortaklığın giderilmesi davasının esastan reddedilmesiyle, davanın ret sebebine göre, paylaştırmayı isteme hakkının hiç bulunmadığı veya bu hakkın ileri sürülmesinin şu an mümkün olmadığı yahut paylaşdırma biçimine ilişkin şartların gerçekleşmediği hususlarından biri tespit edilmiş olur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir hüküm, davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm oluşturur. Öğretide, kesin hükmün hüküm fıkrasıyla sınırlı olduğu görüşü hâkimdir¹¹⁷⁸. Bununla birlikte, hükümle zorunlu mantıkî bağ içinde bulunan gerekçenin de, kesin hüküm etkisine sahip olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁶ Scherner, **a.g.e.**, s. 8; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 987; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Usûl**, s. 211, 212; Bilge/Önen, **a.g.e.**, s. 391; Önen, **Yargılama**, s. 58; Tanrıver, **İlâmlı İcra**, s. 66 vd; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 341, 350; Ulukapı, **Usûl**, s. 219; Tanrıver, **Usûl**, s. 588.

¹¹⁷⁷ Önen, **İnşâî Dava**, s. 180; Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 342.

¹¹⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 178 vd; bu yaklaşım ve eleştirisi için bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 143 vd; gerekçe ve kesin hüküm arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Albrecht Zeuner, **Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge**, J.C.B Mohr, Tübingen, 1959, s. 6 vd; Grunsky/Jacoby, **a.g.e.**, s. 246; Meriç, **Kesin Hüküm**, s. 420 vd; ayrıca bkz. Önen, **Yargılama**, s. 333; temyiz mahkemesinin vermiş olduğu bozma kararının bağlayıcılığına ilişkin görüşler ve bu bağlayıcılığın sınırları hakkında bkz. Murat Atalı, “Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının

Ortaklığın giderilmesi davasında verilen ret kararının kesin hüküm etkisi de sadece ilk davada hüküm altına alınan talep sonucuyla sınırlı olarak ortaya çıkar (HMK m. 303/2). Burada özellikle aynen paylaşırma ve satış yoluyla paylaştırmaya ilişkin talepler, kesin hüküm etkisi bakımında ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Buna göre, ortaklığın giderilmesi davasında verilen ret hükmü, sadece ilişkin bulunduğu paylaşırma türü hakkında kesin hüküm etkisine sahiptir. Örneğin, sadece aynen paylaşırmanın istendiği ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesinden sonra bu kez satış yoluyla paylaştırmayı konu alan ortaklığın giderilmesi davası açılabilir. Zira ikinci davadaki talep sonucu (satış yoluyla paylaşırma), ilk davada hüküm altına alınan talepten (aynen paylaşırma yoluyla) farklıdır¹¹⁸⁰.

Kesin hüküm etkisi her ne kadar sadece hüküm fıkrasıyla sınırlı olsa da, bu etkinin tespiti için hükmün gerekçesine bakılması gereken durumların olduğu öğretide kabul edilmektedir¹¹⁸¹. Örneğin, davanın hangi sebeple reddedildiği gerekçeye bakılarak anlaşılabilir¹¹⁸². Ortaklığın giderilmesi davasında da, davanın reddi hâlinde, kesin hükmün etkisini tespit edebilmek için gerekçeye bakılmalıdır. Özellikle ortaklığın giderilmesi davasında hüküm fıkrasında hangi paylaşırma biçimi için ret kararı verildiğinin belirtilmemesi durumunda böyle bir zorunluluk vardır. Örneğin, sadece aynen paylaşırmanın talep edilmiş olduğu davada “aynen paylaşırma talebinin reddine” şeklinde değil de, sadece “davanın reddine” şeklinde

Bağlayıcılığı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 44, 2018/3, s. 474 vd; Türk hukukunda kesin hükmün objektif kapsamının dar tutulmasının yaratabileceği sıkıntılar hakkında bkz. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, (Dinamik Kitap), s. 2062.

¹¹⁷⁹ Burhan Gürdoğan, **Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 43 vd; Umar, **Şerh**, s. 888 vd; Önen, **Yargılama**, s. 333; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2059; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 558; Direnisa, **a.g.e.**, s. 99 vd; Meriç, **Kesin Hüküm**, s. 423; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 144; kesin hüküm etkisinin gerekçeye sirayet etmesinin gerekliliği hakkında ayrıntılı olarak bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 152.

¹¹⁸⁰ Aynen paylaşırma ile satış yoluyla paylaşırma taleplerinin birbirinden farklı olduğu hakkında bkz. yuk. VII, B, 1, c.

¹¹⁸¹ Üstündağ, **Yasak**, s. 23; Guldener, **a.g.e.**, s. 366; Murat Atalı, **Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 112; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2059; Meriç, **Kesin Hüküm**, s. 420 vd; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 151; hüküm fıkrasının anlaşılmadığı durumlarda hükmün gerekçesine bakılabileceği; ancak buradan gerekçenin o bölümünün kesinleşmesi sonucu çıkmayacağı hakkında bkz. Özkaya-Ferendeci, **a.g.e.**, s. 180

¹¹⁸² Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2059; Grunsky/Jacoby, **a.g.e.**, s. 257; Direnisa, **a.g.e.**, s. 98; Meriç, **Kesin Hüküm**, s. 421 vd; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 151.

bir karar verilebilir. İşte böyle bir durumda kesin hüküm etkisini tespit etmek için hükmün gerekçesine bakılmalıdır.

Bir davada kural olarak, davalı tarafından ileri sürülen itiraz ve def'iler için kesin hüküm etkisi ortaya çıkmaz¹¹⁸³. Ortaklığın giderilmesi davasında, davalının paylaştırmaya ilişkin talebi ne itiraz ne de def'î niteliğindedir¹¹⁸⁴. Zira mahkeme davalı konumunda yer alan paydaşın paylaşırma talebi hakkında da hüküm kuracaktır. Örneğin, satış yoluyla paylaşırmanın istendiği davada, davalı tarafta yer alan paydaş aynen paylaşırma talebinde bulunabilir. Aynen paylaşırma talebi, satış yoluyla paylaşırma talebine göre öncelikli olarak incelenir¹¹⁸⁵. Böyle bir davada, dava reddedilirse, bu hüküm hem aynen paylaşırma hem de satış yoluyla paylaşırma bakımından kesin hüküm etkisine sahiptir. Çünkü bu ret kararı hem aynen paylaştırmaya hem de satış yoluyla paylaştırmaya ilişkindir.

Ortaklığın giderilmesi davasında bir paylaşırma biçimi için ret sebebi bazı durumlarda diğer paylaşırma biçimi bakımından da ret sebebi oluşturabilir. Örneğin, paydaşlar arasında idame-î şüyu sözleşmesi bulunması, paydaşların hem aynen paylaşırma için açacakları hem de satış yoluyla paylaşırma için açacakları dava bakımından ortak bir ret sebebi olabilir. Örneğin, satış yoluyla paylaşırmanın istendiği dava, paydaşlar arasında idame-î şüyu anlaşması bulunması sebebiyle reddedilmiş olsun. İlk davada paydaşlar arasında idame-î şüyu sözleşmesinin bulunduğu ilişkin tespit gerekçede yer alacaktır. Ancak her ne kadar gerekçede de yer alsın, paydaşlar arasında idame-î şüyu sözleşmesinin bulunduğu ilişkin husus kesin hüküm kapsamında kalır. Zira hükümle zorunlu mantıkî bağ içinde bulunan

¹¹⁸³ Hans-Joachim Dodorer, "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", **NJW**, 1991, s. 878 vd; Walter Zeiss/Klaus Schreiber, **Zivilprozessrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 246; Umar, **Şerh**, s. 885; ancak hükmün zıt anlamının kesin hüküm etkisine sahip olması sebebiyle bu itiraz ve def'ilerin de bağlayıcı bir etkisinin bulunduğu hakkında bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 558; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, (Dinamik Kitap), s. 2062; ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 557; Alman hukuku açısından davada ileri sürülen takas def'inin (§ 322 ZPO) ayrık bir durum oluşturduğu hakkında bkz. Grunsky/Jacoby, **a.g.e.**, s. 248.

¹¹⁸⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. IX, B, 2.

¹¹⁸⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. V, B.

gerekçenin de, kesin hüküm etkisine sahip olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸⁶. Satış yoluyla paylaşırma talebinin reddedilmesinden sonra paydaşların aynen paylaşırma yoluyla dava açmalarına engel bir durum yoktur. Zira ikinci davanın talep sonucu (aynen paylaşırma), ilk davada hüküm altına alınan talep sonucundan (satış yoluyla paylaşırma) farklıdır. Dolayısıyla ikinci davanın kesin hüküm sebebiyle usûlden reddi söz konusu olmaz. Bununla birlikte, ilk davada taraflar arasında bir idame-î şüyu sözleşmesinin bulunduğuna ilişkin tespit, ikinci davayı gören mahkemeyi bağlar. Zira ikinci davada hüküm kurulması, ilk davada kesin hükümle tespit edilen bir hukukî sonucun varlığına bağlı ise, ilk davada yapılmış olan tespitler ikinci davayı gören mahkemeyi bağlar¹¹⁸⁷. Dolayısıyla ilk davanın idame-î şüyu anlaşması bulunması sebebiyle reddedilmesinden sonra tekrar açılan davada mahkeme, ilk davadaki bu tespit ile bağlı olmalıdır.

b. Kesin Hükümün Subjektif Sınırları

Kesin hüküm kural olarak sadece davanın tarafları ve onların halefleri açısından geçerlidir (HMK m. 303)¹¹⁸⁸. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasının reddine ilişkin hükmün etkisi de sadece davanın tarafları ve onların halefleriyle sınırlıdır. Böylece aynı tarafların aynı konuda dava açmaları kesin hüküm sebebiyle mümkün değildir.

İlk davadaki taraf rolleri ikinci davada değişmiş olabilir. Böyle bir durumda bile taraflar aynı kabul edilerek ikinci dava kesin hüküm sebebiyle reddedilmelidir¹¹⁸⁹. Aynı durum ortaklığın giderilmesi davası açısından da geçerlidir. Örneğin, satış yoluyla paylaşırma davasının reddedilmesinden sonra, ilk davada

¹¹⁸⁶ Burhan Gürdoğan, **Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 43 vd; Umar, **Şerh**, s. 888 vd; Önen, **Yargılama**, s. 333; Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2059; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 558; Direnisa, **a.g.e.**, s. 99 vd; Meriç, **Kesin Hüküm**, s. 423; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 144; kesin hüküm etkisinin gerekçeye sirayet etmesinin gerekliliği hakkında ayrıntılı olarak bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 152.

¹¹⁸⁷ Karş. Atalı, **Pekcanitez Usûl**, s. 2060; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 155, Rdnr. 8

¹¹⁸⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 15 vd.

¹¹⁸⁹ Gürdoğan, **Kesin Hüküm**, s. 86 vd; Önen, **Yargılama**, s. 331; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 557 vd.

davalı konumunda yer alan paydaşın daha sonra satış yoluyla paylaştırma davası açması durumunda açılan bu davanın kesin hüküm sebebiyle reddi gerekir.

Paylı mülkiyet ilişkisinde paydaşlar paylarını üçüncü kişiye devredebilir¹¹⁹⁰. Bu devir işlemi, ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesine ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra da gerçekleşebilir. Payın devriyle paya bağlı olan paylaştırmayı isteme hakkı da üçüncü kişiye geçmiş olur. Ancak payı devralan üçüncü kişi, ilk davada verilen hükmün kesinleşmesi sebebiyle, ilk dava ile aynı konudaki ortaklığın giderilmesi davası açamaz. Zira bir dava dolayısıyla ortaya çıkan kesin hüküm, o hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan kişiler bakımından da geçerlidir (HMK m. 303/4). Dolayısıyla aynen paylaştırma talebiyle açılan davanın reddedilmesinden sonra kendisine pay devredilen üçüncü kişinin daha sonra tekrar aynen paylaştırma davası açabilmesi mümkün değildir.

Bazı durumlarda paydaş dışında kalan üçüncü kişiler ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Açılan bu davanın reddedilmesi durumunda, kesin hüküm etkisi davada yer almamış olan hak sahibi bakımından da ortaya çıkar¹¹⁹¹. Zira dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açmış olduğu dava sonunda ortaya çıkan kesin hüküm, davada yer alamayan hak sahibi açısından da etkilidir¹¹⁹².

c. Kesin Hükümün Zaman Bakımından Sınırları

Ortaklığın giderilmesi davasında kesin hükümün zaman bakımından sınırının belirlenmesi gerekir. Zira davanın reddinden sonra tekrar bir dava açılıp açılmayacağı meselesi bu konuyla ilgili bulunmaktadır.

¹¹⁹⁰ Bu konu hakkında bkz. yuk. X, B.

¹¹⁹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 157, Rdnr. 19 ff; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 325, Rdnr. 70).

¹¹⁹² Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 157, Rdnr. 19 ff; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 325, Rdnr. 70; Dişel Kumru, **a.g.t.**, s. 172.

Kesin hükmün etkisi, tarafların iddia ve savunmalarını davaya getirebilecekleri son zaman kesidi ile sınırlıdır¹¹⁹³. Bir inşâî dava olan ortaklığın giderilmesi davasında verilen ret kararının kesinleşmesiyle, dava konusu inşâî hakkın bulunmadığı¹¹⁹⁴ veya bu hakkın o anda ileri sürülmesinin mümkün olmadığı tespit edilmiş olur. Bu davada verilen ret hükmüyle bu inşâî hakkın bulunmadığı da ancak tarafların iddia ve savunmalarını davaya getirebilecekleri son zaman kesidi ile sınırlıdır¹¹⁹⁵.

Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi paylı mülkiyet ilişkisinde paydaş olunması ve paylaştırmanın yapılabilmesi için gerekli olan diğer şartları karşılayan vakıaların tamamıdır. Bu vakıaların, ret hükmünün kesinleşmesinden sonra değişmesi durumunda ortaklığın giderilmesi davası tekrar açılabilir. Örneğin, davacının paylı mülkiyete konu şey üzerinde bir payının olmadığı anlaşılırsa dava esastan reddedilir. Burada kurulan ret hükmünün kesinleşmesinden sonra aynı kişinin tekrar bir dava açması durumunda davanın kesin hüküm sebebiyle reddedilmesi gerekir. Bununla birlikte, ilk davanın reddedilmesinden sonra ilk davanın davacısı olan kişi o paylı mülkiyet ilişkisinde pay sahibi olmuşsa durum değişir. Zira bu durumda ilk davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan yeni bir dava sebebi vardır. Nitekim ilk davada tespit edilen vakıa (davacının pay sahibi olmadığı) ikinci dava bakımından değişmiştir. Bu sebeple mahkemece ikinci kez açılan ortaklığın giderilmesi davasının görülmesi gerekir.

Ortaklığın giderilmesi davası, paylaştırmayı isteme hakkının o anda ileri sürülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle de reddedilebilir. Örneğin, idame-î şüyu anlaşması mevcut olmasına rağmen ortaklığı giderilmesi davası açılırsa bu davanın reddi gerekir. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, uygun olmayan zamanda paylaştırılma istenemez. Bu bağlamda ekonomik durgunluk nedeniyle paylı mülkiyete konu şeyin değerinin çok altında

¹¹⁹³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 565; Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2072; H. Özden Özkaya-Ferendeci, "Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Sınırları", **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 191 vd; S. Serhat Kırtıloğlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 39.

¹¹⁹⁴ Kuru, **C. V**, s. 5094.

¹¹⁹⁵ Karş. Gottwald, **MüKO ZPO**, § 322, Rdnr. 186.

satılması tehlikesinin söz konusu olduğu durumlar, uygun olmayan zamana örnek olarak gösterilebilir¹¹⁹⁶. İşte böyle bir durumda dava açılması hâlinde ortaklığın giderilmesi davası reddedilmelidir. Ancak bu ret kararıyla, paylaştırmayı isteme hakkının hiç bulunmadığı anlamına gelmeyip onun hüküm verildiği esnada ileri sürülmesinin mümkün olmadığı tespit edilmiş olur. Bu ret kararından sonra, ret kararına dayanak olan vakıaların değişmesinden sonra tekrar bir ortaklığın giderilmesi davası açılıp açılmayacağının incelenmesi gerekir.

Türk hukuku açısından benzer bir duruma, muaccel olmayan bir alacak için dava açılmasında rastlanır. Bu nitelikte bir alacak için dava açılırsa, bunun reddedilmesi gerekir¹¹⁹⁷. Bir görüşe göre, bu davanın açılmasında hukukî menfaat yoktur¹¹⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, dava, maddî hukuka ilişkin talep hakkının bulunmaması sebebiyle reddedilmelidir¹¹⁹⁹. Ancak Türk hukukunda, alacağın muaccel hâle gelmesinden sonra, davanın tekrar açılabileceği konusunda bir şüphe de yoktur¹²⁰⁰.

Kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasının yukarıda belirtilen sebeplerle reddedilmesi durumunda, bu sebeplerin değişmesinden sonra yeni bir ortaklığın giderilmesi davası açılabilirdir. Zira ilk davanın reddine neden olan vakıalar ikinci davanın açıldığı sırada değişmiştir. Örneğin, ilk dava görülürken mevcut olan ve paylı mülkiyete konu şeyin değerinin çok altında satılması tehlikesine neden olan ekonomik durgunluk, ikinci davanın açıldığı zaman ortadan kalkmış olabilir. Böylece

¹¹⁹⁶ Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 141; ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 336; Gürsoy/Eren/Cansel, **a.g.e.**, s. 425).

¹¹⁹⁷ Hanağası, **a.g.e.**, s. 236.

¹¹⁹⁸ Ansay, **a.g.e.**, s. 223; Kuru, **C. II**, s. 1367.

¹¹⁹⁹ Üstündağ, **Yargılama**, s. 284; Hanağası, **a.g.e.**, s. 238 vd; bununla birlikte Üstündağ, bu durumu maddî hukuka ilişkin bir dava şartı diye nitelendirip davanın usûlî eksiklikten ötürü reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır (Üstündağ, **Yargılama**, s. 283 vd). Maddî hukuka göre bir hakkın talep/dava edilebilir olmaması durumunda davanın esastan reddinin gerektiği hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 196.

¹²⁰⁰ Ansay, **a.g.e.**, s. 223; Kuru, **C. II**, s. 1367; Atalı, **Aleyhe Bozma**, s. 113 vd; Hanağası, **a.g.e.**, s. 236; Erdoğan, **a.g.e.**, s. 172; kira süresinin dolmaması nedeniyle tahliye davası reddedilmişse; bu süre dolduktan sonra yeniden bir tahliye davasının açılabileceği hakkında bkz. Hayri Domaniç, **Hukukta Kaziyyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 91.

paylı mülkiyete konu şey, değerinin üstünde veya değerine yakın bir bedelle satılabilir. Bu sebeple ortaklığın giderilmesi davasının tekrar açılabilmesi gerekir. Çünkü ilk davanın dava sebebi (paylaştırmanın uygun olmayan zamanda istenmesine yol açan vakıalar) ikinci davada değişmiştir. Aynı durum idame-î şüyu anlaşması bakımından da geçerlidir. Zira ilk davada taraflar arasında idame-î şüyu anlaşmasının bulunduğu vakıası, ikinci davada değişmiştir. Bu değişiklik ikinci davanın dava sebebinde değişikliğe neden olduğu için, idame-î şüyu anlaşmasında belirlenmiş olan sürenin dolmasından sonra ortaklığın giderilmesi davası tekrar açılabilir.

Hükmün kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanun hükmü sebebiyle, davanın tekrar açılıp açılmayacağını da tartışılması gerekir. Bu duruma özellikle ortaklığın giderilmesi davası açısından da rastlanabilir. Örneğin, ilk davada aynen paylaşırma talebinin reddedilmesine neden olan İmar Kanunu'nun ilgili hükmü, hüküm kesinleştikten sonra değişmiş olabilir. Bu değişiklikten sonra aynen paylaşırma talepli bir davanın tekrar açılıp açılmayacağı tespit edilmelidir. Alman hukukunda genel olarak, kanun değişikliğinin, kesin hüküm etkisini ortadan kaldırmadığı kabul edilir¹²⁰¹. Hatta kanun değişikliğinin maddi hukuk açısından geçmişe etkili olması durumunda dahi, bu sonuç değişmez¹²⁰². Bununla birlikte, hükmün geleceğe etki etmesi sebebiyle, konusunu periyodik edimlerin oluşturduğu hükümler ile bir şeyin yapılmamasının emredildiği hükümler, bu kuralın istisnaları olarak değerlendirilir¹²⁰³.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu edilen ilişkinin niteliği de dikkate alınarak, bu davanın, kanun değişikliğinden sonra tekrar açılabileceği kabul edilmelidir. Zira ilk davada verilen hüküm, paylaşırma hakkının ileride kullanılmasını engellemez. Çünkü paydaşlar, davanın reddine rağmen, hâlâ o paya sahiptir. Paydaş o paya sahip olmaya devam ettikçe paylaştırmaya yönelik inşâî hakkı da, her zaman mevcut kalır. Bu sebeple paydaş, bu inşâî hakkını, hükmün

¹²⁰¹ Bu yönde bkz. Büscher, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 322, Rdnr. 186.

¹²⁰² Büscher, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 322, Rdnr. 186; bununla birlikte, kanun değişikliğinde, önceki kanun döneminde mahkemelerce verilen kesin hükmün de ortadan kaldırıldığı ayrıca belirtilirse, aynı konuda tekrar bir dava açılmasına artık kesin hüküm engel olmaz (Althammer, **Stein/Jonas ZPO**, § 322, Rdnr. 256).

¹²⁰³ Büscher, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 322, Rdnr. 186; ayrıca bkz. § 323 ZPO.

kesinleşmesinden sonra da kullanabilir. Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra paydaş, paylaşırma talebini diğerlerine iletir ve tüm paydaşlar aynen paylaşırma hususunda anlaşır, malın paylaşılması, dava açılmadan yapılmış olur. Paydaşlardan biri, paylaşırma talebine karşı çıkarsa, artık bunun önceki kanun döneminden farklı, yeni bir uyuşmazlık olduğu kabul edilmelidir. Yeni bir uyuşmazlığı ihtiva eden bu dava da, artık yeni bir dava niteliğindedir. Dolayısıyla bu yeni dava, artık kesin hüküm sebebiyle reddedilemez.

3. Ortaklığın Giderilmesi Davasının Kabulü Hâlinde

a. İnşâî Etkinin Objektif Sınırları

İnşâî davanın kabul edilmesi durumunda, kesin hüküm etkisine göre daha kapsamlı olan inşâî etki ortaya çıkar¹²⁰⁴. İnşâî davanın kabul edilebilmesi için öncelikle inşâî hakkın varlığı tespit edilir. Dolayısıyla mahkemenin davayı kabul ederek inşâî hüküm kurmasıyla o inşâî hakkın bulunduğu da tespit edilmiş olur¹²⁰⁵.

Öğreti¹²⁰⁶ ve Yargıtay'a göre¹²⁰⁷, ortaklığın satış yoluyla giderilmesi hükmüne ilişkin 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolmasından sonra tekrar bir ortaklığın giderilmesi davası açılabilir. Kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Zira ortaklığın giderilmesi davasında kurulan satış hükmüyle inşâî etki gerçekleşir¹²⁰⁸. Böylece tarafların paylaştırmayı satış yoluyla gerçekleştirecekleri tespit edilmiş olur. İnşâî hükümler inşâî etkiye sahip olduğu için değiştirilemez ve bu

¹²⁰⁴ Önen, **İnşâî Dava**, s. 182; Önen, **Yargılama**, s. 58; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 987; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 304; Kuru, **İstinafa Göre**, s. 210; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 351; Ulukapı, **Usûl**, s. 223; Karslı, **Muhakeme**, s. 323.

¹²⁰⁵ Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 343.

¹²⁰⁶ Kuru, **C. VI**, s. 6300.

¹²⁰⁷ “[...] Dava konusu taşınmaz malın, satılarak ortaklığının giderilmesine 21.11.1967 tarihinde karar verilmiş ve 10 sene içinde karar tebliğe çıkarılmamış ve zamanaşımı kesici herhangi bir muamele yapılmamıştır. Taraflara ilk tebligat 10 sene geçtikten sonra 6.1.1978 tarihinde yapılmıştır. 11.4.1940 tarih 70 sayılı içtihadı birleştirme kararı gereğince hüküm 10 senenin geçmesi ile zamanaşımına uğramıştır. Ancak yeniden ortaklığın giderilmesi istenebilir. Temyiz eden davalının bu cihete yönelttiği temyiz itirazı yerinde bulunduğundan kabulü ile hükmün bozulması gerekir [...]” Yarg. 6. HD, 8.1.1979, E. 1978/7716, K. 1979/21 (Kazancı).

¹²⁰⁸ Bu konu hakkında yuk. bkz. IV, B, 1, b, (3).

konuda tekrar bir dava açılmaz¹²⁰⁹. Bu bakımdan satış hükmünün, yeniden dava açılarak değiştirilmesi mümkün değildir¹²¹⁰.

Ortaklığın giderilmesi davasını kabul edilmesiyle, taraflar arasında paylı mülkiyet ilişkisi bulunduğu ve o ilişkide tarafların hüküm fıkrasında belirtildiği oranda pay sahibi olduğu kesin olarak tespit edilmiş olur. Bu şekilde bir tespit, özellikle paylaştırma tamamlandıktan sonra taraflardan birinin diğerinin hiçbir zaman pay sahibi bulunmadığını ya da pay oranının hükümde gösterilenden daha farklı olduğu iddiasıyla bir dava açması durumunda önem kazanır.

Örneğin, üç paydaşın (A, B ve C) 1/3 oranında pay sahibi olduğu arazi hakkında açılan ortaklığın giderilmesi davasında mahkeme aynen paylaştırmaya hükmetmiş olsun. Bu hükümden sonra (A)'nın, (B)'nin hiç paydaş olmadığını ve kendisinin 2/3 payı olduğunu iddia ederek (B) aleyhine tapu iptali ve tescili davası açıp açamayacağını üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce bu davanın açılmasına kesin hüküm engel olmaz. Zira ilk dava ile (ortaklığın giderilmesi davası) ikinci dava (tapu iptali ve tescili davası) birbirinden farklıdır. Bununla birlikte ikinci davada karar verilebilmesi için mahkemenin öncelikle mülkiyete ilişkin bir tespit yapması gerekir. Oysa bu tespit, ilk açılan ortaklığın giderilmesi davasında verilen paylaştırma hükmüyle yapılmıştı. Başka bir anlatımla, ilk davada (B)'nin 1/3 payının bulunduğu hususu hüküm fıkrasında tespit edilmişti. İşte bu tespit, kanaatimizce, tapu iptali ve tescilinin görüldüğü mahkemeyi bağlar. Başka bir anlatımla, ilk davadaki tespit, ikinci dava bakımından kesin delil etkisine sahiptir. Dolayısıyla (A)'nın (B)'ye karşı açmış olduğu alacak davasının görüldüğü mahkeme, (B)'nin 1/3 oranında pay sahibi bulunduğuna ilişkin ilk davada verilen hükümle bağlıdır.

¹²⁰⁹ Önen, **İnşai Dava**, s. 189; Tanrıver, **İlamlı İcra**, s. 64; Tanrıver, **Usûl**, s. 587; Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 51; Sungurtekin Özkan, **a.g.m.**, s. 575.

¹²¹⁰ “[...] Dava konusu 72, 237, 354, 355 No.lu parseller hakkında Polatlı Sulh Hukuk Mahkemesinin 12.2.2000 tarih ve 200/495-881 sayılı kararı ile satış kararı verilmiş ve hüküm kesinleşmiştir. Aynı konuda kesinleşen mahkeme hükmü bulunduğu göre o ilâmın infazı istenmeden yeniden dava açılması ve yazıl şekilde karar verilmesi doğru olmadığından [...]” Yarg. 6. HD, 09.09.2002, E. 2002/4840, K. 2002/5138 (Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 109 vd).

Konunun daha iyi anlaşılması için Yargıtay kararına konu olan bir olayın¹²¹¹ aktarılmasında fayda vardır. Karara konu olan olay şu şekilde uyarlanabilir: (A), taşınmazı (B)’den satın almakla birlikte icra takibi baskısı sebebiyle taşınmazı murisi (C) adına tescil ettirmiştir. (C)’nin vefat etmesi üzerine, mirasçılar arasında (A, D ve E) taşınmazın paylaşılması için bir dava açılmış ve dava sonunda taşınmazın satış yoluyla paylaşılmasına ilişkin kurulan hüküm kesinleşmiştir. Ortaklığın giderilmesi davası görülürken (A)’nın taşınmazın mülkiyetinin kendisi olduğuna ilişkin bir iddiası olmamıştır. Ancak daha sonra (A), inanç sözleşmesi kapsamında taşınmazı (C)’ye verdiğini, dolayısıyla taşınmazın mülkiyetinin aslında kendisi olduğunu iddia ederek (D) ve (E) aleyhine tapu iptali ve tescili davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, tapu iptali ve tescili davasını kesin hüküm sebebiyle reddetmiştir. Yargıtay ise, ikinci davada dava sebebinin farklı olması (inanç sözleşmesi) sebebiyle kesin hükmün bulunmadığına karar vermiştir.

¹²¹¹ “[...] Davacı, davalılarla ortak oldukları şirketin dava dışı bankadan kullandığı kredi sebebiyle 1463 parsel sayılı taşınmazda ipotek tesis edildiğini, ipotek bedeli ödenmediğinden taşınmazın cebri icra yoluyla alacaklı banka adına tescil edildiğini, dava dışı bankayla yapılan 3.1.1992 tarihli protokolle taşınmazı edininip, icra baskısı ve işlerinin yoğunluğu sebebiyle murisi annesi N. adına tescilini sağladığını, bu hususta bankanın 31.12.1991 tarihli bir yazı verdiğini, davalıların ortaklığın giderilmesi istemiyle açtıkları davada taşınmazın satışına karar verildiğini, taşınmazın bedelinin ödenerek tarafından edinildiğini ileri sürerek adına tescilini istemiştir. Davalı A., davacıyla muris arasında inanç sözleşmesi bulunmadığını, ortaklığı satış yoluyla giderilmesi davasının kesinleştiğini, anılan bu davada davacının mülkiyet itirazının bulunmadığını belirterek; davalı A. ise, taşınmazın muris tarafından edinildiğini, zamanaşımı süresinin geçtiğini, inanç sözleşmesini kanıtlayan yazılı belge bulunmadığını, ortaklığın giderilmesi davasında davacının mülkiyet itirazının bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır. Mahkemece, kesin hüküm sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir [...] Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir [...] Somut uyuşmazlıkta, davacı mahkemenin de kabulünde olduğu gibi inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteminde bulunmuştur. Mahkemece, taraflar arasında görülüp sonuçlanan Merzifon Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2008/55 esas 2009/264 karar sayılı ortaklığın giderilmesi davasında mülkiyet hususunun tartışılmasının maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğu, davacının davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kesin hükümden söz edebilmek için her iki davanın taraflarının aynı olması yanında dava sebebinin de aynı olması gerekir. Dolayısıyla, ortaklığın giderilmesi ve inanç sözleşmesine dayanarak açılan davalarda dava sebebinin aynı olmadığı çok açıktır. Bu nedenle, mahkemece işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken davanın kesin hüküm sebebiyle reddi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 11.6.2013, E. 2013/3406, K. 2013/8789 (Kazancı).

Bu olayda özellikle ortaklığın giderilmesi davasında verilen paylaşırma hükmünün, paylı mülkiyete konu şeyin mülkiyeti bakımından, daha sonradan açılan tapu iptali ve tescili davasında kesin delil olarak kullanılıp kullanılamayacağını tespit edilmesi gerekir.

İkinci davada hüküm kurulması, ilk davada kesin hükümle tespit edilen bir hukukî sonucun varlığına bağılı ise, ilk davada yapılmış olan tespitler ikinci davayı gören mahkemeyi bağlar¹²¹². Özellikle sonradan açılan davada tespiti gereken hususlar ilk davada çözüme kavuşturulmuş ise, ilk davada verilen hüküm ikinci dava açısından kesin delil etkisine sahiptir¹²¹³.

Öncelikle paylaşırma hükmünün, paylı mülkiyete konu şeyin mülkiyeti bakımından kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu hususun tespit edilebilmesi için, ilk olarak paylaşırma hükmünün hüküm fıkrasına bakmak gerekir. Zira kesin hüküm, kural olarak sadece hüküm fıkrasıyla sınırlıdır. Yargıtay’a göre, satışın nasıl yapılacağı ve satıştan elde edilecek bedelin ne şekilde dağıtılacağı hüküm sonucunda gösterilmelidir¹²¹⁴. Satış bedelinin ne şekilde dağıtılacağını gösterilmesi için, tarafların pay oranlarının da hüküm fıkrasında belirtilmesi gerekir. Çünkü satış bedeli, tarafların pay oranlarına göre paylaşırılacaktır. Dolayısıyla satış yoluyla paylaşırma hükmüyle paydaşların hangi oranda pay sahibi oldukları kesin hüküm etkisi sınırları içindedir. Hüküm fıkrasında (A)’nın (örneğin) 1/3 oranında pay sahibi olduğu tespit edilmesi, aynı zamanda (A)’nın dava konu şey üzerinde 2/3 oranında pay sahibi olmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla tapu iptali ve tescili için açılan davada, ilk davada tespit edilen

¹²¹² Atalı, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2060; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 155, Rdnr. 8

¹²¹³ İnşai davada yapılan tespitlerin, sonraki yargılamalar açısından kesin delil özelliğine sahip olması hakkında ayrıca bkz. Kuru/Budak, **a.g.e.**, s. 343.

¹²¹⁴ “[...] *Mahkemece paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde satışın nasıl yapılacağını ve satış bedelinin ne şekilde dağıtılacağını ve harcın taraflardan hangi oranlarda tahsil edileceğinin hüküm sonucunda gösterilmesi gerekir* [...]” Yarg. 14. HD, 3.4.2019, E. 2016/5299, K. 2019/3086 (Kazancı). Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi de benzer şekilde karar vermiştir: “[...] *Satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verildiğinde satışın ne şekilde yapılacağı, satış bedelinin hangi esaslara göre dağıtılacağını mahkeme kararında açık, net ve infazda tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir* [...]” 16.5.2019, E. 2019/421, K. 2019/397 (Kazancı).

oranlardan daha farklı bir kararın verilmesi mümkün değildir. Yargıtay kararına konu olayda, ikinci davanın açıldığı mahkeme, ilk davadaki mülkiyet tespitleriyle bağlı olmalıdır. Yargıtay'ın, her iki davanın farklı olmasından hareket ederek ilk davadaki hükmün ikinci dava bakımından etkisinin üzerinde durmaması doğru olmamıştır. Çünkü burada söz konusu olan, esasen ilk davada ortaya çıkan kesin hükmün ikinci dava açısından kesin delil oluşturup oluşturmayacağı meselesidir.

İlk davada çıkan hükmün, ikinci davada kesin delil olarak kullanılabilmesi için her iki davanın aynı olması gerekmeyp¹²¹⁵, ikinci davanın dava sebebi veya talep sonucu ilk davadakinden farklı olabilir¹²¹⁶. Yukarıda aktarılan olayda da ilk davada dava sebebi ve talep sonucu, ikinci davadaki dava sebebi ve talep sonucundan farklıdır. Ancak tapu iptali ve tescili davasında hüküm kurulması, ilk davada kesin hükümle tespit edilen bir hukukî sonucun varlığına (mülkiyet) bağlı olup, ilk davada davacının o şeye belli bir pay oranında sahip olduğu tespit edildiği için, tapu iptali ve tescili davasının görüldüğü mahkeme davayı bu sebeple reddetmelidir.

Son olarak belirtilmelidir ki, ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesine ilişkin hüküm, muhdesatın hangi paydaşa/paydaşlara ve ne oranda ait olduğu hakkında, sonraki davalarda kesin delil etkisine sahip olmalıdır. Zira paylaştırma hükmünde, muhdesatın ait olduğu kişi belirlenerek paylaştırmada muhdesat değerinin kendisine verileceğine karar verilmektedir^{1217, 1218}. Dolayısıyla

¹²¹⁵ Zira ikinci dava birinci dava ile aynı olursa zaten ikinci davanın hiç görülememesi gerekir (Umar, **Şerh**, s. 871; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 349, dn. 64).

¹²¹⁶ Umar, **Şerh**, s. 872; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 349.

¹²¹⁷ “[...] Paydaşlığın (ortaklığın) satış yoluyla giderilmesi halinde dava konusu taşınmaz üzerinde bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçalar (muhdesat) varsa bunların arzla birlikte satılması gerekir. Ancak muhdesatın bir kısım paydaşlara (ortaklara) ait olduğu konusunda tapuda şerh varsa veya bu hususta bütün paydaşlar ittifak ediyorlarsa ve muhdesat arzın değerinde bir artış meydana getiriyorsa bu artışın belirlenmesi için dava tarihi itibarıyla arzın ve muhdesatın değerleri ayrı ayrı tespit edilir. Belirlenen bu değerler toplanarak taşınmazın tüm değeri bulunur. Bulunan bu değer ne kadarının arza ne kadarının muhdesata isabet ettiği yüzdelik (%...) oran kurulmak suretiyle belirlenir. Satış sonunda elde edilecek bedelin bölüştürülmesi de bu oranlar esas alınarak yapılır. Muhdesata isabet eden kısım muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedel ise payları oranında paydaşlara (ortaklara) dağıtılır. Somut olayda; dava konusu 167 ada 2 parsel sayılı taşınmazın üzerinde muhdesat olduğu ve bu muhdesat iddiasının hissedarlar tarafından kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece; yukarıda açıklandığı şekilde muhdesata ve arza isabet eden kısmın yüzdelik oran

paylaştırma yapıldıktan sonra paydaşlardan biri muhdesatın kendisi tarafından yapıldığını ve bu sebeple paylaştırma davasında muhdesatın değerinin tamamının kendisine verilmesi gerektiğini iddia edip, diğer paydaşlara karşı sebepsiz zenginleşme çerçevesinde bir dava açması durumunda, ilk davada (ortaklığın giderilmesi) muhdesatın kime ait olduğunu tespit eden paylaştırma hükmü ikinci dava bakımından kesin delil etkisine sahip olmalıdır. Ne var ki Yargıtay, ortaklığın giderilmesi davası ile sebepsiz zenginleşme temelinde açılan davanın hukukî sebeplerinin farklı olduğu hususundan yola çıkarak, ilk davadaki hükmün ikinci dava bakımından kesin delil etkisine sahip olamayacağına karar vermiştir¹²¹⁹. Oysa ilk davadaki hükmün, sonraki davada kesin delil olabilmesi için hukukî sebeplerin aynı veya farklı olmasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan şey, sonradan açılan dava hakkında karar verilebilmesi, önceki davada kesin hükümle tespit edilen hukukî bir sonucun varlığına bağlı olup olmadığıdır. Sonradan açılan sebepsiz zenginleşme

kurularak belirlenmesi, satış sonunda elde edilecek bedelin de bu oranlar esas alınarak, muhdesata isabet eden kısmın muhdesat sahibi paydaşa, geri kalan bedelin ise payları oranında paydaşlara dağıtılması şeklinde hüküm kurulması gerekirken [...] Yarg. 14. HD, 22.5.2019, E. 2016/6123, K. 2019/4691 (Kazancı).

¹²¹⁸ “[...] *Bu açıklamalar ışığı altında; Muhtesat Değeri : 2.423.556-TL Arazi Değeri : 10.067.197,50-TL Toplam Değer : 12.490.735,50-TL Davacı [...] hissesine düşen: Muhtesat değerinin tamamı+Arazi Değerinin tapudaki hisse değeri : 9.332.766,00-TL (% 74,72) Davalı [...] hissesine düşen Arazi Değerinin tapudaki hisse Değeri : 3.157.969,50-TL (% 25,28), olduğu anlaşıldığından, bu oranların hükümde esas alınması gerekirken, oran kurmadan karar verilmiş olması doğru değilse de [...]*” Sakarya BAM, 6. HD, 3.5.2019, E. 2019/361, K. 2019/342 (Kazancı).

¹²¹⁹ “[...] *Mahkemece; davacı tarafça gerek ortaklığın giderilmesi davasında, gerekse yargılamanın iadesi davasında muhdesatla ilgili olarak ileri sürülen ve değerlendirilen hususların, sonradan ayrı bir dava ile ileri sürülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Asıl ve birleşen dava; paylı mülkiyete tabi taşınmazın, davacı paydaşlara ait muhdesatla birlikte satılmış olması nedeniyle, ödenen muhdesat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca davalı paydaşlardan tahsili istemine ilişkindir. Esasen, bu husus mahkemenin de kabulündedir. Taraflar arasında görülen ortaklığın giderilmesi davasında; arzın ve (davacılar tarafından yapıldığı diğer paydaşlar tarafından da kabul edilen) muhdesatın değerleri ayrı ayrı tesbit edilmiş ise de, arzın ve muhdesatın toplam değerinden ne kadarının arza ne kadarının muhdesata isabet ettiği oran kurulmak suretiyle belirlenmemiştir. Bundan ayrı, ortaklığın giderilmesi davasının hukuki sebebi ile işbu sebepsiz zenginleşmeye dayalı davanın hukuki sebepleri farklıdır. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; ortaklığın giderilmesi davasında verilen hükmün, aynı taraflar arasında görülen bu davada kesin delil olarak kabul edilemeyeceği de bir gerçektir [...]*” Yarg. 3. HD, 5.7.2017, E. 2016/6508, K. 2017/11155 (Lexpera). benzer şekilde bkz. Yarg. 13. HD, 13.10.2003, E. 2003/6054, K. 2003/11670 (Kazancı)

davasında karar verilebilmesi için, muhdesatın kime ait olduğu hususu incelenmek zorunda olup, bu husus hâlihazırda ortaklığın giderilmesi davasında kesin hükümle çözüme kavuşturulmuştu. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında muhdesatın aidiyetine ilişkin tespit¹²²⁰, kanaatimizce sebepsiz zenginleşme davasında kesin delil etkisine sahip olmalıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, kesin hükmün etkisi, tarafların iddia ve savunmalarını davaya getirebilecekleri son zaman kesidi ile sınırlıdır¹²²¹. Dolayısıyla satış yoluyla paylaşırma hükmünün, bu hüküm kurulduktan sonra yapılan muhdesatlar açısından kesin hüküm etkisi yoktur. Gerçekten de, paydaşlardan birinin, hakkında satış yapılarak paylaştırılmasına karar verilen şey üzerinde, henüz satış yapılmadan önce bir şey inşa edebilmesi mümkündür¹²²². Bu durumda taşınmazın ilk değeri ile muhdesat yapıldıktan sonraki değeri arasında bir fark ortaya çıkacak ve söz konusu fark paylaştırmadan sonra paydaşların elde edecekleri değerleri de değiştirecektir. Bu durumda yapılması gereken şey, kanaatimizce, eğer muhdesatın kimin tarafından yapıldığı konusunda bir anlaşmazlık mevcutsa, muhdesatın tespiti davası açılmasıdır. Söz konusu davanın açılmasına kesin hüküm engel oluşturmaz. Zira muhdesat kesin hükümden sonra yapılmıştır. Yargıtay da, kesin hüküm tartışması yapmasa da, davacının menfaati olması sebebiyle böyle bir davanın açılabilmesine karar vermiştir¹²²³. Eğer muhdesatın

¹²²⁰ Bazı durumlarda muhdesatın aidiyetine ilişkin tespit için asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu ve böyle bir durumda sulh hukuk mahkemesinin ilgisine dava açması için süre vermesi gerektiği hakkında bkz. yuk. VI, A, 3.

¹²²¹ Bkz. yuk. XIV, B, 2, c.

¹²²² Paylaştırılması istenen taşınmazda inşaat yapılmaması şeklinde bir ihtiyatî tedbir kararı alınabileceği hakkında bkz. yuk. XII, B.

¹²²³ “[...] Davacı [...] 65 ada 2 sayılı parsel üzerine izaleyi şuyuu kararından ve satışa esas olan keşiften sonra bina yaptığını, bu binanın kendi tarafından yapıldığının tesbiti ile tedbir konulmasını isteyerek dava açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne, 65 ada 2 sayılı parsel üzerindeki binanın davacı tarafından yapıldığının ve davacıya ait olduğunun tesbitine, bu binaların satışı halinde satış bedelinin davacıya ödenmesine karar verilmiş, hüküm davalılardan [...] ve [...] vekili tarafından temyiz edilmiştir [...] Dava taraflar arasında görülüp sonuçlandırılan, ortaklığın giderilmesi davasına konu edilen taşınmaz üzerindeki binanın aidiyetinin tespitine ilişkindir. Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillerden tarafların müşterek muristen gelen, iştirak suretiyle malik oldukları taşınmazın ortaklığının satış yoluyla giderilmesine karar verildiği, iş bu davanın ihale aşamasında açıldığı, dolayısıyla

kimin tarafından yapıldığı konusunda bir uyuşmazlık yoksa bu durumda muhdesatın tespiti davası açılmasında hukukî menfaat bulunmaz¹²²⁴. Bu durumda yapılması gereken şey, paydaşlardan birinin satış ile görevlendirilen memur veya icra dairesinden kıymet takdiri istenmesidir.

Muhdesat, satış ile görevlendirilen memur veya icra dairesinin paylaştırılması istenen şey hakkında yaptığı kıymet takdirinden sonra ve açık artırmadan önce yapılmış olabilir. Burada tekrar kıymet takdiri istenip istenemeyeceğinin belirlenmesi gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez. Ancak, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir.”* Zira İİK m. 128/a hükmü, istisnaları genel olarak düzenlemiş olup bu düzenlemeler de taşınmazın değerinin önemli ölçüde değişebileceği durumlar içindir. Muhdesat da, paylaştırılması istenen şeyin değerini önemli ölçüde değiştirebileceğinden, kanaatimizce kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmemiş olsa bile muhdesatın yapılmasından sonra kıymet takdiri istenebilmelidir.

b. İnşâî Etkinin Subjektif Sınırları

Kesin hüküm kural olarak sadece davanın tarafları ve onların halefleri açısından geçerli olmasına karşılık¹²²⁵; inşâî hükümler, herkes için geçerlidir¹²²⁶. Ortaklığın giderilmesi davası kabul edildiğinde, inşâî etki ortaya çıkar. Öyleyse bu davalarda kurulan hükümler, herkes için sonuç doğurur. Bu tespit, özellikle davanın

davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğu tartışmasızdır [...] Yarg. 7. HD, 3.10.2002, E. 2002/3493, K. 2002/4727 (Kazancı).

¹²²⁴ Karş. “[...] Mahkemece yapılan yargılama sonucunda ortaklığın giderilmesi davasının davacısı [...] tarafından taşınmaz üzerindeki bina, eklenti ve ağaçların bu davanın davacısı [...] ait olduğunun görülmekte olan ortaklığın giderilmesi davasında kabul edilmesi nedeni ile muhdesatın tesbitine ilişkin bu davada hukuki yararı bulunmadığından [...] Yarg. 7. HD, 6.3.2003, E. 2003/54, K. 2003/608 (Kazancı).

¹²²⁵ Ayrıntılı olarak bkz. Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 15 vd.

¹²²⁶ Kuru, **C. V**, s. 5093; Umar, **Şerh**, s. 881; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 91, Rdnr. 14; Önen, **İnşai Dava**, s. 184 vd.

üçüncü kişiler tarafından açıldığı veya açılması imkânı bulunan davalar açısından önem kazanır.

Paydaş dışındaki üçüncü kişiler, bazı durumlarda, “ortaklığın giderilmesi” davası açabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlu paydaş/mirasçı bu davada taraf olarak yer alamaz¹²²⁷. Üçüncü kişilerin açtıkları dava kabul edilerek paylaştırma hükmü verilmişse, aynı konuda bu sefer sadece paydaşların yer aldığı bir paylaştırma davası açılmaz¹²²⁸. Aslında ikinci davanın tarafları, ilk davaninkilerden farklıdır. Ancak inşâî hüküm etkisi herkes için ortaya çıktığından, ikinci davanın açılması artık mümkün değildir¹²²⁹.

Bununla birlikte Yargıtay, konuyu bu şekilde değerlendirmemektedir. Yargıtay’a göre, borçlunun alacaklısının açtığı davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, aynı borçlunun bir diğer alacaklısı da bu davayı açabilir. Zira her iki davanın tarafları farklı olduğu için kesin hüküm söz konusu olmaz¹²³⁰.

¹²²⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, A, 2, a.

¹²²⁸ “[...] Dava, taşınmaz mal ortaklığının giderilmesi isteminden ibarettir. Mahkemece, satış kararı verilmiş, hükümdavalılardan M. vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davalılardan M. duruşmada [...] aynı taşınmaz malın ortaklığın giderilmesi hakkında diğer paydaşlar tarafından açılan davanın satış suretiyle hükmü bağlandığını savunduğuna göre bu dosyanın getirtilerek incelenmesi ve savunamda beyan edildiği üzere aynı taşınmaz mal hakkında satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verildiği ve bunun kesinleştiğinin anlaşılması halinde yetki belgesine dayanan alacaklının bu ilâmın infazını da sağlayabileceği düşünülmeyen yazılı şekilde satış kararı verilmesi, usul ve kanuna aykırıdır [...]” Yarg. 6. HD, 22.02.1974, E. 1974/755, K. 1974/767 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 479).

¹²²⁹ Esasen dava takip yetkisine sahip üçüncü kişinin açmış olduğu dava sonunda verilen kesin hüküm, davada yer alamayan hak sahibi açısından da etkilidir (Rosenberg/Schwab/Gottwald, **a.g.e.**, § 157, Rdnr. 19 ff; Assmann, **Wieczorek/Schütze ZPO**, § 325, Rdnr. 70). Bu bakımdan aynı sonuca kanaatimizce bu gerekçeyle de varılabilir.

¹²³⁰ “[...] Somut olaya gelince, görülmekte olan dava için kesin hüküm teşkil ettiği belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 18.12.2012 tarihli ve 2010/1199 Esas, 2012/718 Sayılı Kararında, davacı alacaklı G. T. vekili tarafından paydaşlardan ...'in borcu için İİK'nın 121. maddesi gereğince yetki alınarak davaya konu taşınmazdaki ortaklığın giderilmesi talep edilmiş ve davanın kabulüne karar verilerek kesinleştiği anlaşılmıştır. Görülmekte olan bu davada ise davacı alacaklılar vekili tarafından davalılara karşı dava açılarak ortaklığın giderilmesi istenmiştir. Görüldüğü üzere, bu dava ile önceki davanın konuları aynı ise de tarafları farklıdır [...]” Yarg. 14. HD, 13.6.2017, E. 2015/14472, K. 2017/5045 (Kazancı); aynı yönde bkz. “[...] Davacı, iştirak hâlindeki mülkiyette hak sahibi olan A.C'den alacaklı olduğu cihetle, icra mercinden yetki belgesi alarak işbu davayı açmış, mahkemece, başka bir alacaklı tarafından yine A.C aleyhine taşınmaz malların şuyuularının giderilmesi için dava açılmış ve hüküm

Yine Yargıtay’a göre, alacaklının açtığı davada verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, paydaşlardan biri de aynı şey için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Çünkü her iki davanın tarafları farklıdır¹²³¹.

Yargıtay’ın bu kararları, kanaatimizce isabetli değildir. Zira bu kararlarda hükmün inşâi etkisi göz ardı edilmiştir¹²³². Eğer farklı bir taşınmaz için açılmamışsa, borçlunun diğer bir alacaklısının ya da paydaşların daha sonra açacakları dava, bu etki sebebiyle reddedilmelidir¹²³³.



kesinleşmiş olduğu cihetle red kararı verilmiştir. Üçüncü bir şahıs tarafından daha evvel yine A.C’den alacağı dolayısıyla şuyunun giderilmesi davası açılmış olup neticelendirilmiş olması, işbu son davanın görülmesine engel teşkil etmez, taraflar aynı olmadığı için olayda, muhkem kaniye [kaziye, A.K] bulunduğu kabul edilemez [...]” Yarg. 6. HD, 21.10.1968, E. 1968/3903, K. 1968/4353 (Tunaboğlu, **a.g.e.**, s. 113).

¹²³¹ “[...] Somut olaya gelince, görülmekte olan dava için kesin hüküm teşkil ettiği belirtilen Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 09.03.2010 tarihli ve 2006/544 Esas, 2010/246 Sayılı Kararında, alacaklı tarafından İİK’nın 121. maddesi gereğince yetki alınarak davaya konu taşınmazlardaki ortaklığın giderilmesi talep edilmiş ve davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır. Görülmekte olan bu davada ise davacı paydaş... tarafından diğer paydaşlara karşı dava açılarak ortaklığın giderilmesi istenmiştir. Görüldüğü üzere, bu dava ile önceki davanın konuları aynı ise de tarafları farklıdır [...]” Yarg. 14. HD, 14.4.2016, E. 2014/15581, K. 2016/4471 (Kazancı).

¹²³² Öğretide *İyilikli*, ortaklığın giderilmesine ilişkin hükmün inşâi etkisini göz ardı etmiştir. Yazara göre, paydaşın diğer bir alacaklısı da, kesin hüküm engeline takılmadan tekrar bir ortaklığın giderilmesi davası açabilir (Ahmet Cahit İyilikli, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 260). Oysa alacaklının bu davayı açabilmesi, ilk davada verilen hükmün inşâi etkisi sebebiyle artık mümkün değildir.

¹²³³ Kaldı ki alacaklının bu davayı açmasında ayrıca hukukî bir menfaati de bulunmaz. Burada alacaklının, şartları varsa, satış sonucunda borçluya ait olacak bedelin hazineye iştirâk edebilmesi mümkündür (İİK m. 100).

XV. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Harçlar ve Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Harçlar

1. Genel Olarak

Harç, yargı hizmetinin görülmesi sebebiyle ortaya çıkan, tutar ve oranlarının kanunla belirlendiği para olup¹²³⁴ temel olarak 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yargı harçları; başvurma harcı, celse harcı, karar ve ilâm harcı, keşif harcı, temyiz, istinaf ve itiraz harçlarıdır¹²³⁵.

Ortaklığın giderilmesi davasında alınacak harçlar; paylaştırılması istenen şeyin (taşınır - taşınmaz) ve paylaştırma türüne (aynen - satış yoluyla paylaştırma) göre değişiklik gösterebilir. Yine ortaklığın giderilmesi davasında tarafların aynı anda hem davacı hem de davalı olarak değerlendirilmesi ve bu davalarda kazanan ve kaybeden ayrımının bulunmaması, yargılama giderlerinden sorumluluk açısından genel kuraldan ayrılmayı gerektirir.

Maktu bir harç olan başvurma harcı, dava açılırken davacıdan peşin olarak alınır (HarçK m. 27). Taraflar veya vekillerince ertelenmelerine sebebiyet verilen celselerden ötürü alınan celse harcı, konusu parayla değerlendirilebilen davalarda nisbi; bunun dışındaki davalarda maktu olarak alınır¹²³⁶. Ortaklığın giderilmesi davası malvarlığına ilişkin bulunduğundan, celse harcı dava konusu edilen miktar üzerinden hesaplanır¹²³⁷.

¹²³⁴ Karafakih, **Usul**, s. 140; Önen, **Yargılama**, s. 126; Oğuz Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2386; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 673; Ulukapı, **Usûl**, s. 420.

¹²³⁵ Harçlar Kanunu'nun 1 sayılı Tarifesi.

¹²³⁶ 1 Sayılı Tarife A, II.

¹²³⁷ 1 Sayılı Tarife A, II/1-a.

2. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Karar ve İlâm Harcı

a. Taşınmazın Paylaştırılması Durumunda

Karar ve ilâm harcı, konusu parayla değerlendirilebilen davalarda nisbi, bunun dışındaki davalarda maktu olarak alınır. Nisbi karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir (HarçK m. 28/1). Maktu karar ve ilâm harcıysa, ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenir (HarçK m. 27/1).

Dava konusunun değeri dava dilekçesinde belirtilmelidir (HMK m. 119/1-d, Harç K. m. 16/3). Yargıtay’a göre, mahkeme paylaştırılması istenen taşınmazın değerini belirlemek için keşif yapılmalıdır¹²³⁸.

Ortaklığın giderilmesi davasında dava konusunun değeri, davacı paydaşın payının değeri değil paylaştırılması istenen şeyin tamamının değeridir¹²³⁹. Bu, davanın çift taraflı yapısından kaynaklanır¹²⁴⁰. Zira bu dava sonunda sadece davacının payı değil tüm paylar hakkında paylaştırma hükmü kurulur.

Taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında alınacak olan harcın oranı, paylaştırmanın aynen mi yoksa satış yoluyla mı yapılacağına göre değişir.

¹²³⁸ “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları taşınmazın aynına ilişkin olup mahkemece tapu kayıtlarının zemine uyup uymadığının denetlenmesi ve taşınmazların değerinin belirlenmesi amacıyla mahallinde keşif yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Somut olayda; mahkemece, keşif yapılmadan ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiği görülmüştür. Mahkemece taşınmazdaki ortaklığın giderilmesi konusunda HMK’nın 288 vd. maddeleri uyarınca mahallinde keşif yapılarak rapor alınmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir [...]” Yarg. 14. HD, 19.03.2018, E. 2017/6014, K. 2018/2050 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹²³⁹ Baumann, **a.g.m.**, s. 287; Brunner/Wichtermann, **Basler ZGB II**, Art. 651, Nr. 17; Martin H. Sterchi, **Berner Kommentar ZPO, B:I, Art.1-149**, Stämpfli Verlag, 2012, Art. 91, Rdnr. 18b; Graubünden, Kantonsgericht, 15.09.1997, PKG 1997 S. 24, **Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden**, E. 1.

¹²⁴⁰ Bu yönde bkz. Samuel Rickli, **Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht**, Dike, Zürich, 2014, s. 160; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 10; Sterchi, **BK ZPO I**, Art. 91, Rdnr. 18b.

Eğer satış hükmü kurulursa, karar ve ilâm harcı taşınmazın satış bedelinin binde 11,38'idir¹²⁴¹.

Nisbi karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir (HarçK m. 28/1). Bu düzenleme, satış hükmü açısından elverişli değildir. Zira taşınmazın değeri paylaşırma yapılarına kadar değişiklik gösterebilir. Peşin olarak tahsil edilecek olan harca esas alınacak değer, taşınmazın davanın başındaki değeridir. Ancak taşınmazın değeri satış aşamasında tekrar belirlenir¹²⁴² ¹²⁴³. Arttırmanın sonunda taşınmaz, belli bir değer üzerinden alıcısına ihale edilir. Bu sebeple, bu davalarda taşınmazla ilgili üç farklı değer ortaya çıkabilir. Kanaatimizce burada harca esas alınacak olan değer, ihale bedeli olmalıdır. Aksi takdirde, paydaşların elde ettikleri değere oranla daha fazla ya da daha az harç ödeme tehlikesi ortaya çıkardı. Nitekim dava sırasında değeri düşük olan taşınmaz, yüksek bir bedelle ihale edildiğinde paydaşlardan, elde ettikleri değere oranla daha az harç alınmış olacaktır. Yine dava aşamasında değeri yüksek olan taşınmazın satış aşamasında değeri düşebilir ya da taşınmaz oldukça düşük bir bedelden ihale

¹²⁴¹ 1 sayılı Tarife A, III/1-b.

¹²⁴² Nitekim Yargıtay'a göre, dava esnasında tespit edilen değer artırma için muhammen değer olarak belirlenmiş olması ihalenin feshi sebebidir: "[...] İzale-i Şuyuu kararlarına dayalı ihale HUMK.nun 571. maddesi göndermesi ile İİK. Hükümlerine göre yapılır. Mahkemece satış hazırlıklarından olmak üzere yeniden bir kıymet takdirı yapılmaksızın izale-i şuyuu davasının kendi koşulları için yapılmış kıymet takdirı ile yetinilerek ihalenin gerçekleştirilmesi isabetsiz olup, bu husus resen gözetilmesi gereken tek başına ihalenin feshi nedenidir [...]" Yarg. 12. HD, 23.2.1998, E. 1998/1223, K. 1998/1870 (Kazancı); "[...] İİK.nun 128/2.maddesi uyarınca; "icra müdürlüğünce taşınmazın kıymeti takdir edilir" hükmü yer almaktadır. Takip dosyası içeriğinde icra müdürlüğünce kıymet takdirı yapılmaksızın nedeni gerçeği yansıttığı anlaşılamayan izaleyi şuyuu dosyasındaki bilirkişi incelemesine dayalı olarak bu miktar esas alınarak taşınmazın ihaleye çıkarılması isabetsizdir [...]" Yarg. 12. HD, 5.4.2004, E. 2004/2869, K. 2004/8199 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 12. HD, E. 1997/9620, K. 1997/10139 (Kazancı).

¹²⁴³ Dolayısıyla dava esnasında belirlenen değer düşük olması, paydaşların haklarını olumsuz olarak etkilemez. Bu yönde bkz. "[...] Davalı Sabriye O. istinaf dilekçesinde; Bilirkişi raporunda taşınmaz için tespit edilen değer günümüz emlak fiyatlarından çok düşük olduğunu, taşınmaz için günümüz şartları emlak piyasasına uygun bir tespit yapılamadığını [...]" Mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları ile delillerinin dosya kapsamına ve yasalara uygun olarak değerlendirilerek verilen kararın, usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğunun anlaşılmasına ve özellikle taşınmazın değerinin satış aşamasında ayrıca tesbit edileceğinin anlaşılmasına göre davalı tarafın sair istinaf sebeplerinin esastan reddine karar vermek gerekir [...]" İzmir BAM, 16.5.2017, E. 2017/763, K. 2017/824 (Kazancı)

edilebilir. Bu ihtimâlde de, paydaşlardan, elde ettikleri değere oranla daha fazla harç alınmış olacaktır. Bu sebeple, kanaatimizce bakiye harç, ihale bedeli üzerinden hesaplanmalıdır. Yargıtay uygulamasının da bu şekilde olduğu anlaşılmaktadır¹²⁴⁴.

Davanın sonunda aynen paylaşırma hükmü kurulursa, karar ve ilâm harcı paylaştırılan taşınmazın değerinin¹²⁴⁵ binde 4,55'idir¹²⁴⁶.

Paylaştırmanın ne şekilde yapılacağı davanın açıldığı esnada henüz belli olmasa da, davanın başında yine belirli bir oranda harç alınmalıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda, peşin alınacak harç için, davacının talep ettiği paylaşırma türü esas alınmalıdır.

b. Taşınır veya Diğer Hakların Paylaştırılması Durumunda

Taşınmazlardan farklı olarak, taşınırların paylaştırılması durumunda karar ve ilâm harcının maktu mu yoksa nisbi mi olacağı, 1 sayılı Tarife'de ayrıca belirtilmemiştir. Burada iki şekilde yorum yapılabilir. İlk yoruma göre, bu davalar için de nispi harç alınmalıdır. Zira bu davalar da parayla değerlendirilebilen davalardandır¹²⁴⁷. İkinci yoruma göre, bu davalarda maktu harç alınmalıdır. Zira

¹²⁴⁴ “[...] Ayrıca taşınmazların satış bedeli üzerinden alınacak harcın kimlerden hangi oranda tahsil edileceğinin hüküm sonucunda gösterilmemesi doğru görülmemiş ise de [...]” Yarg. 14. HD, 8.5.2017, E. 2015/12729, K. 2017/3855 (Lexpera); “[...] Somut olaya gelince; satıştan elde edilen gelirin paydaşların tapu kaydındaki payları oranında dağıtılmasına, ayrıca karar tarihi itibarıyla taraflardan dava konusu ortaklığın giderilmesine karar verilen taşınmazın satış bedeli üzerinden %011,38 oranında tahsil edilmesi gereken harcın taraflara tapu kaydındaki payları oranında yükletilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 19.10.2015, E. 2015/11979, K. 2015/9170 (Kazancı); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 7.3.2017, E. 2015/9316, K. 2017/1722 (Lexpera); “[...] yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına, taşınmaz malın satış bedelinden payına düşecek paranın % 011,38 oranında hesaplanacak onama harcından peşin alınan 27.70 TL'nin mahsubu ile bakiyesinin temyiz edene yükletilmesine [...]” Yarg. 14. HD, 27.3.2018, E. 2018/131, K. 2018/2402 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹²⁴⁵ “[...] Karar tarihi itibarıyla dava konusu taşınmazın keşif sonucunda bilirkişilerce belirlenen değeri üzerinden binde 4,55 oranında harç alınması gerektiğinin [...]” Yarg. 14. HD, 22.12.2015, E. 2014/15271, K. 2015/11884 (YKD, 2016/1, s. 77).

¹²⁴⁶ 1 sayılı Tarife A, III/1-c. “[...] Kabule göre de, harcın aynen taksime karar verilmesi nedeniyle binde 4,55 oranında alınması gerekirken binde 11,38 oranında alınması... doğru görülmemiştir [...]” Yarg. 14. HD, 7.3.2017, E. 2015/9316, K. 2017/1722 (Lexpera).

¹²⁴⁷ 1 Sayılı Tarife A, III/1-a.

taşınmazlara ilişkin açıkça bir düzenleme getiren Kanunun, burada taşınırlara ilişkin bir hükme yer vermemesiyle, bu husus bakımından maktu harcın alınmasını amaçladığı çıkarımı yapılabilir. Kanaatimizce ikinci yorum daha isabetli olur. Nitekim Yargıtay’a göre de, taşınırlar için açılan ortaklığın giderilmesi davasında, maktu karar ve ilâm harcı alınmalıdır¹²⁴⁸.

B. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

1. Davanın Kabulü Hâlinde

a. Paydaşların Payları Oranında Sorumlu Olması

Davada aleyhine hüküm kurulan taraf, yargılama giderlerinden de sorumlu olur (HMK m. 326/1). Ancak mahkemenin ortaklığın giderilmesi davasını kabul etmesi, sadece davacı lehine değil aynı zamanda davalı lehine de sonuç doğurur. Zira bu hükümle, davalı paydaş dahi kendi payına kavuşur. Böylece ortaklığın giderilmesi davasında bir tarafın davayı kazanması; diğer tarafın davayı kaybetmesi anlamına gelmez.

Ortaklığın giderilmesi davasının bu özelliği, yargılama giderlerinden tüm paydaşların sorumlu olması sonucunu doğurur¹²⁴⁹. Ancak burada paydaşlar, yargılama giderlerinden müştereken değil¹²⁵⁰, payları oranında sorumlu olur.

¹²⁴⁸ “[...] Menkul niteliğindeki araç üzerindeki paydaşlığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde ise 2. maddesinin (a) fıkrası hükmü uyarınca maktu harç ile yetinilmesi gerekir...plaka sayılı aracın satış bedeli üzerinden binde 11.38 oranında harç alınması doğru görülmemiş ise de bu husus kararın bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden [...]” Yarg. 14. HD, 4.5.2017, E. 2015/12153, K. 2017/3755 (Lexpera); “[...] Taşınır mallardaki ortaklığın giderilmesi davalarında 492 sayılı Harçlar Kanunu ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 1 sayılı Tarife uyarınca 25,20 TL maktu harç alınması gerekmektedir [...]” Yarg. 14. HD, 20.10.2016, E. 2015/4814, K. 2016/8580 (Lexpera).

¹²⁴⁹ “[...] Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalar olup, sonuçta kazanan ve kaybeden taraftan söz edilemeyeceğinden yargılama giderleri ve vekalet ücretinin taraflara payları oranında yükletilmesi gerekir [...]” Yarg. 14. HD, 13.11.2019, E. 2019/2236, K. 2019/7730 (Kazancı).

¹²⁵⁰ “[...] (2) numaralı bent uyarınca temyiz itirazlarının kabulü ile hüküm sonucunun yedi numaralı bendinde yer alan “yargılama giderinin davalılardan müştereken tahsili ile davacıya

Yargıtay'ın bu yöndeki kararları istikrar kazanmıştır¹²⁵¹. Açtığı dava kabul edilen davacı paydaş dahi, payı oranında yargılama giderlerine mahkûm edilir¹²⁵².

Satış talebi kabul edilen davacı, aynen paylaştırmayı talep eden paydaşa karşı davayı kazanmış sayılamaz. Bu ihtimâlde dahi paydaşlar, yargılama giderlerinden payları oranında sorumlu olur¹²⁵³.

Taraflar, ortaklığın giderilmesi davasında kendilerini avukatla temsil ettirmiş olabilir. Bu durumda aynı zamanda vekâlet ücretine de hükmedilmesi gerekir¹²⁵⁴. Bu

verilmesine" ibaresinin "yargılama giderinin davalılardan payları oranında tahsil edilerek davacıya verilmesine, davacının payının üzerinde bırakılmasına" şeklinde değiştirilmesine ve hüküm sonucunun sekiz numaralı bendinde yer alan "kendisini vekil ile temsil ettiren davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 990,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine" ibaresinin " kendisini vekil ile temsil ettiren davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 990,00 TL vekalet ücretinin tapu kaydındaki payları oranında paydaşlardan tahsiline" şeklinde değiştirilmesine suretiyle [...]" Yarg. 14. HD, 29.2.2016, E. 2014/17321, K. 2016/2463 (Lexpera).

¹²⁵¹ "[...] Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalar olup, sonuçta kazanan ve kaybeden taraftan söz edilemeyeceğinden yargılama giderleri ve vekalet ücretinin taraflara payları oranında yükletilmesi gerekir. Somut olaya gelince; kendisini vekille temsil ettiren davacılar ... ve ... lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması doğru değil ise de, bu husus kararın bozulmasını ve yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK'nın 438/7 maddesi gereğince hüküm sonucunun aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir [...]" Yarg. 14. HD, 5.6.2017, E. 2015/14098, K. 2017/4706 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 18.9.2017, E. 2015/16364, K. 2017/6554 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 2.3.2017, E. 2015/8858, K. 2017/1566 (Lexpera); Yarg. 14. HD, 10.4.2017, E. 2017/524, K. 2017/2835 (Lexpera); Yarg. 6. HD, 1.3.2004, E. 2004/1154, K. 2004/1275 (Kazancı).

¹²⁵² "[...] Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davalarının sonucunda kazanan ve kaybeden taraftan söz edilemeyeceğinden, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin taraflara payları oranında yükletilmesi gerekir [...]" Samsun BAM 6. HD, 20.6.2017, E. 2017/1306, K. 2017/1318 (Kazancı); "[...] ortaklığın giderilmesi davaları her iki taraf için de benzer sonuçlar doğuran davalardan olduğundan ve bu davada kazanan veya kaybeden taraf bulunmadığından davacının payı oranında yargılama giderlerinden sorumlu tutulmaması usul ve yasaya aykırıdır [...]" Yarg. 6. HD, 20.9.1999, E. 1999/6399, K. 1999/6476 (Kazancı).

¹²⁵³ Benzer yaklaşım için bkz. Yarg. 14. HD, 15.01.2018, E. 2017/5006, K. 2018/286 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹²⁵⁴ "[...] Bu nedenle davalı Hazine kendisini vekille temsil ettirdiği halde Hazine lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi doğru görülmemiştir [...]" Yarg. 14. HD, 18.9.2017, E. 2015/16364, K. 2017/6554 (Lexpera); "[...] Somut olayda, kendini vekille temsil ettiren davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması doğru değil ise de [...]" Yarg. 14. HD, 15.5.2014, E. 2014/3376, K. 2014/6484 (Lexpera).

davada vekâlet ücreti maktudur¹²⁵⁵. Taraflar bu ücretten payları oranında sorumlu olur¹²⁵⁶. Davalılar kendilerini ayrı avukatlarla temsil ettirmişse, vekâlet ücreti de taraflar lehine ayrı ayrı hükmolunur¹²⁵⁷. Davalı tarafta yer alan paydaşlardan biri lehine takdir edilen vekâlet ücretinin sadece davacı paydaştan alınması uygun olmayıp bu ücret tarafların birlikte mülkiyete konu şey üzerindeki payları oranında tahsil edilmelidir¹²⁵⁸. Zira bu davalarda bir paydaş için karşı taraf, kendisi dışında kalan diğer paydaşlardır¹²⁵⁹.

b. Davanın Reddini İsteyen Paydaşın Sorumluluğu

Ortaklığın giderilmesi davasında davalı, çeşitli sebeplerle davanın esastan reddedilmesini isteyebilir. Ancak yapılan yargılama sonucunda paylaştırma hükmü

¹²⁵⁵ 2019 yılı için bu ücret 2.268,00 TL'dir (Avukatlık Ücret Tarifesi II. Kısım I. Bölüm).

¹²⁵⁶ “[...] Somut olaya gelince; mahkemece davada yapılan yargılama giderinin taraflardan taşınmazdaki payları oranında alınması gerekirken sadece davacılar dışındaki paydaşlardan tapu kaydındaki payları oranında alınarak davacıya verilmesine şeklinde infazda tereddüt yaratacak şekilde hüküm kurulması, yedinci bendindeki "davacılar dışındaki paydaşlardan..." ibaresi çıkartılarak yerine "taraflardan..." ibaresinin eklenmesine, Hüküm sonucuna dokuzuncu bent olarak "Davalı ... kendisini vekil ile temsil ettirmiş olması nedeniyle karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince 1.100 TL vekalet ücretinin taraflardan tapu kaydındaki payları oranında alınarak davalı ...'e verilmesine, şeklinde düzeltilmesine [...]" Yarg. 14. HD, 25.4.2017, E. 2015/11648, K. 2017/3383 (Lexpera); ayrıca bkz. Yarg. 6. HD, 1.3.2004, E. 2004/1154, K. 2004/1275 (Kazancı).

¹²⁵⁷ “[...] Somut olayda; davalılar ... ve ..., kendilerini ayrı vekillerle temsil ettirmiş oldukları halde taraflar lehine ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilmesi gerekirken tek vekalet ücreti takdir edilmesi doğru görülmemiş ise de [...]" Yarg. 14. HD, 23.3.2017, E. 2015/9967, K. 2017/2246 (Lexpera); “[...] Ortaklığın giderilmesi davaları, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz mallar ile haklarda, paydaş yada ortaklar arasında yürürlükte olan hukuki ilişkiyi sona erdirip bireysel mülkiyete geçişi sağlayan, iki taraflı, yanlar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Davalı taraf ile davacı aynı haklara sahiptir. Davalı Yükselen Yılmaz kendisini vekille temsil ettirdiğinden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir [...]" İzmir BAM, 6. HD, 17.7.2017, E. 2017/1684, K. 2017/1468.

¹²⁵⁸ “[...] Somut olaya gelince; bir kısım davalılar vekili tarafından yapılan 200 TL'lik yargılama giderinin mahkemece davacı tarafça yapılmış gibi hüküm kurulması ile davalı lehine takdir edilen vekalet ücretinin yalnızca davacıdan alınmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir [...] hükmün 7 numaralı bendindeki "vekalet ücretinden davacının tapudaki yasal hissesine isabet eden kısmın davacıdan alınarak bu davalılara verilmesine," ibareleri hükümden çıkarılarak yerine "vekalet ücretinin taraflardan tapudaki payları oranında alınarak bu davalılara verilmesine," ibarelerinin eklenmesine [...]" Yarg. 14. HD, 13.11.2019, E. 2019/2310, K. 2019/7755 (Kazancı).

¹²⁵⁹ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, B, 2.

kurulmuş olabilir. Acaba bu durumda davalının davayı kaybetmiş olduğu varsayılarak onun yargılama giderlerinden tek başına sorumlu olması gerekir mi? Öğretideki bir görüşe göre, davacının talebine haklı bir sebep olmaksızın karşı çıkan davalı, yargılama giderlerinin tamamından sorumlu olur¹²⁶⁰. Yargıtay'ın buna ilişkin doğrudan bir kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay, paydaşların yargılama giderlerinden payları oranında sorumlu olduğu kuralını, davalının cevap dilekçesi vermemesi durumunda da uygulamıştır¹²⁶¹.

Paylaştırma hakkının bulunmadığını iddia ederek davanın reddedilmesi için işlemlerde bulunan davalı, paylaştırma kararı verilirse, yargılama giderlerinden kanaatimizce tek başına sorumlu tutulabilir. Paylaştırma kararıyla, davanın reddini talep eden davalının da payına kavuşacak olması, kanaatimizce bu sonucu değiştirmez. Zira o, talebinde haksız çıkmıştır. Kaldı ki, onun bu talebi hakkında mahkeme ayrıca bir araştırma yaptığı için, dava daha uzun sürmüş ve bu konuda daha fazla masraf da yapılmış olabilir. Kanaatimizce burada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinin 1. fıkrasından da ayrıca faydalanılabilir¹²⁶².

2. Davanın Reddi Hâlinde

Bazı hâllerde ortaklığın giderilmesi davası reddedilebilir. Kanaatimizce bu durumda yargılama giderlerinden sadece davacı sorumlu olmalıdır. Zira bu davanın açılmasına neden olmayan ve davanın reddini isteyen paydaşların ayrıca yargılama giderlerine mahkûm edilmesi doğru olmaz. Kanaatimizce aynı durum, istinaf

¹²⁶⁰ Brückner/Weibel, **a.g.e.**, s. 114.

¹²⁶¹ “[...] Davalı, cevap dilekçesi vermemiştir. Mahkemece, davanın kabulü ile dava konusu taşınmazlardaki ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmiştir... karar tarihinde yürürlükte bulunan tarife gereğince binde 11,38 oranında harcın taraflardan tapu kaydı ve mirasçılık belgesindeki payları oranında tahsil edileceğinin gösterilmesi gerekirken, hükümde bu hususlara hiç değinilmeden karar verilmiştir. 3-Davalı yan kendisini vekille temsil ettirdiğinden, karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca belirlenen 1.100,00 TL vekalet ücretinin davacıardan payları oranında alınarak davalıya verilmesi gerekirken, davalı yan için vekalet ücreti takdir edilmemiştir [...]” Yarg. 14. HD, 12.6.2017, E. 2015/14581, K. 2017/4994 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. 14. HD, 15.5.2019, E. 2016/5850, K. 2019/4427 (Kazancı).

¹²⁶² Hüküm şu şekildedir: “Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.”

talebinin reddedilmesi hâlinde, kanun yoluna ilişkin alınan harçlar açısından da geçerli olmalıdır. Böylece kanun yolu talebi reddedilen paydaşın bundan tek başına sorumlu olması, isabetli bir çözüm olur¹²⁶³.

Bununla birlikte, davalılardan birinin de paylaşırma talebinde bulunması ihtimâlinde durum değişir. Zira bu ihtimâlde mahkeme, sadece davacının değil aynı zamanda davalının talebi hakkında da bir karar vermelidir. Eğer her iki tarafın da paylaşırma talebine rağmen dava reddedilirse, bu durumda yargılama giderlerinden, her iki taraf da payları oranında sorumlu olmalıdır.

Borçlu paydaşın alacaklısının paylaşırma davası açtığı anda haklı olmasına rağmen, yargılama esnasında elbirliği mülkiyetine konu olan şeyin paylı mülkiyete çevrilmesinden ötürü (borçlu paydaşın payının ayrı olarak haczi ve satışı artık mümkün olduğundan) davanın hukukî menfaat eksikliğiyle reddi gerekir. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, böyle bir durumda, paylaşırma davasının açılmasına borçlu paydaşın sebep olduğunu belirterek, yargılama giderlerinden borçlu paydaşın tek başına sorumlu olması gerektiğine karar vermiştir¹²⁶⁴. Söz konusu kararda her ne kadar kanunî bir gerekçeye dayanılmasa da, burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 331. maddesinin birinci fıkrası hükmü düşünülebilir. Bu hükme göre,

¹²⁶³ “[...] davalı vekilince yapılan istinaf başvurusunun 6100 Sayılı HMK'nın 353/1-b(1) maddesi uyarınca esastan reddine, İstinaf yoluna başvuran tarafça yapılan istinaf harç ve yargılama giderlerinin istinaf yoluna başvuran davalı üzerinde bırakılmasına [...]” Samsun BAM 6. HD, 20.6.2017, E. 2017/1306, K. 2017/1318 (Kazancı).

¹²⁶⁴ “[...] Somut olayda; davacı vekili davalılardan M. Kökçü' den alacaklı olduğunu belirterek icra hukuk mahkemesinden aldığı yetkiye istinaden İİK' nun 121.maddesine dayanarak taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davasını açmıştır. Davanın açıldığı tarihte elbirliği mülkiyeti mevcut iken yargılama aşamasında el birliği mülkiyetinin sona erdirilerek paylı mülkiyete dönüş yapıldığı ve bu haliyle alacaklı davacının haczedilen payı doğrudan icra yoluyla satışını sağlayabileceği belirtilerek hukuki yarar yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili, 20/07/2018 tarihinde ortaklığın giderilmesi davası açtığı sırada paydaş dışındaki 3. şahıslara dava konusu taşınmazların satışı mümkün olmadığından, davacı davasını açarken ortaklığın satış suretiyle giderilmesini talep etmekte haklı olduğundan yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması ve davalılar aleyhine vekalet ücretine takdir edilmemesi yönündeki istinaf sebepleri yerinde olmamakla birlikte red edilen dava sonucunda davanın açılmasına bir anlamda davalı icra borçlusu M. Kökçü kusuru nedeniyle sebebiyet vermiş olduğundan yargılama giderleri ve vekalet ücretinden münhasıran bu davalının sorumlu olması gerektiğinden [...]”3. HD, 15.5.2019, E. 2019/437, K. 2019/482 (Kazancı).

davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, mahkeme, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir eder.

3. Davadan Feragat ve Davanın Kabulü Durumunda

Ortaklığın giderilmesi davasındaki feragat beyanı, bazı sonuçları açısından davanın geri alınması şeklinde değerlendirilmelidir¹²⁶⁵. Bununla birlikte, davalıların da davaya devam etmek istememeleri durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun feragat hâlinde yargılama giderlerine ilişkin hükmü uygulanabilir. Kanunun 312. maddesinin birinci fıkrasına göre, feragat beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir (HMK m. 312/1)¹²⁶⁶. Bu sebeple, yargılama giderlerinden davayı açan paydaş sorumlu olmalıdır. Yine bu ihtimâlde, davaya devam edilmesini istemeyen davalılar lehine ayrıca vekâlet ücretine hükmedilmelidir¹²⁶⁷.

Ortaklığın giderilmesi davasında kabul, sadece satış yoluyla paylaştırmanın istenmiş olduğu davada söz konusu olabilir¹²⁶⁸. Ancak bu ihtimalde dahi, davalının yargılama giderlerine mahkûm edilmesi kural olarak mümkün değildir. Yani kabul beyanında bulunan tarafın, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerine mahkûm edileceğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin birinci fıkrası burada uygulama alanı bulmaz. Zira çift taraflı davalardan olan ortaklığın giderilmesi davasında kazanan-kaybeden ayrımı bulunmaz. Bu davada kurulan hükümle her paydaş payına kavuşur.

¹²⁶⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. XI, A, 4.

¹²⁶⁶ Davanın geri alınması durumunda, Hukuk Muhakemelerini Kanunu'nun davanın açılmamış sayılması hâlinde yargılama giderlerini düzenleyen 331. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması gerektiği hakkında bkz. Aslan, **a.g.e.**, s. 341.

¹²⁶⁷ “[...] Somut olayda, davacı vekili 18.12.2012 tarihli dilekçesiyle davadan feragat etmiştir. Bu durumda mahkemece, feragat sebebiyle davanın reddine karar verilerek davada kendisini vekille temsil ettiren davalı H. İ., S. D., İ. D. ve T. D. yararına vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken vekalet ücretine hükmedilmemiş olması doğru görülmemiş [...]” Yarg. 14. HD, 3.6.2013, E. 2013/6315, K. 2013/8496 (Kazancı).

¹²⁶⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. XI, B, 3.

Bununla birlikte Hukuk Muhakeleri Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasının ortaklığın giderilmesi davasında uygulanması kanaatimizce uygun olur. Söz konusu hükme göre, davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermeyen ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş davalı, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez. Böyle bir durum, ortaklığın giderilmesi davasında da yaşanabilir. Örneğin, davalı paydaşlar, paylaşırma talebini ilk olarak cevap dilekçesiyle öğrenmiş olabilir. Oysa davacı, bu paydaşlar ile dava açılmadan önce görüşseydi, belki bu konuda dava açılmasına gerek kalmayabilirdi. Eğer açılan davada davalının kabulü sonucunda dava sona ererse, davalı yargılama giderlerine ödemeye mahkûm edilmemelidir¹²⁶⁹. Nitekim Yargıtay da, böyle bir durumda yargılama giderlerinden davacının sorumlu olması gerektiğine karar vermiştir¹²⁷⁰. Ancak davalılardan biri dahi davanın reddini isterse kanaatimizce artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanamaz¹²⁷¹. Zira bu ihtimâlde dava, davanın kabulü ile değil davanın esastan veya usûlden reddi ile sonuçlanacaktır.

¹²⁶⁹ Umar, **Şerh**, s. 925; ayrıca bkz. Bilge Umar, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1967, s. 134, 135.

¹²⁷⁰ “[...] Somut olaya gelince, davalılar taraf teşkili sağlandıktan sonra ilk duruşma oturumu olan 13.12.2012 tarihinden önce davayı kabul etmişlerdir. Davacılar tarafından davalı taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi talebi ile açılan 2012/717 Esas sayılı dosyada henüz duruşma günü verilmediği ve çekişmeye konu taşınmaz üzerindeki muhdesat ile ilgili davalıların beyanlarının sorulmadığı anlaşılmıştır. Bu halde davalıların hal ve davranışları ile eldeki davanın açılmasına sebep olmadıkları açıktır. Az yukarıda açıklanan hukuksal olgular ve davalıların ilk duruşma oturum gününden önce davayı kabul ettikleri gözetildiğinde yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmamalarını gerektiren koşulların somut olayda gerçekleşmiştir [...]” Yarg. 8. HD, 21.3.2014, E. 2014/3700, K. 2014/4898 (Lexpera).

¹²⁷¹ Duruma göre, yargılama giderlerinden davanın reddini isteyen paydaşın tek başına sorumlu olabileceği hakkında bkz. § 15, B, 1, b.

XVI. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Kanun Yolları

A. İstinaf

1. Genel Olarak

Mahkemelerce verilen nihaî kararların doğrulunun denetlenmesi için başvurulmuş ve bu başvuruyla uyuşmazlığın bir üst derece yargı organına aktarılmasını sağlayan ve kararın kesinleşmesini önleyen imkânlar kanun yolu adı verilir¹²⁷². Hukukumuzda kanun yolları istinaf ve temyiz olmak üzere ikiye ayrılır¹²⁷³. Buna göre, nihaî bir karara karşı, şartları varsa öncelikle istinafa; bunun sonrasındaysa temyiz yoluna başvurulur (HMK m. 341; m. 361).

Ortaklığın giderilmesi davasında nihaî karar, 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilmişse öncelikle istinaf yoluna başvurulmalıdır¹²⁷⁴. Bu dava, istinafa başvuru şartları açısından, diğer davalara göre temel bir farklılık arz etmez.

¹²⁷² Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 35; ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, **İstinaf**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005; Önen, **Yargılama**, s. 293; kanun yolu kavramı hakkındaki diğer görüşler için ayrıntılı olarak bkz. Akkaya, **İstinaf**, s. 34 vd.

¹²⁷³ Akkaya, **İstinaf**, s. 36; Özkes, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2159 vd; ayrıca bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 593 vd, 656.

¹²⁷⁴ 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilmiş kararlar için, şartları varsa öncelikle temyize ve sonrasında karar düzeltme yoluna başvurulabilir (HMK Geçici Madde 3/2). Ortaklığın giderilmesi davasında nihaî karar, 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilmişse, ilgili kanun yolu sadece temyiz olur. Temyiz kanun yolu açısından genel kurallar, burada da geçerli olur. Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 09.02.2018 tarih ve 1 sayılı kararı gereğince, ortaklığın giderilmesi davasında temyiz incelemesi, 14. Hukuk Dairesinde yapılır (<https://www.yargitay.gov.tr/documents/ek1-1521634801.pdf>) (Erişim: 20.09.2018). Ancak bu davada paydaşlardan biri, kat mülkiyet kurularak ortaklığın giderilmesi talep etmişse, inceleme yeri, aynı karar gereğince, 20. Hukuk Dairesi olacaktır. Bu konuda bkz: “[...] Dava, kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 6723 sayılı Kanunun 21. maddesi ile değişik 60/3. maddesi gereğince, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun Hukuk Dairelerinin işbölümünü düzenleyen 20.01.2017 tarihli ve 2017/1 sayılı Kararına ve davanın açıklanan niteliğine göre temyiz inceleme görevi Yargıtay (20.) Hukuk Dairesine ait bulunmaktadır [...]” Yarg. 14. HD, 12.03.2018, E. 2018/1396, K. 2018/1990 (karararama.yargitay.gov.tr).

5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 440. maddesine göre, Yargıtay’ın kararlarına karşı, şartları varsa, karar düzeltme başvurusu

Ortaklığın giderilmesi davası malvarlığına ilişkin olduğundan, istinafa başvuru için, dava değerinin (2019 yılı için) 4.400 TL ve üzeri olması gerekir (HMK m. 341/2). Aksi takdirde karara karşı istinaf yolu kapalıdır. Dava değeri, kanun yoluna başvuran paydaşın payının değil paylaştırılması istenen şeyin tamamı üzerinden hesaplanır. Zira bir paydaşın hükmü kanun yoluna taşınması, paylaştırılması istenen şeyin tamamını etkiler.

Ortaklığın giderilmesi davasında verilen nihaî karara karşı istinaf süresi, kararın tebliğinden itibaren iki haftadır (HMK m. 345/1) Karar, paydaşlardan her birine farklı tarihlerde tebliğ edilirse, sürenin başlangıç anı her biri için değişiklik gösterir.

Tarafların istinafa başvurmaları için hukukî menfaati bulunmalıdır¹²⁷⁵. Paylaştırma kararı verilmesine rağmen, davacının istediği tarzda bir paylaştırmaya hükmedilmemişse, davacının hükmü istinafa götürmekte hukukî menfaati vardır. Hatta bazen davacı, talep ettiği paylaştırma türü doğrultusunda kurulan hükmü de istinafa taşıyabilir. Örneğin, aynen paylaştırma kararı verilmiş olmasına rağmen, davacıya talep etmiş olduğu parçanın özgülenmemesi durumunda, kural olarak istinaf söz konusu olabilir.

yapılabilir. Aynı Kanunun 440. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, bazı davalar haricinde, sulh hukuk mahkemesi kararları hakkındaki Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yolu kapalıdır. Hariç tutulan davalar arasında ortaklığın giderilmesi davası yer almadığından, bu davalar bakımından da karar düzeltme yoluna başvurulamaz. Ancak aynı fıkra göre, Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan doğan davalar için karar düzeltme yolu açıktır. Bundan yola çıkan Yargıtay, taraflardan birinin kat mülkiyetine geçilmesini talep ettiği davalar açısından karar düzeltme yolunun açık olduğuna hükmetmiştir. Bu konuda bkz. “[...] *Anataşınmazdaki ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda, taşınmaz üzerinde yapı bulunması ve taraflardan birinin aynen taksimi veya kat mülkiyeti kurularak ortaklığın giderilmesini istediği takdirde, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi yönünde yargılama yapılması gerekmekte olup, 6100 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinin ve 5235 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin göndermesiyle uygulanmasına devam edilen HUMK’nın 440/III-2 bendinde karar düzeltmesi yoluna gidilemeyecek davalardan Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan davaların hariç tutulduğu düşünülmeksizin davalının karar düzeltme talebinin reddi doğru görülmediğinden [...]*” Yarg. 20. HD, 27.2.2018, E. 2017/6167, K. 2018/1541 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹²⁷⁵ İstinaf başvurusunda hukukî menfaat hakkında bkz. Akkaya, **İstinaf**, s. 129 vd; ayrıca bkz. Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2216 vd.

Bu dava, istinaf sebepleri¹²⁷⁶ açısından, diğer davalardan farklı değildir. Bu davada hâkimin paylaşırma türü konusundaki takdir hakkını kötüye kullanması durumunda da istinafa başvurulabileceği özellikle belirtilmelidir¹²⁷⁷.

Satış hükmü verildikten sonra, satış işlemlerine karşı yapılacak itiraz ve şikâyetler açısından sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Ancak bu mahkeme, bu incelemeyi icra mahkemesi gibi yapar¹²⁷⁸. Acaba sulh hukuk mahkemesinin bu konuda vereceği kararlara karşı yapılacak kanun yolu başvurularında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu mu yoksa İcra ve İflâs Kanunu hükümleri mi uygulanmalıdır? Bir yandan istinafa müracaat (süre ve istinaf değeri) açısından farklı sonuçlar doğurabilmesi, diğer yandan bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz imkânı olup olmadığının belirlenmesi için bunun tespit edilmesi gerekir. Yargıtay’a göre, burada İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanamaz¹²⁷⁹.

Kanaatimizce karar isabetli olmayıp bu başvuru açısından İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanmalıdır¹²⁸⁰. Zira hem satış işlemleri hem de sulh hukuk mahkemesinin itiraz veya şikâyet incelemesinde, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanır. Çünkü sulh hukuk mahkemesi bunu icra mahkemesi gibi inceler. Nitekim örneğin ihalenin feshi davası taraflarının duruşmaya katılmasa da dosyanın işlem den kaldırılmaması, sulh hukuk mahkemesinin İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini uygulamasının bir sonucudur¹²⁸¹. Yargılama aşamasında bu Kanun hükümleri uygulanıp verilen kararlar açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanması çelişkili bir durum ortaya çıkarır. Yine eğer burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirse, örneğin ihalenin feshi kararına karşı temyiz yolu da kapalı olacaktır. Oysa her ne kadar

¹²⁷⁶ İstinaf sebepleri hakkında genel olarak bkz. Akkaya, **İstinaf**, s. 351 vd; ayrıca bkz. Yılmaz, **İstinaf**, s. 62 vd; Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2206 vd

¹²⁷⁷ Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17.

¹²⁷⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. VI, A, 4.

¹²⁷⁹ “[...] Sulh hukuk mahkemesinin ortaklığın giderilmesi kararı sonucunda İİK hükümlerine göre gerçekleştirilen ihalenin feshine ilişkin kararın temyizi HUMK’nun 437. maddesi gereğince, sulh mahkemesi kararının taraflara tebliğinden itibaren [...]” Yarg. 12. HD, 27.11.2007, E. 2007/19544, K. 2007/ 22237 (e-uyar).

¹²⁸⁰ Aynı yönde bkz. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 79.

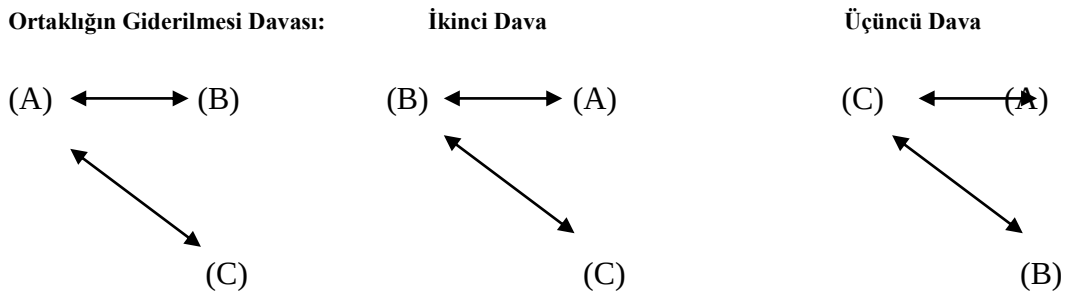
¹²⁸¹ Yarg. 12. HD, 13.6.2006, E. 2006/10245, K. 2006/12677 (Kazancı).

amaçları farklı olsa da, ortaklığın giderilmesi için yapılan ihalenin feshi ile hacizli malın satılması için yapılan ihalenin feshinde, tarafların menfaati açısından, önemli bir fark bulunmaz.

Böylece sulh hukuk mahkemesinin vermiş olduğu karar, istinaf edilebilen kararlardan¹²⁸², buna karşı müracaat süresi, tefhim veya tebliğden itibaren on gün olmalıdır (İİK m. 363/1)¹²⁸³. Ayrıca eğer şartları varsa, bölge adliye mahkemesinin buna yönelik kararı da temyiz edilebilmelidir (İİK m. 364/1)¹²⁸⁴.

2. Taraflar

Ortaklığın giderilmesi davasında taraflar arasında kurulan usûlî ilişki, diğer davalardakinden farklıdır¹²⁸⁵. Zira bu davada sadece davacı ile davalı arasında değil aynı zamanda davacı ya da davalı tarafta bulunan paydaşların kendi aralarında dahi bir usûlî ilişki kurulur. Zira çalışmanın birinci bölümünde de ifade edildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında davalı, sanki bir karşı dava açmış gibi değerlendirilmelidir¹²⁸⁶. Dolayısıyla her ne kadar görünürde tek bir dava olsa bile gerçekte paydaş sayısı kadar dava mevcuttur. Örneğin (A); (B) ve (C)'ye karşı ortaklığın giderilmesi davası açmış olsun. Burada her ne kadar görünürde sadece (A)'nın açmış olduğu dava bulunsun da, gerçekte (B) ve (C) de dava açmış gibi değerlendirilir. Bu durum, aşağıdaki şema yardımıyla gösterilebilir:



¹²⁸² İcra mahkemesinin satış ilânının iptali veya satışın durdurulmasına ilişkin kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulamaz (İİK m. 363). Kanun yolu açısından bu hükmün uygulanması gerektiğinden, sulh hukuk mahkemesinin bu kararlarına karşı da istinaf yolu kapalı olmalıdır.

¹²⁸³ Karş. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 79

¹²⁸⁴ Karş. Kuru, **İcra-İflâs**, s. 78 vd.

¹²⁸⁵ Bu konu hakkında bkz. yuk. II, Ç.

¹²⁸⁶ Bu konu hakkında bkz. yuk. III, B.

Görüldüğü üzere, her bir paydaşın karşısında, kendisi dışındaki paydaşlar yer alır. Böylece (A) için karşı taraf (B) ve (C); (B) için karşı taraf (A) ve (C); (C) için karşı taraf ise (A) ve (B) olacaktır. Bu şekilde yapılan tespitin zorunlu bir sonucu da, her bir paydaşın usûl işlemi yaparken diğer paydaşların tamamını muhatap alması gereğidir. Kanun yoluna başvuru da bir usûl işlemi olup bu işlemi yapan paydaşın karşısında kendisi dışında kalan diğer paydaşlar yer almalıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasında, her paydaş diğerinden bağımsız olarak hareket edebilir. Dolayısıyla her paydaş, diğer paydaşlardan bağımsız olarak hükmü tek başına kanun yoluna taşıyabilir. Örneğin, (B) dava sonunda verilen hüküm için istinaf yoluna başvurabilir. Nasıl ki ilk derece yargılamasında tüm paydaşların (davacı ya da davalı tarafta olsun) davada yer almaları zorunluysa, kanun yolu yargılamasında da bunların tamamının bulunmaları zorunludur¹²⁸⁷. Dolayısıyla kanun yolu yargılamasında (B)'nin karşı tarafında (A) ve (C) yer alacaktır. Kanun yolu incelemesi sonucu hepsi için aynı yönde tek bir karar verilmesi zorunludur. Zira ortaklığın giderilmesi davasında tüm paydaşlar için ortak bir karar verilmesi gerekir¹²⁸⁸.

Yargıtay'a göre, ilk hükmü kanun yoluna götürmeyen paydaş dahi, daha sonra yapılan yargılamada verilen hükmü kanun yoluna taşıyabilir. Bu karara konu olan olayda, davalılardan biri kararı temyiz etmiş; Yargıtay, hükmü taraf teşkilindeki eksiklik sebebiyle bozmuş; ilk derece mahkemesi kararında direnmiştir. Bunun üzerine bu sefer diğer davalı, direnme kararını temyiz etmiştir. Yargıtay, ilk hükmü temyiz etmemiş olan bu davalının da sonradan hükmü temyiz etme hakkı olduğuna karar vermiştir¹²⁸⁹.

¹²⁸⁷ Brückner/Weibel, **a.g.e.**, s. 118.

¹²⁸⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, B, 2.

¹²⁸⁹ “[...] Kural olarak ilk hükmü temyiz etmeyen tarafın direnme kararını temyize de hakkı bulunmamaktadır. Ne var ki eldeki dava ortaklığın giderilmesine ilişkin olup, hukuksal nitelikçe çift taraflı davalardandır. Bu niteliği gereği diğer davalardan farklı olarak ilk hükmü temyiz etmemiş olanlar yönünden mahkeme kararının kesinleşmiş olduğundan söz edilemez. Zira, davalının geçerli olan istemi bakımından bunların hepsi için davanın devam ettiğinin kabulü gerekir. Bu durum, ortaklığın giderilmesini isteme hakkından ve davanın açıklanan niteliğinden kaynaklanan bir özellik olup, paydaşların hepsini etkilendirecek bir karar

Yargıtay'ın vardığı sonuç, yukarıda şema ile ortaya koyduğumuz tespitle bire bir örtüşmektedir. Esasen paydaşlardan herhangi birinin kanun yoluna başvurusu, zorunlu olarak diğerlerinin de kanun yolu aşamasında bulunmasına neden olur. Bunun doğal bir sonucu da, hükmün hiçbir paydaş için kesinleşmemesidir¹²⁹⁰. Hüküm henüz kesinleşmediğinden, tüm paydaşlar ilk derece mahkemesinin daha sonra kurmuş olduğu hükmü kanun yoluna götürebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de, çift taraflı davalardan olan mirasın paylaştırılması davasında her bir mirasçı, diğerinden bağımsız olarak hükmü kanun yoluna götürebilir. Bu ihtimâlde, hükme karşı istinafa başvurmamayanlar, istinaf dilekçesinde karşı taraf olarak gösterilmelidir. Aksi takdirde başvurunun reddi gerekir¹²⁹¹. Bu durum, ilk derece yargılamasında aynı tarafta yer alan dava arkadaşlarının kanun yolu aşamasında diğer tarafa geçmesi anlamına gelebilir¹²⁹². Buradan hareket eden bir görüşe göre, bu ihtimâlde taraf değişikliği hükümleri uygulanmalıdır¹²⁹³. Taraf değişikliği açısından bu görüş, kanaatimizce isabetli değildir. Zira ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı yapısı gereği, taraf rollerindeki değişiklik açısından taraf değişikliği hükümlerinin uygulanmasına gerek yoktur¹²⁹⁴.

verilmedikçe ortaklığın giderilmesi de söz konusu olamaz. Aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 18.12.1963 gün ve 1963/6-24 esas, 1963/67 sayılı ilamında da açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle davalı Ali'nin direnme kararının temyize hakkı olduğu kabul edilerek temyiz isteminin incelenmesine geçilmiştir [...]" Yarg. HGK, 27.6.2001, E. 2001/6-553, K. 2001/562 (Kazancı).

¹²⁹⁰ "[...] *Davanın reddine ilişkin kararı temyiz etmemiş olanlar bakımından kararın kesinleşmiş olduğu kabul edilemez. Taraflardan birisi temyiz edip karar bozulmuş ise bozma kararı temyiz etmeyen paydaşları da etkiler. Paydaşların hepsini etkileyecek bir karar verilmedikçe ortaklığın giderilmesi söz konusu olamaz [...]*" Yarg. HGK, 3.3.2004, E. 2004/18-140, K. 2004/135 (Kazancı); "[...] *Ortaklığın giderilmesi davalarında bozmadan sonra temyiz eden ve etmeyen bütün taraflara tebligat yapılarak duruşma icrası gerekir. Bu yoldaki davaların özelliği sebebiyle temyiz etmeyenler veya temyiz dilekçeleri reddedilmiş olanlar hakkında hükmün kesinleşmiş olduğu kabul edilemez [...]*" Yarg. 6. HD, 17.09.1963, E. 1963/5136, K. 1963/3542 (C. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 266).

¹²⁹¹ BGE, 130 III, 550 ff.

¹²⁹² Taraflar arasında menfaat çatışması yaratabileceği için avukatın bu durumda istifa etmesi gerekebileceği hakkında bkz. yuk. VIII, E, 2.

¹²⁹³ Brückner/Weibel, **a.g.e.**, s. 116; Stazzer, **a.g.m.**, s. 118.

¹²⁹⁴ Bu konu hakkında bkz. § 8, D.

B. Temyiz

1. Temyiz Kanun Yolunun Kural Olarak Kapalı Olması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin 1. fıkrasında, temyiz edilemeyen bölge adliye mahkemesi kararları sıralanmıştır. Bu fıkranın (b) bendine göre, bazı davalar hariç olmak üzere sulh hukuk mahkemesinin görevine giren davalarla ilgili bölge adliye mahkemesinin verdiği kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır. Hariç tutulan davalar arasında, ortaklığın giderilmesi davası yer almamaktadır. Bu sebeple bölge adliye mahkemesinin ortaklığın giderilmesi davasıyla ilgili olarak vermiş olduğu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz¹²⁹⁵.

2. Kat Mülkiyeti Kurulmak Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi Talebi Üzerine Verilen Kararlar

Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan ve taşınmazın aynını ilgilendiren kararlar için temyiz yolu açıktır (HMK m. 362/1-b). Ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyetin kat mülkiyetine geçilmek suretiyle sona erdirilmesi talep edilmişse, mahkemenin incelemesi de esas olarak Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre olacaktır.

Yargıtay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından, bu kararlara karşı karar düzeltme yolunun açık olduğunu kabul etmiştir¹²⁹⁶. Aynı durumun, yeni kanun

¹²⁹⁵ “[...] Temyiz edilemeyen kararlar başlıklı 362/1-b maddesinde "4 üncü maddede gösterilen davalar ile (23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan doğup taşınmazın aynına ilişkin olan davalar hariç) özel kanunlarda sulh hukuk mahkemesinin görevine girdiği belirtilen davalarla ilgili kararlar" hükmü yer almaktadır. HMK'nın 4. maddesinde münhasıran Sulh Hukuk Mahkemesinin görev alanına giren ortaklığın giderilmesi talebine ilişkin olan ve 20.06.2016 tarihinden sonra verilen kararlar temyiz kanun yoluna tabi değildir [...]” Yarg. 14. HD, 22.03.2018, E. 2018/1212, K. 2018/2260 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹²⁹⁶ “[...] Anataşınmazdaki ortaklığın giderilmesine ilişkin davalarda, taşınmaz üzerinde yapı bulunması ve taraflardan birinin aynen taksimi veya kat mülkiyeti kurularak ortaklığın giderilmesini istediği takdirde, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi yönünde yargılama yapılması gerekmekte olup, 6100 sayılı Kanunun geçici 3. maddesinin ve 5235 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinin göndermesiyle uygulanmasına devam edilen HUMK'nın 440/III-2 bendinde karar düzeltmesi yoluna gidilemeyecek davalardan Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan davaların hariç tutulduğu düşünülmeksizin davalının karar düzeltme talebinin reddi doğru görülmediğinden [...]” Yarg. 20. HD, 27.2.2018, E. 2017/6167, K. 2018/1541 (karararama.yargitay.gov.tr).

yolu sisteminde temyiz bakımından da kabul edilmesi tutarlı olur. Böylece taraflardan biri kat mülkiyetine geçilmesini talep etmişse, bu davada verilen karar açısından istinaf ve sonrasında temyiz yoluna başvuru mümkündür.

Temyiz yoluna başvurulabildiği durumlarda kararın temyiz edilmesi, tüm taraflar için hükmün kesinleşmesini önler. Temyiz aşamasında tüm paydaşların yer alması ve kanun yolu incelemesi sonucu çıkan kararın tüm paydaşları etkilemesi açısından, istinaf için yukarıda tespit edilen hususlar, temyiz açısından da geçerlidir.



XVII. Yargılamanın İadesi Açısından Ortaklığın Giderilmesi Davası

A. Ortaklığın Giderilmesi Davasında Yargılamanın İadesi

Yargılamanın iadesiyle, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı yargılamanın tekrar edilmesi amaçlanır¹²⁹⁷. Yargılamanın iadesine ilişkin sebepler kanunda sınırlı olarak sayılmıştır (HMK m. 375).

Ortaklığın giderilmesi davasında verilen ve kesinleşen hükümler için de yargılamanın iadesi istenebilir. Aynen paylaşırma ya da satış hükmünün her ikisi de maddî anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğundan, bunlara karşı yargılamanın iadesi talep edilebilir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, ortaklığın giderilmesi davasında tüm paydaşların davada yer almaları gerekir¹²⁹⁸. Bir veya birkaç paydaşın eksik olduğu yargılama sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, davada yer almamış olan paydaşların yargılamanın iadesi isteyip istemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargılamanın iadesini kural olarak sadece ilk davanın tarafları isteyebilir¹²⁹⁹. Ne var ki Yargıtay, kanaatimizce de haklı olarak, ortaklığın giderilmesi davasında bu kuraldan ayrılmaktadır¹³⁰⁰. Yargıtay’a göre, ilk davada taraf

¹²⁹⁷ Bilge Umar, “Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme”, **İÜHFİM**, 1963/1-2, s. 262 vd; Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977, s. 14; Mert Namlı, **Türk ve Fransız Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi**, Beta, İstanbul, 2014, s. 89; ayrıca bkz. Karafakih, **Usul**, s. 264; Berki, **Usûl**, 92; Önen, **Yargılama**, s. 337; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 655 vd.

¹²⁹⁸ Bu konu hakkında bkz. yuk. VIII, B.

¹²⁹⁹ Bu kural ve istisnaları hakkında bkz. Arslan, **Yenileme**, s. 134 vd; Namlı, **a.g.e.**, s. 377 vd; ayrıca bkz. Umar, **İade**, s. 289; üçüncü kişilerin yargılamanın yenilenmesini isteyebileceği bir durum için bkz. HMK m. 376.

¹³⁰⁰ “[...] Davada bütün paydaş veya ortakların yer alması zorunludur. Kısaca, ortaklığın giderilmesi davasında, davacı paydaş veya ortak, diğer paydaş ya da ortakların hepsini, eksiksiz olarak dava etmek zorunda olup, davacıyı aynı zamanda davalı, davalıyı da aynı zamanda davacı haline getiren bir özellik bulunduğundan, genel usul hükümlerinin uygulanması bakımından bu davalar ayrıcalık taşır. O halde, bir usul kuralı uygulanırken, davanın özelliğinin gözden uzak tutulmaması gerekir. Davacının, bir ya da birkaç paydaşı davalı olarak göstermemesi nedeniyle, taraflı olmadıkları ortaklığın giderilmesi davasında verilen hüküm ile hakkı ihlal olunan bir ya da birkaç paydaşın, o hükmü temyiz hakkı

teşkili sağlanmamış olması yargılamanın iadesi sebebi olup, davada yer almamış olan paydaş yargılamanın iadesini isteyebilir¹³⁰¹. Bununla birlikte, Yargıtay, yakın tarihli bir kararında daha farklı bir çözümü benimsemiş görünmektedir. Yargıtay kararına konu olan olayda, davada yer almayan paydaş, hükmün kesinleşmesine rağmen davada yer almamış olması sebebiyle temyiz yoluna başvurmuş; Yargıtay, bu talebi reddetmeyip, bilâkis davada yer almayan paydaş hakkında hükmün kesinleşmesi söz konusu olamayacağından hareketle kesinleşme şerhini kaldırmış ve işin esasına geçtikten sonra, taraf teşkilinin sağlanması amacıyla ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmü bozmuştur¹³⁰². Kanaatimizce davada hiç yer almamış tarafın o davada kesinleşmiş bir hükme karşı kanun yoluna başvurması mümkün değildir. Zira kesinleşmiş bir hükme karşı yargılamanın iadesi dışında bir yol kural olarak mümkün değildir. İlk derece mahkemesi, taraf teşkilinde yanılgıyı düşmüş ve örneğin dört paydaşın sahip olduğu bir taşınırın paylaşılmasına ilişkin yargılama üç paydaş

bulunduğu gibi; aynı şekilde, ortaklığın giderilmesi davası sonucunda haklarını haleldar eden hükmün yargılamanın iadesi yolu ile ortadan kaldırılmasını isteyebileceği, eş söyleyişle yargılamanın iadesi yoluna başvurmakta hukuki yararı bulunduğu kabulü gerekir [...]” Yarg. HGK, 13.04.2005, E. 2005/6-229, K. 2005/259 (Uyar Mevzuat); ayrıca bkz. Kuru, **İstinafa Göre**, s. 573.

¹³⁰¹ “[...] Davacı vekili dava dilekçesinde; Samsun 4. Asliye Hukuk Mahkemesine ait 2001/767 Esas, 2002/59 Karar sayılı ilam ile müvekkilin de pay sahibi olduğu 2220 ada 1 parsel nolu taşınmaz hakkında ortaklığın giderilmesi davası açılarak müvekkiline hiçbir tebligat yapılmadan, davalı taraf olması gerekirken hiçbir şekilde davalı sıfatı kazandırılmadan Samsun 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2002/865 Esas 2007/1966 sayılı kararı ile satış suretiyle ortaklığının giderilmesine karar verildiğini belirterek yargılamanın iadesini istemiştir. Davalı belediye vekili davanın süresinde olmadığını ve davanın reddini savunmuştur. Davacı, her ne kadar yargılamanın iadesini istediği ortaklığın giderilmesi davasında taraf değil ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.4.2005 tarih 2005/6-229 Esas, 2005/259 Karar sayılı ilamı gereğince tarafı olmadığı ortaklığın giderilmesi davasında verilen hüküm ile hakkı ihlal olunan paydaş hükmün yargılamanın iadesi yoluyla ortadan kaldırılmasını isteyebileceğinden davacının dava açmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır [...]” Yarg. 6. HD, 21.06.2011, E. 2011/4500, K. 2011/6831 (Lexpera).

¹³⁰² “[...] Her ne kadar gerekçeli kararın 21.10.2016 tarihinde kesinleştirildiği ve kesinleşme şerhi verildiği görülmekte ise de, hükmü temyiz eden ...'ın davada taraf olarak yer almadığı sonucuna varıldığından, hükmün kesinleştiğinden de söz edilemez. Bu durumda ...'ın temyiz istemi kabul edilerek kesinleşme şerhinin kaldırılmasına karar verilmiş ve işin esasının incelenmesine geçilmiştir. Yukarıda değinilen ilkelere göre 32 parsel sayılı taşınmazın tapu kayıt maliklerinin, ölmüş iseler mirasçılarının davada taraf olarak yer almaları gerekir. Davada taraf olarak gösterilen kişilerin tapu kayıt malikleri ile irtibatı sağlanmaksızın, taraf teşkili koşulu yerine getirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 14. HD, 22.5.2019, E. 2018/4027, K. 2019/4660 (Kazancı).

arasında görülmüş olabilir. Ancak bu yanlışlı değerlendirme sonucu oluşan hüküm kesinleşmiş ve artık kesin hüküm etkisine sahip olmuşsa, bu etkinin artık temyiz yoluyla kaldırılması mümkün değildir. Taraf teşkilinde bir hatanın olup olmadığı ancak yargılamanın iadesi başvurusuyla incelenecek olup, bu hususun hüküm kesinleştikten sonra Yargıtay tarafından incelemesi ve kesinleşen hükmü bozması, kesin hükmün niteliğine aykırıdır.

Ortaklığın giderilmesi davasında verilen hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasından sonra yargılamanın seyri, yargılamanın iadesinin istenmiş olduğu paylaşırma hükmüne göre değişiklik gösterir. Dolayısıyla yargılamanın iadesi, aynen paylaşırma ve satış yoluyla paylaşırma hükümleri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

B. Yeniden Yargılama Talebinin Kabulü Sonrasında Verilecek Kararlar ve Bunların Sonuçları

1. Kararın Onanması

Yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesinden sonra, önceki hüküm onanabilir veya kısmen yahut tamamen değiştirilebilir ya da iptal edilebilir (HMK m. 380). Kararın onanması, ilk davada verilen hükmün değiştirilmediği anlamına gelir. Böylece ilk dava ile ortaya çıkan sonuçlar da korunmuş olur.

Ortaklığın giderilmesi davası için yeniden yapılan yargılamada da bu kararlar dışında başka bir karar verilemez¹³⁰³. Yargıtay'a göre, "ortaklık ilişkisinin devamına" şeklinde bir karar verilmesi mümkün değildir¹³⁰⁴. Kanaatimizce bu karar isabetlidir.

¹³⁰³ "[...] Somut olayda; 6100 sayılı HMK'nın 380. maddesi (HUMK'nın 450. maddesi) gereğince yargılamanın iadesi sebebi sabit görülürse yeniden yargılama yapılarak ortaya çıkacak duruma göre verilmiş olan kararın onanması veya kısmen ya da tamamen değiştirilmesi şeklinde bir karar verilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece yargılamanın iadesi sebebi kabul edildiği halde ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin kararın onanması veya kısmen ya da tamamen değiştirilmesine karar verilmesi gerekirken önceki tapu kaydı dikkate alınarak ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir [...]" Yarg. 14. HD., 10.7.2014, E. 2014/2113, K. 2014/9276 (Lexpera).

¹³⁰⁴ "[...] Kabul şekli itibari ile de; iade davasının kabulü halinde ne gibi muamele yapıp karar verileceği Usulün 450. maddesinde gösterilmiştir... Bu hükmünde, iade davasının kabulü

Zira bu sonuç, duruma göre kararın onanması ya da tamamen değiştirilmesiyle kendiliğinden ortaya çıkar. Bu sebeple kararda, bu ifadenin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

2. Kararın Değiştirilmesi

a. Satış Hükümünün Değiştirilmesi

(1) Hükümün Henüz Tamamen İcra Edilmemiş Olması Durumunda

Kararın değiştirilmesi tamamen veya kısmen olabilir. İlk davada ortaklığın giderilmesi talebi reddedilmiş olmasına rağmen yeniden yapılan yargılamada bu talep kabul edilirse ya da tersi bir durumda, karar tamamen değiştirilmiş olur. Paylaştırma türüne ilişkin hükümün değiştirilmesi ise, kanaatimizce kararın kısmen değiştirilmesi olarak nitelendirilebilir. Örneğin, ilk davada aynen paylaştırma hükmü kurulduktan sonra yeniden yapılan yargılamada satış hükmü verilirse, karar tamamen değil kısmen değiştirilmiş olur.

Satış hükmü verildikten sonra, yeniden yapılan yargılamada dava reddedilirse, ilk hükmün icrası olduğu yerde durur¹³⁰⁵. Böylece satışa yönelik işlemler durur. Davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesiyle de icra edilen bölüm eski duruma getirilir¹³⁰⁶.

halinde yeniden yargılama yapıp belirecek hale göre evvelce verilmiş olan kararın tastik veya kısmen veya tamamen tadil edilmesi öngörüldüğü halde iade davacısının ortaklığının devamına şeklinde karar verilmesi de hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir [...]” Yarg. 6. HD, 14.3.1991, E. 1991/3148, K. 1991/3583 (<https://goo.gl/yZmoau>) (Erişim: 20.09.2018).

¹³⁰⁵ Genel olarak karşı. Arslan, **Yenileme**, 171; Namlı, **a.g.e.**, s. 477; şartlarının bulunması durumunda mahkeme de icranın durdurulmasına karar verebilir (HMK m. 381/1).

¹³⁰⁶ Arslan, **Yenileme**, 171; Namlı, **a.g.e.**, s. 477.

Satış hükmü verildikten sonra, yeniden yapılan yargılamada aynen paylaşırma kararı verilirse, satış hükmünün icrası olduğu yerde durur. Aynen paylaşırma kararı kesinleştiğinde de bunun icrasına yönelik işlemler yapılır¹³⁰⁷.

(2) Hükmün İcra Edilmiş Olması Durumunda

Ortaklığın giderilmesi davasında satış hükmü tamamen icra edilmiş olabilir. Böylece paylı mülkiyete konu şeyin mülkiyeti başka bir kişiye geçmiş olur. Mülkiyetin başka bir kişiye geçmesinden sonra, satış yoluyla paylaşırma hükmüne karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulup bulunulamayacağının üzerinde durulması gerekir.

Açık arttırma sonunda, ihale alıcısı taşınmazın mülkiyetini ihale anında elde eder ve ihalenin kesinleşmesiyle bu taşınmaz tapu sicilinde onun adına işlenir (TMK m. 705/1, İİK m. 135/1). Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur (TMK m. 1023).

Yargıtay’a göre, mahkemenin önceki kararını iptal etmesinin, kesinleşen ihalenin hüküm ve sonuçları üzerinde bir etkisi olmaz¹³⁰⁸. Başka bir anlatımla, ortaklığın giderilmesi davasında verilen satış hükmü iptal edilse bile, taşınmazı ihale ile elde eden üçüncü kişi mülkiyeti kaybetmiş olmaz. Öyleyse kanaatimizce satış hükmünün tamamen icra edilmesinden sonra, satış hükmünün değiştirilmesi için yeniden yargılama talep edilmesinde hukukî menfaat bulunmaz.

¹³⁰⁷ Bu konu hakkında bkz. yuk. XIV, A, 1, a, (3).

¹³⁰⁸ “[...] İhalede sonra hissedarın yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurusu üzerine 1. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 21/01/2016 tarih ve 2014/2980 E. - 2016/139 K. sayılı kararı ile; yargılanmanın yenilenmesi talebinin kabulüne, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine dair verilen kararın iptaline karar verilmiş olduğu görülmekte ise de, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine dair verilen kararın iptal edilmesinin kesinleşen ihalenin hüküm ve sonuçları üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Kaldı ki yargılamanın yenilenmesi davasında verilmiş tescile engel bir tedbir kararı da ibraz edilmediği görülmektedir. Bu durumda ihale bedeli alınıp, ihalenin feshi şikayetini sonuçlandıran karar kesinleştiğine göre, taşınmazın alıcı adına tescili için tapu sicil müdürlüğüne yazı yazılması gerekir. Hissedar tarafından ortaklığın giderilmesi kararına yönelik açılan yargılamanın yenilenmesi davasının sonucu, kesinleşen ihalede taşınmazın alıcı adına tesciline engel olmaz [...]” Yarg. 12. HD, 06.04.2017, E. 2017/1911, K. 2017/5668 (Kazancı).

Buna karşılık, özellikle yargılamanın iadesine kendi hareketleriyle sebep olan taraf, taşınmazı ihale ile elde ederse, onun mülkiyet hakkı kanaatimizce artık korunamaz¹³⁰⁹. Örneğin, tebligat hilesi yaparak bir paydaşın ortaklığın giderilmesi davasında yer almasını engelleyen paydaş, dava sonunda yapılan artırma ile taşınmazı elde etmiş olabilir. Eğer tebligat hilesi sebebiyle davada yer alamayan paydaş, satış yoluyla paylaşırma hükmüne karşı yargılamanın iadesini ister ve yapılan yargılama sonucunda satış hükmü iptal edilirse, taşınmazı açık artırma sonucu edinen paydaşın mülkiyet hakkı korunmaz. Zira bir aynî hakkın yolsuz olarak tescil edildiği bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz (TMK m. 1024/1). Nitekim Yargıtay da aynı sonuca varmıştır¹³¹⁰.

Yukarıdaki ihtimâlde yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir. Bu noktada yeniden yargılamanın istenmiş olduğu sulh hukuk mahkemesinin, aynı zamanda tapudaki tescilin iptaline ilişkin bir hüküm kurup kuramayacağının da üzerinde durulmalıdır. Başka bir anlatımla, yeniden yapılan yargılama sonunda, ilk hükme dayanılarak yapılan satış ve bu satış sonucunda ihale alıcısı adına oluşturulan tapu sicilindeki tescilin iptali kararı verip veremeyeceğinin incelenmesi gerekir. Yargıtay’a göre, sulh hukuk mahkemesi sadece yargılamanın iadesi hakkında karar vermeye yetkili olup, tapu iptali ve tesciline ilişkin davada asliye hukuk mahkemesi görevlidir¹³¹¹. Kanaatimizce karar isabetsizdir. Sulh hukuk mahkemesi, yeniden

¹³⁰⁹ Örneğin bkz. Yarg. 1. HD, 05.04.2018, E. 2018/1554, K. 2018/8816 (karararama.yargitay.gov.tr).

¹³¹⁰ “[...] iddia edilen işlemlere ihale alıcısı davalının katkısının bulunması halinde, oluşan sicilin yolsuzluğundan söz edilebileceği, bu halin sicilin illiliği prensibinin bir sonucu olduğu, davalı ihale alıcısının anılan işlemlere bir katkısının bulunmaması halinde onun bakımından sicilin dayanaksızlığından söz edilemeyeceği, usulsüz tebligat işlemine ihale alıcısının katkısının bulunup bulunmadığının araştırılması, oluşacak sonuca göre karar verilmesi [...]” Yarg. 1.HD, 07.06.2007, E. 2007/4874, K. 2007/6716 (Lexpera).

¹³¹¹ “[...] Davacılar, taşınmazda paydaş olan murisleri...’in dava açılmadan önce öldüğünü, yapılan tebligatların usulsüz olduğunu belirterek yargılanmanın yenilenmesi ve ihalenin feshi talebinde bulunmuştur. Mahkemece, yargılamanın yenilenmesi istemi ve ihalenin feshi istemi kabul edilmiştir. Ancak, davacının ihalenin feshi istemi yolsuz tescil iddiasına dayalı olduğundan, tarafların tüm iddia ve savunmalarının toplanması, soruşturmanın eksiksiz tamamlanması, toplanmış ve toplanacak olan taraf delillerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu bir karar verilmesi gerektiğinden ayrı bir davanın konusu olup bu davada ortaklığın giderilmesi davası bakımından yargılanmanın yenilenmesi talebinin kabulü ile yetinilmesi, davalı ... aleyhine davacılar tarafından ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 2016/126

yapılan yargılamada, duruma göre tapu iptaline ilişkin bir hüküm de kurabilir. Bir an için bu konuda görevli olmadığı akla gelebilirse de¹³¹², sulh hukuk mahkemesinde açılan yeniden yargılama davasının tapu iptal ve tescil davası olarak düşünülmemesi gerekir. Zira bu davayla yine ortaklığın giderilmesi istenmekte olup mahkemenin bu yönde karar vermesi, tapuda zorunlu olarak bir değişikliğe (yolsuz tescilinin iptali) neden olacaktır. Kaldı ki, sulh hukuk mahkemesinin bu yönde hüküm kurmadan paylaştırma yapılabilmesi mümkün değildir.

b. Aynen Paylaştırma Hükümünün Değiştirilmesi

Ortaklığın giderilmesi davasında mahkeme, aynen paylaştırmaya karar vermiş olabilir. Satış yoluyla paylaştırma hükmünün aksine, aynen paylaştırma hükmünün icra edilmesinden önce aynen paylaştırma hükmüne karşı yargılamanın iadesinin istenebilmesi zamansal olarak mümkün değildir. Zira aynen paylaştırma hükmünün kesinleşmesiyle, paydaşlar ayrıca bir işleme gerek kalmaksızın, kendilerine tahsis edilen şeyler üzerinde mülkiyet hakkı kazanır¹³¹³. Yargılamanın iadesi, ancak kesinleşmiş hükümlere karşı istenebileceğinden, tarafların yargılamanın iadesini isteyebilecekleri en erken anda bile aynen paylaştırma hükmü hâlihazırda icra edilmiş olacaktır. Dolayısıyla yargılamanın iadesi konusu sadece aynen paylaştırma hükmünün icrasından sonraki zaman dönemi için incelenmelidir.

Esas sayılı dosyası ile ... iptali ve tescil davası açıldığı dosyadaki bilgilerden anlaşıldığından ihalenin feshi talebinin eldeki dosyadan tefriki ile ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/126 Esas sayılı dosyası ile birleştirilmesine karar verilmesi gerekirken [...]” Yarg. 14. HD, 3.7.2018, E. 2017/6224, K. 2018/5044 (Lexpera).

¹³¹² Zira bir aynî hakkın yolsuz olarak tescil edilmesi durumunda, aynî hakkı zedelenen kimsenin açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında (TMK m. 1025) kural olarak asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bkz. “ [...] Bilindiği üzere, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 2. maddesi "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, Asliye Hukuk Mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir." düzenlemesi amirdir. Eldeki dava, mülkiyet hakkından kaynaklanan tapu iptali ve tescil isteğine ilişkin olup uyumsuzluğa bakmakla görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir [...]” Yarg. 1. HD, 19.6.2019, E. 2016/10129, K. 2019/3910 (Kazancı).

¹³¹³ Meier-Hayoz, **a.g.e.**, Art. 651, Rdnr. 26; Kaser/Hackl, **a.g.e.**, s. 345 vd; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, **a.g.e.**, s. 157; Graham-Siegenthaler, **Handkommentar**, Art. 651, Rdnr. 17; Jonas Mangisch, **OFK ZGB**, Art. 651, Rdnr. 5; Aybay, **Taksim**, s. 76 vd; Kurşat, **a.g.e.**, s. 354.

Aynen paylaşırma kararı veren mahkeme, gerekli işlemlerin yapılması için ilgili tapu dairesine yazı gönderir¹³¹⁴ ve böylece hüküm icra edilerek paydaşlar haklarına kavuşmuş olur. Bu aşamadan sonra, şartları varsa yeniden yargılama istenebilir.

Eğer bazı paydaşların yokluğunda hüküm kurulmuşsa, bu paydaşlar yeniden yargılama talebinde bulunabilir. Yeniden yargılama talebini kabul eden mahkeme, bu sefer tüm paydaşlar için aynen paylaşırma hükmü kurabilir. Bu durumda tapu sicilinde ferdî mülkiyet şeklinde görünen kaydın iptali ve sonrasında her bir paydaş için tekrar bir aynen paylaşırma kararı verilmelidir.

Yeniden yapılan yargılama sonunda mahkeme, ortaklığın satış yoluyla giderilmesi kararı da verebilir. Bu ihtimâlde de öncelikle ferdî mülkiyet şeklinde görünen tapu sicilinin iptal edilmesi ve kaydın, paylı mülkiyet şeklinde düzeltilmesi gerekir. Bundan sonra, taşınmazın satışına ilişkin işlemler yapılacaktır.

¹³¹⁴ Bu konu hakkında bkz. yuk. XIV, A, 1, a, (3).

SONUÇ

Çalışma kapsamında varılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Türk Medenî Kanunu'nun 698. maddesine göre, her paydaş paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılmasını isteyebilir. Taraflar paylı mülkiyetin paylaştırılması için aralarında anlaşabilir. Paydaşların paylaşma biçiminde anlaşamamaları veya paydaşlardan birinin paylaştırmayı istememesi durumunda paylı mülkiyete konu şeyin paylaştırılması için ortaklığın giderilmesi davası açılır.

Her ne kadar, paylaşırma talebi ile ortaklığın giderilmesi talebinin birbirinden farklı olduğunu ifade eden görüşler bulunsada, kanaatimizce bu kavramlardan aynı şey anlaşılmalıdır. Zira ortaklığın giderilmesi davasında ileri sürülen talep, içinde mutlaka paylaşırma talebini de barındırır. Kaldı ki, mevzuatımızda da ortaklığın giderilmesi davası, her zaman paylaşırma talebini içine alacak şekilde kullanılmıştır

2. Ortaklığın giderilmesi davası, çok taraflı bir dava olarak nitelendirilemez. Zira bu davaya, üçüncü bir kişinin taraf olarak dâhil olabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla medenî usûl hukukunda geçerli olan iki taraf prensibi, ortaklığın giderilmesi davası bakımından da söz konusu olur.

Bu sebeple ortaklığın giderilmesi davası, iki taraf prensibi kapsamında ele alınmalıdır. Ancak bu davayı, iki taraf sisteminin uygulandığı diğer davalardan ayıran iki önemli farklılık vardır:

a) Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesiyle, davacı ve davalı tarafta yer alan bütün paydaşlar, paylarına kavuşur. Bu sebeple, bu davalarda bir tarafın davayı kazanması, diğer tarafın davayı kaybetmesi anlamına gelmez Oysa iki taraf prensibinin geçerli olduğu davalarda; bir tarafın davayı kazanması, diğerinin kaybetmesi anlamına gelir.

b) Ortaklığın giderilmesi davasında yer alan bütün paydaşların birbirleriyle uyuşmazlık içinde bulunabilmeleri mümkündür. Hâlbuki iki taraf prensibinde, sadece

davacı ve davalı taraf arasında bir uyuşmazlık mevcuttur. Oysa ortaklığın giderilmesi davasında, davacı ya da davalı konumunda bulunan bütün paydaşlar arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkabileceğinden bu davada tüm paydaşlar arasında bir usûl ilişkisi kurulur. Tüm taraflar arasında bir usûl ilişkisi kurulması yönüyle ortaklığın giderilmesi davası çok taraflı davaya benzemektedir.

Ortaklığın giderilmesi davasının da arasında yer aldığı birtakım davalar çift taraflı dava (*actio duplex*) olarak sınıflandırılmaktadır.

3. Çift taraflı dava, dava konusu hukukî ilişki sebebiyle, karşı dava açılmadan davalının hakkının da hüküm altına alınabildiği davalardır. Çift taraflı dava kavramına, ortaklığın giderilmesi davasının iki taraf prensibiyle uyum arz etmeyen bazı özelliklerinin daha iyi açıklanabilmesi için ihtiyaç vardır.

Kanaatimizce ortaklığın giderilmesi davasını, davalının karşı dava açmasına gerek duymadan ve karşı davaya ilişkin şartların bulunması aranmadan doğrudan karşı davanın sonuçlarının bağlandığı dava olarak görmek gerekir. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasında davalı, sanki bir karşı dava açmış gibi değerlendirilmeli ve onun talebi hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun karşı davaya ilişkin hükümleri uygulanır. Böylece ortaklığın giderilmesi davasında görünürde sadece bir dava olmasına rağmen, aslında paydaş sayısı kadar dava bulunur.

4. Paydaşlar arasında kural olarak bir uyuşmazlığın bulunması ve bu davanın paylaştırmayı isteme hakkına (subjektif hak) dayanarak açılması sebebiyle, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlık çekişmeli yargıya ait bir davadır.

Paylaştırmayı isteme hakkı inşâî bir hak olup, bu hakka dayanılarak açılan ortaklığın giderilmesi davası da inşâî davadır. Mahkeme bu davada aynen veya satış yoluyla paylaşırma hükmü kurabilir. Aynen paylaşırma hükmü ile hem paydaşlar kendilerine ayrılan parçalar üzerinde doğrudan mâlik olur hem de bu hükümle birlikte mülkiyet ilişkisi ferdî mülkiyete dönüşmüş olur. Yine taraflar arasında paylaşırmanın nasıl yapılacağı ilk kez mahkemenin bu hükmüyle belirlenmiş olur.

5. Ortaklığın giderilmesi davasında tasarruf ilkesi (HMK m. 24) geçerlidir. Dolayısıyla taraflar, bu davada, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Öte yandan, hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı kuralı (HMK m. 24/2), ortaklığın giderilmesi davasında farklılık arz eder. Çünkü bu davanın kabul edilmesinden sonra aynı konuda tekrar bir dava açılması, kesin hüküm sebebiyle mümkün değildir. Öyleyse, davacının talep etmiş olduğu paylaşırma türünü uygun bulmayan davalı paydaş, bu davada kendi talebini ileri sürmeye bir anlamda zorlanmış olmaktadır.

Ortaklığın giderilmesi davasında taleple bağıllık ilkesi (HMK m. 26) uygulanır. Buna göre hâkim, paydaşların paylaşırma türü konusundaki talepleriyle bağılıdır. Paydaşların tamamı satış talep etmişse, mahkeme aynen paylaştırmaya hükmedemez. Yine sadece aynen paylaşırmanın istendiği davada, bunun şartları mevcut olmadığı için satış yoluyla paylaşırma hükmü kurulamaz.

Ortaklığın giderilmesi davasında, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Ancak bu davada, re'sen araştırma yapılmasını gerektiren bazı durumlar da bulunabilir. Örneğin, aynen paylaşırma isteyen davacı, bunun mümkün olduğunu gösteren dava malzemesini mahkemeye getirebilir. Ancak getirilen bu dava malzemesiyle bağı olmayan hâkim, aynen paylaşırmanın mümkün olup olmadığını, görevi gereği kendisi de araştırmalıdır. Örneğin, bu kapsamda taşınmazın yüzölçümü ve niteliği re'sen araştırılır. Bu konuda araştırma yapılmadan karar verilmesi, bozma sebebi teşkil edebilir.

6. Taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşırılması ve ortaklığın giderilmesi davalarında, sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 4/1-b). Sulh hukuk mahkemesi, ortaklığın satış yoluyla sona erdirilmesi kararı verebilir. Satış işlemlerine karşı ileri sürülen itiraz ve şikâyetlerde de sulh hukuk mahkemesi görevlidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkeme, davaya konu olan şeyin taşınır veya taşınmaz olup olmamasına göre değişiklik gösterebilir. Taşınırlar hakkındaki ortaklığın giderilmesi davası için ne kesin ne de özel bir yetki kuralı

mevcuttur. Bu sebeple bu davalarda davalının davanın açılması anındaki yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. Zira bu dava, taşınmazın üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açar (HMK m. 12/1)

7. Ortaklığın giderilmesi davasında dava sebebi her şeyden önce, üzerinde paylı mülkiyet ilişkisi kurulan şeyde paydaş olmaktır. Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesi için, paydaş olma vakiasının yanında diğer vakialara da ihtiyaç duyulur. Örneğin, aynen paylaşırma talebiyle açılan davada paylı mülkiyete konu şeyin bölünebilir olması ve bölünme işleminden sonra ekonomik değerinin önemli ölçüde azalmaması gerekir. Dolayısıyla bu şartları karşılayacak vakialar da dava sebebi olarak düşünülmelidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında talep sonucu, paylı mülkiyete konu şeyin aynen veya satış yoluyla paylaşırılmasıdır. Şartları ve sonuçları farklı olan aynen paylaşırma talebi ile satış yoluyla paylaşırma talebini, medenî usûl hukuku anlamında birbirinden farklı talepler olarak görmek ve yargılamaya etkisi bakımından (davanın değiştirilmesi yasağı, derdestlik ve kesin hüküm) bu şekilde değerlendirmek gerekir.

8. Ortaklığın giderilmesi davasında davalıların karşı dava açmış gibi değerlendirilmeleri sebebiyle gerçekte paydaş sayısı kadar dava bulunur. Bunun sonucu olarak hiçbir paydaş diğeriyle dava arkadaşlığı ilişkisi içine girmez. Her paydaş kendi davası bakımından usûl işlemlerini diğerlerinden bağımsız olarak yapabilir. Ancak görülen bu davalardan birisi hakkında karar verilince, maddî hukuk durumu tüm paydaşlar için değişir ve dolayısıyla hüküm tüm paydaşlar için sonuç doğurur. Kanaatimizce tüm paydaşlar için tek bir hüküm verilmesi zorunluluğunun nedeni budur.

9. Ortaklığın giderilmesi davasında basit yargılama usûlü uygulanır. Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar bakımından bu dava, diğer davalardan farklı bir özellik göstermez. Ancak dava dilekçesinde salt paylaşırma talebinin yeterli olmadığı, dilekçede aynı zamanda hangi paylaşırma biçiminin talep edildiği

ayrıca belirtilmek zorundadır. Bu husus tahkikatın kapsamı, harçlar ve karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ile doğrudan ilgilidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında paylaştırmayı isteme hakkına ilişkin şartların bulunduğu hususunda ispat yükü paylaşırma talebinde bulunan paydaşlardır. Zira iddia edilen bu vakıadan lehine hak çıkaran taraf paylaştırmayı isteyen paydaştır. Paylaştırmayı isteme hakkının kullanılmasını engelleyen vakıalar (örn: idame-î şüyu sözleşmesinin varlığı) bakımından ispat yükü, bu vakıayı ileri süren paydaşa olur. Zira ileri sürülen bu vakılardan lehine hak çıkaran bu iddiada bulunan paydaştır.

10. Davacının paylaşırma biçimine ilişkin taleplerinin değiştirmesi davanın değiştirilmesi yasağı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla aynen paylaşırma istendikten sonra satış yoluyla paylaşırmanın talep edilebilmesi için ıslah veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç vardır. Ortaklığın giderilmesi davasının çift taraflı niteliğinden ötürü aynı durum davalının talepleri bakımından da geçerlidir.

Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlar paylarını devredebilir. Böyle bir devir işlemi durumunda payı devralan kişinin yargılamaya dâhil edilmesi gerekir. Ortaklığın giderilmesi davasında davalı da davacı gibi değerlendirildiğinden davalı konumunda yer alan paydaşın payını devretmesi durumunda, davacının dava konusunun devrine ilişkin kuralları içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. Böylece kendisine pay devredilen üçüncü kişi, payı devreden kişinin yerine geçer ve yargılama kaldığı yerden devam eder (HMK m. 125/2).

Ortaklığın giderilmesi davasında her bir paydaş için karşı taraf, kendisi dışında kalan paydaşlardır. Bu da, her zaman ileride bir menfaat çatışması ihtimâlini canlı tutar. Bu sebeple, her ne kadar talep sonuçları aynı olan paydaşların birlikte temsil edilmeleri kanaatimizce mümkünse de, her bir paydaşın farklı avukatlarla temsil edilmeleri yargılama ve paydaşlar için daha uygun olur.

11. Ortaklığın giderilmesi davasında feragat beyanında bulunulması üzerine mahkeme davalılara davaya devam edip etmeyeceklerini sormalı; davalılardan

birinin davaya devam edeceğini beyan etmesi üzerine dava kaldığı yerden devam etmelidir. Şayet davalılar da davaya devam etmek istemezse dava sona erer. Ortaklığın giderilmesi davasından feragat edilmesi, bu davanın ileride tekrar açılmaması sonucunu doğurmaz. Zira davadan feragat, dava konusu paydan feragat anlamına gelmez. Paydaş, o paya sahip oldukça o pay için paylaşırma talebinde her zaman bulunabilir. Böylece gerek davadan feragat eden davacı gerekse o davanın davalısı daha sonra tekrar bir ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Tüm bu sonuçlar dikkate alındığında, ortaklığın giderilmesi davasında, davacının “feragat” beyanının “davanın geri alınması” şeklinde değerlendirilmesi gerekir.

Sadece aynen paylaşırmanın istenmiş olduğu ortaklığın giderilmesi davasında davalının davayı kabul etmesi davayı sona erdirmez. Zira ortaklığın giderilmesi davasının sona ermesi için, paylı mülkiyete konu şeyin ayrılan parçalarından hangisinin hangi paydaşa tahsis edileceği hakkında karar verilmesi gerekir. Bu yönde bir karar bulunmadan ortaklığın giderilmesi davası tamamlanamaz. Buna karşılık, ayrılan parçaların paydaşlara özgülenmesi gibi bir aşamada bulunmayan satış yoluyla paylaşırma davasında davanın kabulü, davayı sona erdirir.

12. Ortaklığın giderilmesi davasında ihtiyatî tedbire başvurulması da söz konusu olabilir. Bu kapsamda taşınmazın paylaşırılması davasında “feragdan men” anlamına gelen tedbire; taşınırlarda ise paylı mülkiyete konu şeyin yedimeine tevdi tedbiri düşünülebilir.

13. Taşınırların paylaşırılmasını konu alan uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir. Ancak taşınmazın aynını ilgilendirmesi sebebiyle taşınmazın paylaşırılmasına ilişkin uyuşmazlıklar için tahkime müracaat edilemez.

14. Ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesine ilişkin hüküm bir tespit hükmü olup kesin hüküm etkisi haizdir. Dolayısıyla ret hükmünün kesinleşmesinin ardından aynı konuda bir dava açılması kural olarak mümkün değildir. Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesine ilişkin hüküm ise inşai hüküm vasfındadır ve dolayısıyla bu hüküm herkes için sonuç doğurur.

Ortaklığın giderilmesi davasının kabul edilmesi, paydaşların paylı mülkiyete konu şeyde paydaş oldukları ve (eğer varsa) muhdesat konusunda, sonraki davalar bakımından kesin delil etkisine sahiptir. Böylece paylaşırma hükmünden sonra, bir paydaş paylı mülkiyete konu şeyin tamamının kendisine ait olduğunu konu alan bir dava açması durumunda mahkeme, ilk davadaki tespit ile bağlıdır. Dolayısıyla ikinci davanın reddedilmesi gerekir.

15. Taşınmaz için açılan ortaklığın giderilmesi davasında satış hükmü kurulmuşsa karar ve ilâm harcı taşınmazın satış bedelinin binde 11,38’idir. Şayet aynen paylaşırma hükmü kurulursa karar ve ilâm harcı paylaştırılan taşınmazın değerinin binde 4,55’idir. taşınırın paylaşırılması durumunda karar ve ilâm harcının maktu mu yoksa nisbi mi olacağı, 1 sayılı Tarife’de ayrıca belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu davalarda maktu harç alınmalıdır. Zira taşınmazlara ilişkin açıkça bir düzenleme getiren Kanunun, burada taşınırlara ilişkin bir hükme yer vermemesiyle, bu husus bakımından maktu harcın alınmasını amaçladığı çıkarımı yapılabilir.

Ortaklığın giderilmesi davasında bir tarafın davayı kazanması; diğer tarafın davayı kaybetmesi anlamına gelmez Ortaklığın giderilmesi davasının bu özelliği, yargılama giderlerinden tüm paydaşların sorumlu olması sonucunu doğurur. Ancak burada paydaşlar, yargılama giderlerinden müştereken değil, payları oranında sorumlu olur. Bununla birlikte, ortaklığın giderilmesi davasının reddedilmesi durumunda yargılama giderlerinden sadece davacı sorumlu olmalıdır. Zira bu davanın açılmasına neden olmayan ve davanın reddini isteyen paydaşların ayrıca yargılama giderlerine mahkûm edilmesi doğru olmaz. Bununla birlikte, davalılardan birinin de paylaşırma talebinde bulunması ihtimâlinde, durum değişir. Zira bu ihtimâlde mahkeme, sadece davacının değil aynı zamanda davalının talebi hakkında da bir karar vermelidir. Eğer her iki tarafın da paylaşırma talebine rağmen dava reddedilirse, bu durumda yargılama giderlerinden, her iki taraf da payları oranında sorumlu olmalıdır.

16. Ortaklığın giderilmesi davasında nihaî karar, 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilmişse, öncelikle istinaf yoluna başvurulmalıdır. Bu dava, istinafa başvuru

şartları açısından, diğer davalara göre temel bir farklılık arz etmez. Ortaklığın giderilmesi davasında her bir paydaş, usûl işlemi yaparken diğer paydaşların tamamını muhatap almalıdır. Zira ortaklığın giderilmesi davasında her bir paydaş için karşı taraf, kendisi dışında kalan paydaşlardır. Dolayısıyla kanun yoluna başvurusu yapan paydaş, bu başvurusunda karşı taraf olarak diğer tüm paydaşları göstermelidir.

Bölge adliye mahkemesinin ortaklığın giderilmesi davasıyla ilgili olarak vermiş olduğu karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklanan ve taşınmazın aynını ilgilendiren kararlar için temyiz yolu açıktır (HMK m. 362/1-b). Ortaklığın giderilmesi davasında paylı mülkiyetin kat mülkiyetine geçilmek suretiyle sona erdirilmesi talep edilmişse, mahkemenin incelemesi de esas olarak Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre olacaktır. Dolayısıyla taraflardan biri kat mülkiyetine geçilmesini talep etmişse, bu davada verilen karar açısından istinaf ve sonrasında temyiz yoluna başvuru mümkündür.

17. Ortaklığın giderilmesi davasında verilen ve kesinleşen hükümler için de yargılamanın iadesi istenebilir. Kural olarak sadece ilk davanın tarafları, yargılamanın iadesini isteyebilir. Ancak bir veya birkaç paydaşın eksik olduğu yargılama sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, davada yer almamış olan paydaşlar da yargılamanın iadesi yoluna başvurabilirler.

KAYNAKÇA

Abt, Daniel/

Weibel, Thomas:

Erbrecht, 3. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.

Ackermann, Rüdiger:

Die Drittwiderklage, Duncker & Humblot, Berlin, 2005.

Akil, Cenk:

Kısmî Dava, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Akil, Cenk:

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Akil, Cenk:

“6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Çekişmeli Yargıya İlişkin Kesin Yetki Halleri”, **MİHDER**, 2012/2.

Akipek, Jale G:

Menkul Davası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1959.

Akipek, Jale/

Akıntürk, Turgut/

Ateş, Derya:

Eşya Hukuku, 2. Bası, Beta, İstanbul,

2018.

Akkan, Mine:

Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. I), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Akkan, Mine:

“Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, **MİHDER**, 2007/1.

Akkanat, Halil:

Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Akkaya, Tolga:

Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Yetkin, Ankara, 2009.

Akkaya, Tolga:

“Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği (HMK m. 124)”, **Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014.

Akkaya, Tolga:

Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Akyol Aslan, Leyla:

Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Alangoya, Yavuz

“Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. III, S. 1969/5.

Alangoya, Yavuz:

“Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.

Alangoya, Yavuz/

Yıldırım, M. Kâmil/

Deren-Yıldırım, Nevhis:

Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2011.

Alangoya, Yavuz:

Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), Nemaş, 1965. (“*Dâva Ortaklığı*”).

Alangoya, Yavuz:

Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.

Alangoya, Yavuz:

Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin

İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

Althammer, Christoph:

Streitgegenstand und Intresse, (Eine zivilprozessuale Studie zum deutschen und europäischen Streitgegenstandsbegriff), Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

Ansary, Sabri Şakir:

Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.

Aral, Fahrettin;

Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Dâvası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1979.

Arkan, Sabih:

“Marka Müşterek Mülkiyete Konu Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Arslan, Ramazan:

Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989.

Arslan, Ramazan:

İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984.

Arslan, Ramazan:

Medeni Usul Hukukunda

Yargılamanın Yenilenmesi, Turhan
Kitabevi, Ankara, 1977.

Arslan, Ramazan/

Yılmaz, Ejder/

Taşpınar Ayvaz, Sema/

Hanağası, Emel:

Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin
Yayınları, Ankara, 2018.

Aslan, Kudret:

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun
‘Davaya Son Veren Taraf İşlemleri’ne
İlişkin Hükümleri Hakkında
Düşünceler”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a**
Armağan, C. I, Yetkin Yayınları,
Ankara, 2014.

Aslan, Kudret:

Medenî Usul Hukukunda Davanın
Geri Alınması, Yetkin, Ankara, 2016.

Aşık, İbrahim:

Medenî Usul Hukukunda Bekletici
Sorun, Seçkin, Ankara, 2012.

Atalay, Oğuz:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl
Hukuku, (C. III), 15. Bası, XII Levha
Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Atalay, Oğuz:

Medeni Usul Hukukunda Menfi
Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül

Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

Atalı, Murat/

Ermenek, İbrahim/

Erdoğan, Ersin:

Medenî Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara, 2018.

Atalı, Murat:

“Avusturya’da Noterlik Hukuku Alanında Gelişmeler ve Noterlerin Bazı Çekişmesiz Yargı İşlerinde Mahkeme Komiseri Sıfatıyla Görev Almaları”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007.

Atalı, Murat:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. III), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Atalı, Murat:

“Hizmet Tespti Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan (“*Hizmet Tespti Davası*”).

Atalı, Murat:

Medenî Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007 (“*İhbar*”).

Atalı, Murat:

Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (“*Aleyhe Bozma*”).

Atalı, Murat:

“Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006 (“*Çekişmesiz Yargı*”).

Atalı, Murat:

“Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 44, 2018/3.

Ateşgaoğlu, Erdem/
Elgin, Ceyhun:

“Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davaları: Taşınmaz Satışları İçin İstatiksel Bir Analiz”, **TBB Dergisi**, 2018/139.

Avcı, Mehmet Özgür:

Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, XII Levha, İstanbul, 2014.

Aybay, Aydın:

Müşterek Mülkiyette Taksim, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1966.

Aybay, Aydın:

“Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi”, **İÜHFM**, C. 32, S. 1, 1966.

Aydın Aybay/

Hatemi, Hüseyin:

Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Nuşin Ayiter,

Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1961 (“*Ortaklık*”).

Ayiter, Nuşin:

Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1987.

Bärman, Johannes:

Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 1968.

Baker&McKenzie

Schweizerische ZPO, Stämpflis, Bern, 2010 (Bearb: Dürr, Roger; Herzog, Sabine).

Bamberger, Heinz Georg/
Roth, Herbert:

Beck’scher Online Kommentar BGB, 47. Ed, 2018 (Bearb: Henrich, Wolfgang) (“*BeckOK BGB*”).

Baumann, Andreas:

“Über die Bemessung des Streitwertes,
insbesondere bei Teilungsklagen”,
Successio, H. 4/09, 2009.

Baumbach, Adolf /

Lauterbach, Wolfgang /

Albers, Jan/

Hartmann, Peter:

Zivilprozessordnung: ZPO, 76.
Auflage, 2018.

Baumgärtel, Gottfried/

Laumen, Hans Willi /

Prütting, Hanns/

Handbuch der Beweislast, B. II, §§ 1-
811 BGB, Carl Heymanns Verlag, Köln,
2019 (Bearb.: *Jan Hövermann*).

Beaumart, Markus:

**Haftung in Absatzketten im
Französischen Recht und im
europäischen Zuständigkeitsrecht**,
Duncker&Humblot, Berlin, 1999.

BeckOK BGB:

C.H.BECK, München 2019 (Bearb:
Markus Gehrlein).

Behrends, Heinrich:

**Die Anspruchshäufung im
Zivilprozeß**, Carl Heymanns Verlag,
Berlin, 1935.

Belgesay, Mustafa Reşid:

Dava Teorisi, Numune Matbaası, İstanbul, 1943.

Belgesay, Mustafa Reşit:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939.

Berger, Adolf:

Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht, Weimar, 1912.

Berger, Christian;

Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, Carl Heymanns, Köln, 1992.

Berki, Şakir:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ege Matbaası, Ankara, 1959.

Berkin, Necmeddin M.:

Medenî Usul Hukuku Esasları, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.

Berner Kommentar:

Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1-149 ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (Bearb. Hurni, Christoph ("BK ZPO I").

Band II, Art. 150-352, Art. 400-406 ZPO Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (Bearb. Killias, Laurent) ("BK ZPO II").

Bilge, Necip/

Önen, Ergun:

Medenî Yargılama Hukuku Dersleri,
3. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Blomeyer, Arwed:

Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren,
Springer, Berlin-Göttingen-Heidelberg,
1963.

Bolayır, Nur:

**Hukuk Yargılamasında Delillerin
Toplanmasında Tarafların ve
Hâkimin Rolü,** Vedat, İstanbul, 2014.

Boran Güneysu, Nilüfer:

Medenî Usûl Hukukunda Karar,
Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Börü, Levent:

Dava Konusunun Devri, Yetkin
Yayınları, Ankara, 2012 (“*Dava
Konusu*”).

Börü, Levent:

“Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”,
BATİDER, 2011/3.

Börü, Levent:

“Dava Konusu Kavramı ve Teorileri”,
BATİDER, 2012/2.

Börü, Levent:

**Medenî Usûl Hukukunda İddia ve
Somutlaştırma Yükü,** Yetkin Yayınları,
Ankara, 2016 (“*İddia ve*

Somutlaştırma”).

Börü, Levent:

“Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (“*Taraf*”).

Braun, Johann:

Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Breitschmidt, Peter/

Jungo, Alexandra:

Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Sachenrecht, 3. Aufl, Schultess, 2016 (Bearb: Graham-Siegenthaler, Barbara) (“*Handkommentar*”).

Breitschmidt, Peter/
Fankhauser, Roland:

“Arbeitskreis 10: Aktuelle Fragen des Ehegattenerbrechts”, **Vierte Schweizer Familienrecht § Tage 31. Januar / 1. Februar 2008 in Zürich**, Stämpfli Verlag, Bern, 2008.

Brunner, Alexander/

Dominik, Gasser/

Ivo, Schwander:

Schweizerische ZPO, 2. Aufl, Dike, Zürich/St. Gallen, 2016 (Bearb: Bähler,

Daniel; Borla-Geier, Eva; Füllemann, Daniel) (“*Dike ZPO*”).

Brückner, Christian/

Weibel, Thomas;

Die Erbrechtlichen Klagen, Schultess, 2012.

Budak, Ali Cem:

Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta, İstanbul, 2000.

Budak, Ali Cem/
Karaaslan, Varol:

Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017.

Bulur, Alper

6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Bulut, Uğur:

Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Bunge, Jürgen

Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England und Scotland, 2. Aufl, Duncker & Humblot, Berlin, 2005

(“England/Scotland”)

Bunge, Jürgen:

Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in Frankreich und Italien, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.

Burandt, Wolfgang/

Rojahn, Dieter:

Erbrecht, 3. Aufl, C.H.Beck, München, 2018 (Bearb. Kroiß, Ludwig) (“Burandt/Rojahn *Erbrecht*”).

Burbulla, Rainer:

“Parteiberichtigung, Parteiwechsel und Verjährung”, **Monatsschrift für Deutsches Recht**, 2007.

Buz, Vedat:

Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Büchler, Andrea/

Jakob, Dominique:

ZGB Kurzkommentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Aufl, 2017.

Chen, Wei-Yu:

Die Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft, Nomos, 2016.

Çiftçi, Pınar:

Medenî Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet, Ankara, 2018.

Dauner-Lieb, Barbara/

Ring, Gerhard:

Nomos Kommentar BGB, 9. Aufl,
Baden-Baden, 2017 (Bearb. Saenger,
Ingo).

de Boor, Hans Otto:

Die Auflockerung des Zivilprozesses,
J.C.B. Mohr, Tübingen, 1939.
(*“Auflockerung”*).

de Boor, Hans Otto:

**Zur Lehre vom Parteiwechsel und
vom Parteibegriff**, Weicher, 1941.
(*“Parteibegriff”*).

Deren-Yıldırım, Nevhis:

“Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime
Elverişlilik”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya
İçin Armağan**, Alkım Yayınları,
İstanbul, 2007.

Deren-Yıldırım, Nevhis:

**Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul
Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif
Sınırları**, Alfa, İstanbul, 1996.

Dernburg, Heinrich /
Sokolowski, Paul:

**System des römischen Rechts, Erster
Teil: Der Pandekten**, Berlin, 1911,

Direnisa, Efe:

**Die Materielle Rechtskraft im
deutschen und türkischen
Zivilverfahrensrecht**, Peter Lang,

Frankfurt am Main, 2012.

Dişel Kumru, Buse:

Dava Takip Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019.

Dodorer, Hans-Joachim:

“Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden”, **NJW**, 1991.

Domaniç, Hayri:

Hukukta Kaziyyei Muhkeme ve Nisbî Kuvveti, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.

Dolge, Annette:

Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

Dural, Mustafa/

Öz, Turgut:

Miras Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015

Eck, Ernst:

Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts, Berlin 1870.

Eckardt, Diederich:

“Diskussionsbericht zu dem Referat von Prof. Spellenberg”, Die Tagung der

Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer
(Bonn, 1992), **ZZP**, B. 106, H. 3, 1993.

Ekmekçi, Ömer/

Özekes, Muhammet/

Atalı, Murat/

Seven, Vural:

**Hukuk Uyuşmazlıklarında
Arabuluculuk**, 2. Bası, XII Levha,
İstanbul, 2019.

Ekşi, Nuray:

**Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda
Tahkim**, Beta, İstanbul, 2013.

Erdoğan, Celal:

**Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi
Şuyuu)**, 3. Bası, Seçkin, Ankara, 1999.

Erdoğan, Ersin:

**Hakem Kararlarının Kesin Hüküm
Etkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Erdoğan, Ersin:

“Paylı Mülkiyete Konu Eşyada Mecburi
Dava Arkadaşlığı ve Davayı Birlikte
Açma Zorunluluğunun Usûl Hukuku
Açısından Değerlendirilmesi”,
MİHDER, 2013/2, S. 25.

Erdoğan, Ersin/

Erzurumlu, Nurbanu:

Hukuk Uyuşmazlıklarında

Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, SETA, Ankara, 2016.

Erdoğan, Hasan:

Ortaklığın Giderilmesi (İzalei Şüyu) Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

Erdönmez, Güray:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. I), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Eren, Fikret:

Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973 (“*Tenkis*”).

Eren, Fikret:

Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2016 (“*Mülkiyet*”).

Ergüne, Mehmet Serkan:

“Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C. 22, S. 3, 2016.

Erişir, Evrim:

Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

Ermenek, İbrahim:

Medenî Usul Hukukunda Davayı

Kabul, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Ermenek, İbrahim:

Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Ertaş, Şeref:

Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2. Bası, Bilge, Ankara, 2015.

Erturgut, Mine:

İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Escher, Arnold:

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Schultess, Zürich 1960.

Esener, Turhan/

Güven, Kudret:

Eşya Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Esser, Albert:

Rechtsprobleme der Gemeinschaftsteilung, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1951.

Frank, Richard/

Sträuli, Hans/

Messmer, Georg:

**Kommentar zur zürcherischen
Zivilprozessordnung**, 3. Aufl, Schultess
Polygraphischer, Zürich, 1997.

Frei, Nina J:

**Die Interventions- und
Gewährleistungsklagen im Schweizer
Zivilprozess**, Schulthess Juristische
Medien, 2004.

Friedenthal, Jack H/

Kane, Mary Kay/

Miller, Arthur R:

Civil Procedure, Fifth Edition, West
Academic Publishing, 2015.

Fucik, Robert/

Kloiber, Barbara;

Außerstreitgesetz Kurzkomentar,
Manzsche Verlags- und
Universitätsbuchhandlung, Wien, 2005.

Gehri, Myriam A./

Jent-Sørensen, Ingrid/

Sarbach, Martin

ZPO Kommentar, 2. Aufl, Orell Füssli
Verlag AG, 2015 (Bearb: Engler,
Thomas) (“*OFK ZPO*”).

- Goldschmidt, James: **Zivilprozessrecht**, Springer Verlag, Berlin-München, 1929.
- Gottwald, Peter: “Grundprobleme der Streitgenossenschaft im Zivilprozess”, **Juristische Arbeitsblätter**, 1982.
- Gruber, Michael/
Kalss, Susanne/
Müller, Katharina/
Schauer, Martin: **Erbrecht und Vermögensnachfolge**, Springer Verlag, Wien, 2010.
- Grunsky, Wolfgang/
Jacoby, Florian: **Zivilprozessrecht**, 16. Aufl, Verlag Franz Vahlen, München, 2018.
- Gökçe, Ziya: **Tüm Yönleri ile İzalei Şüyu Dava ve Takipleri**, Feryal Matbaacılık, Ankara, 2000.
- Göksu, Tarkan: “Das Rechtsbegehren der Erbteilungsklage” **Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo**, Schultess, Zürich, 2014.

- Göksu, Tarkan: “Prozessrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in Erbsachen 2017”, **Successio**, 2018.
- Götze, Bernd: **Der unabhängige Streitbeitritt eines Dritten als Partei nach japanischem Recht**, Pfaffenweiler Centaurus-Verl Ges, 1992.
- Grieder, Alain: **Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.
- Grziwotz, Herbert/
- Lüke, Wolfgang/
- Saller, Roland Rudolf: **Praxishandbuch Nachbarrecht**, 2. Aufl, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- Guldener, Max: **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Aufl, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.
- Güman, Nihat: **Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Günel, A. Nadi:

Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Gürdoğan, Burhan:

Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ajans Türk, Ankara, 1967.

Gürdoğan, Burhan:

Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960.

Gürsoy, Kemal T/

Eren, Fikret/

Cansel, Erol:

Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.

Häsemeyer, Ludwig:

“Drittinteressen im Zivilprozess”, **ZZP**, B. 101, H. 4, 1988.

Haab, Robert/

Simonius, August/

Scherrer, Werner/

Zobl, Dieter:

Das Sachenrecht, Schultess, Zürich,

1977.

Haas, Nicola:

Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts Unter besonderer Berücksichtigung der Umbauproblematik, ZStP - Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 265, Schulthess, 2015, Zürich.

Habscheid, Walther J.:

Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Deutscher Heimat Verlag, Bielefeld, 1956.

Habscheid, Walter J.:

Schweizerisches Zivilprozeß- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1990.

Hahne, Meo-Micaela/

Munzig, Jörg:

Beck'scher Online-Kommentar FamFG, 27. Ed, C.H.Beck, München, 2018 (Bearb. Schlögel, Jürgen) ("BeckOK FamFG").

Hanağası, Emel:

Davada Menfaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Harder, Florian:

Das Schiedsverfahren im Erbrecht,
Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

Hartung, Wolfgang/
Scharmer, Hartmut:

Berufs- und Fachanwaltsordnung, C.
H. Beck, München 2016.

Hartung, Wolfgang:

**Hartung Anwaltliche Berufsordnung:
BerufsO,** 3. Aufl. C.H.Beck, München,
2006.

Hassold, Gerhard:

**Die Voraussetzungen der besonderen
Streitgenossenschaft,** Duncker &
Humblot, Berlin, 1970.

Hatemi, Hüseyin/

Serozan, Rona/

Arpacı, Abdulkadir:

Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul
1991.

Hatemi, Hüseyin:

Miras Hukuku, 7. Bası, XII Levha,
İstanbul, 2018.

Hausheer, Heinz/

Spycher, Annette:

Handbuch des Unterhaltsrechts, 2.
Aufl, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

- Heinrich, Udo: **Der gewillkürte Parteiwechsel**, (Zur Rechtsnachfolge im Zivilprozess), Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1990.
- Heinsheimer, Karl: “Das Zweiparteienprinzip in Prozeß und Vollstreckung, **FS für Adolf Wach**, Bd. III, Leipzig, 1913.
- Hellwig, Konrad: **Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts**, Deichert, Bd. 2, Leipzig, 1907.
- Henckel, Wolfram: **Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess**, Carl Winter-Universitätsverlag, Heidelberg, 1961.
- Hess, Beat: “Verbot von Interessenkollisionen bei Prozessvertretungen und bei beratender Tätigkeit”, **AWR**, 2005/1.
- Hoffmann, Jan Felix: “Gewillkürte Prozesstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungsermächtigung”, **ZZP**, B. 130, H. 4, 2017.
- Heinrich, Honsell/
Nedim Peter, Vogt: **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II.**, 5. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Bearb: Brunner,

Christoph/Wichtermann, Jürg; Rey, Heinz/Strebel, Lorenz; Schaufelberger, Peter C./Lüscher, Katrin Keller) (“*Basler ZGB II*”).

Hrubesch-Millauer, Stephanie/

Bosshardt, Martina/

Kocher, Moritz B.:

“Rechtsbegehren im Erbrecht”,
Successio, 2018/4.

Ioannis Mantzourannis,

Die notwendige Streitgenossenschaft im Zivilprozess, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

İmre, Zahit/

Erman, Hasan:

Miras Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

İnan, Ali Naim/

Ertaş, Şeref /

Albaş, Hakan:

Miras Hukuku, 9. Bası, Bilge Yayınevi, 2015.

İyilikli, Ahmet Cahit:

Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Jauernig, Othmar

**Verhandlungsmaxime,
Inquisitionsmaxime und
Streitgegenstand**, Mohr, 1967.

Jost, Arthur:

**Der Erbteilungsprozess im
schweizerischen Recht**, Verlag Stämpfli
& Cie, Bern, 1960.

Kale, Serdar:

Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti,
XII Levha, İstanbul, 2010.

Kähler, Lorenz:

“Widerklage und Erweiterung Klage
unter Streitgenossen”, **ZZP**, 123.

Kaplan, Mikail Bora:

**Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati
Tedbirler**, XII Levha, İstanbul, 2018.

Karafakih, İsmail Hakkı:

Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları,
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s.
114.

Karşlı, Abdurrahim:

Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası,
Alternatif, İstanbul, 2014.

Karşlı, Abdurrahim/

Koç, Evren/

Konuralp, Cengiz Serhat:

Hukuk Muhakemeleri Kanununda

Problemli Konular, Alternatif, İstanbul, 2014.

Karslı, Abdurrahim:

Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001.

Kaser, Max/
Hackl, Karl:

Das Römische Zivilprozessrecht, C.H. Beck, München, 1996.

Kehl, Robert;

“Das Rechtsbegehren bei der Erbteilungsklage”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 1952/3.

Keeter, Bobby J:

“Compulsory Joinder of Unwilling Plaintiffs in Civil Actions”, **Missouri Law Review**, 1960/25.

Kern, Christoph/

Diehm, Dirk:

ZPO Kommentar, Erich Smith Verlag, 2017 (Bearb: Kern, Christoph; Rasper, Marius) (“Kern/Diehm ZPO”)

Kırlı Aydemir, Deniz Defne:

Milletlararası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, XII Levha, İstanbul, 2013.

Kırtıloğlu, S. Serhat:

Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Adalet Yayınevi,

Ankara, 2014.

Klement, Dorothee:

Rechtskraft des Schiedsspruch,
Nomos, 2018.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip:

Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi,
İstanbul, 1987.

Koch, Harald:

“Alternativen zum Zweiparteiensystem
im Zivilprozeß – Parteiübergreifende
Interessen und objektive
Prozeßführungsrechte”, **Kritische
Vierteljahresschrift für Gesetzgebung
und Rechtswissenschaft (KritV),**
JSTOR, 1989/4.

Koenig, Martin:

Die Widerklage im Eheprozess,
Rüegger CH, Diessenhofen, 1977.

Kohler, Josef:

Der Prozess als Rechtsverhältnis,
Scientia Verlag, 1969.

Konuralp, Cengiz Serhat:

**İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati
Tedbirler,** XII Levha Yayıncılık,
İstanbul, 2013.

Konzen, Horst:

**Rechtsverhältnisse zwischen
Prozeßparteien,** Duncker&Humblot,
Berlin, 1976.

Koussoulis, Stelious: “Aktuelle Probleme der Hauptintervention”, **ZZP**, 100, 1987.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/
Wolf, Stephan/
Amstutz, Marc/
Frankhause Roland:

ZGB Kommentar, 3. Aufl, Orell Füssli Verlag AG, 2016 (Bearb: Mangisch, Jonas; Häfliger, Manuela) (“*OFK ZGB*”).

Krönig, Ernst: “Die Beweislast- Probleme der §§ 752 bis 754 BGB”, **MDR**, 1951/10.

Köckert, Ulricke: **Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

Kurşat, Zekeriya: **Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi**, Arıkan, İstanbul, 2008.

Kuru, Baki: **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961

Kuru, Baki/

Budak, Ali Cem: **Tespit Davaları**, 2. Bası, XII Levha, İstanbul, 2010.

Kuru, Baki/

Yılmaz, Ejder/

Arslan, Ramazan:

Medenî Usul Hukuku, 24. Bası, Yetkin,
Ankara, 2013.

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
I”)

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
II”).

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
III”).

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
IV”).

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
V”).

Kuru, Baki:

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6.
Bası, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (“C.
VI”).

Kuru, Baki:

**İstinaf Sistemine Göre Yazılmış
Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı,**
Yetkin, Ankara, 2017 (“*İstinafa göre*”).

Kuru, Baki:

“Dava Şartları”, **Makaleler**, Arıkan,
İstanbul, 2006.

Kuru, Baki:

İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Bası,
Evrin Dağıtım, İstanbul, 1988.

Kuru, Baki:

İcra ve İflâs Hukuku, C. II, 3. Bası,
Evrin Dağıtım, İstanbul, 1988.

Kuru, Baki:

İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2.
Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003.

Künzle, Hans Rainer:

“Aktuelle Praxis zur
Willensvollstreckung (2009 – 2010)”,
Successio 2010.

Leuenberger, Christoph/

Uffer-Tobler, Beatrice:

Schweizerisches Zivilprozessrecht,
Stämpfli Verlag, Bern, 2010.

Loughlin, Paula/

Gerlis, Stephen:

Civil Procedure, Second Edition,
Cavendis Publishing, London, 2004.

- Lüke, Gerhard: “Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozess, **JZ**, 1966, s. 588.
- Lüke, Wolfgang: **Die Beteiligung Dritter im Zivilprozess (Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Grundfragen der subjektiven Verfahrenskonzentration)**, Mohr, 1993.
- Lüttringhaus, Jan D.: “Der Missbrauch des Gerichtsstandes im Zivilprozess”, **ZZP**, 2014/1.
- M. Berkin, Necmeddin: **Medenî Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- Malatyalıoğlu, Kutsi/
Ertuş, Hami: **Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Dâvaları**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1972.
- Rauscher, Thomas: **Münchener Kommentar zum FamFG**, 2. Aufl, C.H.Beck, München, 2013 (Bearb. Mayer, J). (“*MüKo FamFG*”).
- Meier, Isaak: **Iura novit curia**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1975.

Meier, Isaak /

Sogo, Miguel:

Schweizerisches Zivilprozessrecht,
Schulthess, Zürich, 2010.

Meier-Hayoz, Arthur:

Das Sachenrecht, I. Teilband: Artikel
641-654 ZGB, 5. Aufl, Verlag Stämpfli
& Cie AG, Bern, 1981.

Meriç, Nedim:

**Medenî Yargılama Hukukunda
Tasarruf İlkesi**, Yetkin Yayınları,
Ankara, 2011.

Meriç, Nedim:

“Medenî Yargılama Hukukunda
Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin
Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların
Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve
İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı XII,
SDÜHFD**, 2014/2.

Minnig, Yannick:

“Aufhebung von Miteigentum in der
Erbgemeinschaft”, **Aktuelle Juristische
Praxis**, 2018.

Minnig, Yannick:

“Prozessrechtliche Überlegungen zur
antizipierten Abstandserklärung in
Erbeilungsprozessen”, **ZZZ**, 2019/46
(“*Abstandserklärung*”).

Musielak, Hans Joachim:

Die Grundlagen der Beweislast im

Zivilprozeß, Walter De Gruyter Berlin-New York, 1975 (“*Beweislast*”).

Musielak, Hans-Joachim/

Voit, Wolfgang:

:

Zivilprozessordnung Kommentar, 15. Aufl, Franz Vahlen, München, 2018 (Bearb. Heinrich, Christian; Weth, Stephan) (“*Musielak/Voit ZPO*”).

Musielak, Hans-Joachim/

Borth, Helmut/

Grandel, Mathias:

Familiengerichtliches Verfahren Kommentar, Franz Verlag, München, 2015.

Muşul, Timuçin:

Medenî Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Bası, Ankara, 2009.

Müller, Thomas/

Wirth, Markus:

Gerichtsstandsgesetz, Schultess, Zürich, 2001 (Bearb. Müller, Thomas) (“*Müller/Wirth GG*”).

Münchener Kommentar:

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 6, 7. Aufl, C.H.Beck, München, 2017 (Bearb. Schmidt, Karsten).

Nakamura, Hideo: **Japan und das Deutsche Zivilprozessrecht**, Seibundo, Tokyo, 1996.

Namlı, Mert: **Türk ve Fransız Hukuku'nda Yargılamayı Yenilenmesi**, Beta, İstanbul, 2014.

Nar, Ahmet: **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, XII Levha, İstanbul, 2016.

Nikisch, Arthur: **Zivilprozessrecht**, 2. Aufl, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952.

Nikisch, Arthur: "Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, **AcP**, B.154, H. 4, 1955.

Nomer, Halûk Nami/

Ergüne, Mehmet Serkan: **Eşya Hukuku**, 5. Bası, XII Levha, İstanbul, 2017.

Nörr, Knut Wolfgang: **Romanisch-kanonisches Prozessrecht**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2012.

Oğuzman, M. Kemal/

Seliçi, Özer/

Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi,

- Okday-Özdemir, Saibe: İstanbul, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal: **Miras Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Okonska, Agnieszka: **Die Widerklage im Zivilprozessrecht der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- Ott, Arne: **Die Parteiwiderklage**, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Otto, Sebastian: **Die subjektiven Grenzen der Rechtshängigkeitssperre im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht**, Dcnker & Humblot, Berlin, 2007.
- Öğüz, Tufan: **Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri**, Alfa, İstanbul, 1995.
- Önen, Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979 (“*Yargılama*”).
- Önen, Ergün: **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- Önen, Ergun: **İnşâî Dâva**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981. (“*İnşâî Dâva*”).

- Önen, Ergun: “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, **AÜHF**, C. 22, S. 1, 1966.
- Özbek, Mustafa Serdar: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 3. Bası, Ankara, 2012.
- Özekes, Muhammet: **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999.
- Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (“*Hukukî Dinlenilme*”).
- Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, Alfa, İstanbul, 1995 (“*Müdahale*”).
- Özekes, Muhammet: **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, (C. II), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Özekes, Muhammet: “İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.

Özekes, Muhammet:

“HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 290.

Özekes, Muhammet:

“Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **DEÜHFD**, 2002/2.

Özekes, Muhammet:

“Medenî Yargılama Hukukunda Geçici Hukukî Korumalar (Kıta Avrupası Sistemine Bakış)”, **XVth International Association of Procedural Law World Congress Istanbul, 2015**, ed. Prof. Dr. Hakan Pekcanitez-Asst. Prof. Nur Bolayır-Asst. Prof. Cemil Simil, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Özen, Burak:

Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Özgür, Yılmaz:

Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İÜ SBE, İstanbul, 1993.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden:

Kesin Hükmün Objektif Sınırları, XII Levha, İstanbul, 2009.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden:

“Kesin Hükmün Zaman İtibariyle

Sınırları”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden:

“Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan.

Özkaya-Ferendeci, H. Özden:

“Die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen in der Neuen Türkischen Zivilprozessordnung”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, 2018.

Özmen, Ethem Sabâ:

Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Kazancı, Ankara, 1992.

Özmumcu, Seda:

“Müddeabihin Temlikinin Etkilerine İlişkin Sistemler”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007.

Öztek, Selçuk:

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X**,

İzmir, 2012.

Pakel, Nafi:

“Ortaklığın Giderilmesi Davası – Mahiyeti ve Özelliği-”, **İBD**, 2009/1.

Palandt, Otto:

Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl, C.H.Beck, München, 2018 (Bearb. Sprau, Hartwig) (“*Palandt BGB*”).

Paulus, Christoph G.:

Zivilprozessrecht, 6. Aufl, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2017.

Pekcanitez, Hakan:

Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992. (“*Müdahale*”).

Pekcanitez, Hakan:

Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. I, C. II), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Pekcanitez, Hakan/

Taş Korkmaz, Hülya:

Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. I), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Pekcanitez, Hakan:

“Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**,

2005/2.

Pekcanitez, Hakan:

“Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 2003.

Pekcanitez, Hakan:

“Bekletici Sorun (Mesele-i Müstehire)”, **Makaleler**, C. 1, XII Levha, İstanbul, 2016.

Pekcanitez, Hakan:

“Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Makaleler**, C. I, XII Levha, İstanbul, 2016.

Pekcanitez, Hakan:

“Die Interventionsarten im Türkischen Zivilprozessrecht”, **Makaleler**, C. I, XII Levha, İstanbul, 2016.

Pekcanitez, Hakan/

Atalay, Oğuz/

Özekes, Muhammet:

Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.

Pekcanitez, Hakan/

Atalay, Oğuz/

Sungurtekin Özkan, Meral/

Özekes, Muhammet:

İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Yetkin,

Ankara, 2013.

Pohlmann, Petra:

Zivilprozessrecht, 4. Aufl, Verlag C.H.Beck, München, 2018.

Poroy, Reha/

Tekinalp, Ünal/

Çamoğlu, Ersin:

Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Postacıoğlu, İlhan E:

Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975 (“*Usul*”).

Postacıoğlu, İlhan/

Altay, Sümer:

Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Postacıoğlu, İlhan E:

Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası, Baha Matbaası, İstanbul, 1964.

Postacıoğlu, İlhan E:

“Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Postacıoğlu, İlhan E:

“Davaların Birleştirilmesi”, **Makaleler**

ve Karar İncelemeleri, Vedat
Kitapçılık, İstanbul, 2011
(“Birleştirme”).

Postacıoğlu, İlhan E:

“Davalı Şeyin ve Hakkın Temliki:
H.U.M.K’nun 186’ncı Maddesi Üzerine
Bir Deneme”, **Makaleler ve Karar
İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul,
2011 (“HUMK 186”).

Postacıoğlu, İlhan E:

“Şarta Muallâk Hükümler”, **Makaleler
ve Karar İncelemeleri**, Vedat
Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Prütting, Hanns/

Gehrlein, Markus:

ZPO Kommentar, 10. Aufl,
Luchterhand Verlag, München, 2018
(Bearb Gehrlein, Markus;
(“Prütting/Gehrlein ZPO”)

Prütting, Hanns/

Weth, Stephan:

“Teilurteil zur Verhinderung der Flucht
in die Widerklage”, **ZZP**, 98.

Prütting, Hanns:

Gegenwartsprobleme der Beweislast,
C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung,
München, 1983.

Puchta, Georg Friedrich:

Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl,

Leipzig 1863.

Rauscher, Thomas:

Münchener Kommentar zum FamFG,
2. Aufl, C.H.Beck, München, 2013
(Bearb. Mayer, J). (*“MüKo FamFG”*).

Rauscher, Thomas/

Wax, Peter/

Wenzel, Joachim:

Münchener Kommentar zur ZPO, 5.
Aufl, C.H.Beck, München, 2016 (Bearb:
Becker-Eberhard, Ekkehard; Schultes,
Hans-Jörg) (*“MüKO ZPO”*).

Rechberger, Walter H.:

Kommentar zum Außerstreitgesetz
Springer Verlag, Wien, 2006 (Bearb:
Bittner, Ludwig).

Reed, John W:

“Compulsory Joinder of Parties in Civil
Actions”, **Michigan Law Review**, 1975.

Reutlinger, Peter Robert:

Die Voraussetzungen der Widerklage,
Diss, Basel, 1981.

Rickli, Samuel:

**Der Streitwert im schweizerischen
Zivilprozessrecht**, Dike, Zürich, 2014.

Rimmelspacher, Bruno:

“Zur Bedeutung des § 33 ZPO”,
**Verfahrensrecht am Ausgang des 20.
Jahrhunderts Festschrift für**

Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, C.
H. Beck, München, 1997.

Rosenberg, Leo/

Schwab, Karl Heinz/

Gottwald, Peter:

Zivilprozessrecht, 18. Aufl, C.H.Beck,
München, 2018.

Rosenberg, Leo:

“Zur Lehre von der gewillkürten
Prozessstandschaft”, **JZ**, 1952/5.

Roth, Herbert:

“Zweiparteiensystem und mehrseitige
Gestaltungsklagen im
Personengesellschaftsrecht”, **FS für
Bernhard Großfeld**, Heidelberg, 1999.

Roth, Herbert:

“Gewillkürter Parteiwechsel und
Bindung an Prozeßlagen” **NJW**, 1988.

Ruhi, Canan/

Ruhi, Amet Cemal:

**İzaleyi Şüyu, Ortaklığın Giderilmesi,
Paylaşma Davaları**, 7. Bası, Seçkin,
Ankara, 2017.

Saenger, Ingo:

Zivilprozessordnung
Handkommentar, 7. Auflage, Nomos,
2017 (“Saenger ZPO”) (Bearb:
Bendtsen, Ralf).

Salewski, Sabine:

Der Verkäuferregress im deutsch-französischen Rechtsvergleich, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

Sarı, Suat:

Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.

Sawang, Judith:

Geheimhaltung und Rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Schaper, Jürgen:

Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens, Duncker&Humblot, Berlin, 1986.

Scherner, Peter:

Das Klagensystem im Zivilprozess, Diss, Marburg, 1970.

Schilchegger, Johann/

Stefan, Kieber:

Österreichisches Verlassenschaftsverfahren, 2. Aufl, LexisNexis, 2015.

Schley, Michael:

Das französische Produkthaftungsrecht und die bei grenzüberschreitenden Vertragsketten im deutsch-

**französischen Rechtsverkehr
auftretenden Probleme**, Duncker &
Humblot, Berlin, 2001.

Schlosser, Peter:

**Gestaltungsklagen und
Gestaltungsurteile**, Verlag Ernst und
Werner Giesecking, Bielefeld, 1966.

Schlumpf, Michael

Testamentarische Schiedsklauseln,
Dike, Zürich, 2011.

Schmidt, Jörg/

Bussmann, Céline:

“Die Aufhebung des Miteigentums bei
nutzniessungsbelasteten Grundstücken”,
Baurecht/Droit de la Construction,
2016.

Schmidt, Eike/

Esser, Joseph:

Schuldrecht, B. I: Allgemeiner Teil,
Teilband 2, 8. Aufl, C.F. Müller,
Heidelberg, 2000.

Schmidt, Karsten:

**Mehrseitige Gestaltungsprozesse bei
Personengesellschaften**, Decker/Müller,
Heidelberg, 1992.

Schmidt, Karsten:

“Prozess- und Vollstreckungsprobleme
der Gemeinschaftsteilung”, **Juristische
Rundschau**, 1979, H. 8.

Schober, Axel:

Drittbeteiligung im Zivilprozeß,
Verlag P.C.O., Bayreuth, 1991.

Schönke, Adolf /

Kuchinke, Kurt:

Zivilprozessrecht, Verlag C.F. Müller,
Karlsruhe, 1969.

Schumann, Ekkehard:

“Die Prozessremächtigung (die
gewillkürte Prozessstandschaft) und der
Rechtsschutz des Beklagten”, **FS für
Hans Joachim Musielak zum 70.
Geburtstag,** C. H. Beck, München,
2004.

Schütze, Rolf A./

Tscherning, Dieter/

Wais, Walter:

Handbuch des Schiedsverfahrens, 2.
Aufl, Walter De Gruyter, Berlin/New
York, 1990.

Schwab, Karl Heinz/

Walter, Gerhard:

Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl, C.H.
Beck'sche Verlagsbuchhandlung,
München, 1990.

Schwab, Karl Heinz:

Der Streitgegenstand im Zivilprozess,
C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung,

München, 1954.

Schwab, Karl Heinz:

Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, **FS für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag**, München, 1957.

Schwab, Martin:

Zivilprozessrecht, 5. Aufl, C. F Müller, 2016.

Seeberger, Lionel Harald:

Die Richterliche Erbteilung, Universitätsverlag Freiburg, 1992.

Seelig, Horst:

Die Prozessuale Behandlung materielrechtlicher Einreden – Heute und Einst-, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1980.

Seiler, Benedikt:

Die Berufung nach ZPO, Schulthess, Zürich, 2013.

Serozan, Rona:

Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Simil, Cemil:

Belirsiz Alacak Davası, XII Levha, İstanbul, 2013.

Simil, Cemil:

“Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel

Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e
Armağan.

Simonius, Pascal/

Sutter, Thomas:

Schweizerisches

Immobiliarsachenrecht, B. I, Verlag
Helbing & Lichtenhahn, Basel und
Frankfurt am Main, 1995.

Sirmen, A. Lâle:

Eşya Hukuku, 5. Bası, Yetkin
Yayınları, Ankara, 2017.

Smid, Stefan

**Rechtsprechung – Zur
Unterscheidung von Rechtsfürsorge
und Prozeß-**, Carl Heymanns Verlag
KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1990.

Soergel, Hs. Th:

**Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht
9/1**, §§ 705-758, 13. Auflage,
Kohlhammer, Stuttgart, 2012 (Bearb.
Hadding, Walther).

Sogo, Miguel:

**Gestaltungsklagen und
Gestaltungsurteile des materiellen
Rechts und ihre Auswirkungen auf
das Verfahren**, ZStV – Zürcher Studien
zum Verfahrensrecht Band/Nr. 152,
2007.

Sohm, Rudolph: **The Institutes; A Textbook of the History and System of Roman Private Law** (çev. James Crawford Ledlie), Claredon Press, 1907.

Spellenberg, Ulrich: “Drittbeteiligung im Zivilprozess in rechtsvergleichender Sicht”, **ZZP**, B. 106, H. 3, 1993.

Spühler, Karl/

Dolge, Annette/

Gehri, Myriam:

Schweizerisches Zivilprozessrecht, Stämpfli Verlag AG Bern, 2010.

Spühler, Karl/

Tenchio, Luca/

Infanger, Dominik:

Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013 (Bearb. Spühler, Karl) (“*Basler ZPO*”).

Spycher, Annette:

“Prozessuales zur Erbteilung und zur Erbteilungsklage” **Ausgewählte Aspekte der Erbteilung**, Stämpfli Verlag, Bern, 2005.

Stadler, Astrid:

“Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im

Zivilprozeß”, **NJW**, 1989, H. 19

Staehelin, Adrian/

Sutter, Thomas:

Zivilprozessrecht, Schulthess
Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992.

Staehelin, Daniel/

Grolimund, Pascal/

Staehelin, Adrian:

Zivilprozessrecht, 2. Aufl, Schulthess,
Zürich, 2013.

Stalder, Christian:

“Rechtsbegehren in familienrechtlichen
Verfahren”, **Die Praxis des
Familienrechts**, Stämpfli Verlag, Bern,
2014.

Staub, Hermann:

Handelsgesetzbuch Großkommentar,
Dritter Band, 5. Aufl, De Gruyter,
Berlin, 2009 (Bearb. Schäfer, Carsten)
(“*Staub HGB*”).

Stein, Friedrich/

Jonas, Martin:

Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, Band.
1, §§ 1-77, Mohr Siebeck, Tübingen,
2014 (Bearb: Brehm, Wolfgang; Jacoby,
Florian) (“*Stein/Jonas ZPO*”).

Stein, Friedrich/

Jonas, Martin:

Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, Band. 4, §§ 271-327, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018 (Bearb: Althammer, Christoph) (*“Stein/Jonas ZPO”*).

Stokar, David:

Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Diss, Zürich, 1954.

Strazzer, René:

“Die anwaltliche Doppel- und Mehrfachvertretung im erbrechtlichen Mandat – einige Streiflichter aus der Praxis”, **SAV Erbrecht**, 10.01.2013, (<https://bit.ly/2xfgcnA>), (Çevrimiçi 13.09.2017).

Studer, Urs W./

Rüegg, Victor/

Eiholzer, Heiner:

Der Luzerner Zivilprozess, Kriens, 1994.

Stürner, Rolf:

“Die erzwungene Intervention Dritter im europäischen Zivilprozess”, **Einheit und Vielfalt des Rechts: FS für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag**, C.H.Beck, München, 2002.

Sulhi Tekinay, Selâhattin:

Kat Mülkiyeti, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991. (“*Kat Mülkiyeti*”).

Sungurbey, İsmet:

Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, Sermet Matbaası, 1963.

Sungurbey, İsmet:

Medenî Kanun Öntasarısının Nesneler Hukukunun Eleştirisi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1972.

Sungurtekin Özkan, Meral:

Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Bası, Barış Yayınları, İzmir, 1999.

Sungurtekin Özkan, Meral:

“İnşai Karar ve Özellikleri”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.

Sutter-Somm, Thomas/

Franz, Hasenböhler/

Christoph, Leuenberger:

Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl, Schultess, Zürich, 2016 (Bearb: Klingler, Rafael; Grieder, Alain; Lazic, Milan; Seiler, Benedikt; Sutter-Somm, Thomas) (“*Schulthess ZPO*”)

Sutter-Somm, Thomas “Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen”, **SZZP**, 2007/15.

Sutter-Somm, Thomas/

Ammann, Dario: **Die Revision des Erbrechts**, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.

Sutter Somm, Thomas/

Chevalier, Marco: “Die prozessualen Befugnisse des Willensvollstreckers”, **Successio**, 2007.

Sutter-Somm, Thomas/

Lötscher, Cordula: “Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis” **Successio**, 2013/4.

Sutter-Somm, Thomas: **Sachenrecht**, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel, 2014.

Şener, Oruç Hami: **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2016.

Tahiroğlu, Fatih: **Medeni Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi**, İÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

İstanbul, 2013.

Tanrıver, Süha:

İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

Tanrıver, Süha:

“Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller”, **ABD**, 1996/1.

Tanrıver, Süha:

“Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, **BATİDER**, 1998/4.

Tanrıver, Süha:

Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Tanrıver, Süha:

“Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, **Makalelerim II (2006-2010)**, Adalet, Ankara, 2011.

Tanrıver, Süha:

Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Taş Korkmaz, Hülya:

Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Yetkin, Ankara, 2014.

Sema Taşpınar:

“Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **AÜHFD**, C. 45, S.

1, 1996.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/

Akman, Sermet/

Burcuoğlu, Halûk/

Altop, Atillâ:

Eşya Hukuku C. I, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.

Tekinay, Selâhattin Sulhi:

Eşya Hukuku, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1970-71.

Testa, Giovanni Andre:

Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

Thomas, Heinz/

Putzo, Hans:

Zivilprozessordnung, 39. Aufl, C.H.Beck, München, 2018.

Topuz, Gökçen:

Hisse Hacı ve Satışı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Trommler, Stefan:

Die Teilklage im Zivilprozess, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

Tschümperlin, Paul:

Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, Universitätsverlag

Freiburg, Schweiz, 1984.

Tuluay, Metin:

“Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1983/1.

Tunaboylu, Müslim:

Paylaşma (Ortaklığın-Paydaşlığın Giderilmesi) Davaları, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Tunç Yücel, Müjgan:

HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Seçkin, Ankara, 2013.

Turan Başara, Gamze;

“Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası” **TAAD**, 2016/27.

Ulukapı, Ömer:

Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Yayınları, Konya, 1991.

Ulukapı, Ömer:

Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Mimoza, Konya, 2015.

Umar, Bilge:

“Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme”, **İÜHFM**, 1963/1-2.

Umar, Bilge:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı, Sermet

Matbaası, İstanbul, 1967.

Umar, Bilge:

İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973.

Umar, Bilge:

İktisatçılar İçin Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Ders Notları, Sobe Matbaası, İzmir, 1973.

Umar, Bilge:

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2007.

Umar, Bilge:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (“*Şerh*”).

Unger, Joseph:

System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1859.

Üstündağ, Saim:

Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000. (“*Yargılama*”).

Üstündağ, Saim:

İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, Cezaevi Matbaası, İstanbul,

1967. (“Yasak”).

Üstündağ, Saim:

Tapu Kütüğünün Tashihi Davası,
Baha Matbaası, İstanbul, 1959.

Üstündağ, Saim:

İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası,
İstanbul, 1981.

Üstündağ, Saim:

İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası,
İstanbul, 2004.

Üstündağ, Saim:

**Medenî Usul Hukukunda Kanun
Yolları ve Tahkim,** Sulhi Garan
Matbaası, İstanbul, 1978.

von Arnesberg, Karl Ludwig Arndts:

Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl,
München, 1868.

von Lücken, Frauke:

**Parteifähigkeit der Gesellschaft
bürgerlichen Rechts und Parteibegriff
im Zivilprozessrecht,** Peter Lang,
Frankfurt am Main, 2009.

von Planck, Johann Julius Wilhelm:

**Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten
im Prozessrecht,** Göttingen, 1844.

von Savigny, Friedrich Carl:

**System des heutigen römischen
Rechts,** B. 5, Berlin 1841.

von Savigny, Friedrich Carl:

System des heutigen römischen Rechts, B. 6, Berlin 1847.

von Staudigers, J:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 741-764, Sellier- de Gruyter, Berlin, 2015 Bearb. Eickelberg, Jan) ("*Staudinger BGB*")

von Staudigers, J:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 903-924 (Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht, 15. Aufl, de Gruyter, 2015 (Bearb. Roth, Herbert) ("*Staudinger BGB*").

von Wyss, Karl:

Die Widerklage mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Zivilprozessgesetze, Schultess & Co., Zürich, 1906.

Wagner, Tobias:

"Die Widerklage", **Juristische Arbeitsblätter**, 2014.

Walther, Richard:

Klageänderung und Klagerücknahme, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1969.

Werner, Michael:

Widerklage auf nationaler und internationaler Ebene, Verlag Paul Haupt, Bern/Stuttgart/Wien, 2002.

Wicki, Francesco:

“Considerazioni Sull’actio duplex nel diritto Svizzero”, **SZZP**, 2009/1.

Wieczorek, Bernhard/
Rolf A., Schütze:

Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Erster Band, Teilband 1 (§§ 1-23a), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/München/Boston, 2015 (Bearb: Prütting, Hanns) (“*Wieczorek/Schütze ZPO*”).

Wieczorek, Bernhard/
Rolf A., Schütze:

Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Erster Band, Teilband 2 (§§ 24-49), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/München/Boston, 2015 (Bearb: Hartmann, Sabine; Smid, Stefan) (“*Wieczorek/Schütze ZPO*”).

Wieczorek, Bernhard/
Rolf A., Schütze:

Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Zweiter Band, Teilband 1 (§§ 50-77), 4. Aufl, De Gruyter, Berlin/Boston, 2018 (Bearb: Mansel, Heinz-Peter; Schulze, Götz) (“*Wieczorek/Schütze ZPO*”).

Wieczorek, Bernhard/
Rolf A., Schütze:

**Zivilprozessordnung und
Nebengesetze Großkommentar,**
Fünfter Band, Teilband 1 (§§ 300-329),
4. Aufl, De Gruyter, Berlin/Boston, 2015
(Bearb: Büscher, Wolfgang; Rensen,
Hartmut) ("*Wieczorek/Schütze ZPO*").

Wieczorek, Bernhard/
Rolf A., Schütze:.

**Zivilprozessordnung und
Nebengesetze Großkommentar,**
Vierter Band, (§§ 253-299a), 4. Aufl, De
Gruyter, Berlin/Boston, 2013 (Bearb:
Assmann, Dorothea)
("*Wieczorek/Schütze ZPO*").

Willisegger, Daniel:

Grundstruktur des Zivilprozesses,
Schulthess, Zürich, 2014.

Wolf, Stephan/

Eggel, Martin:

**Berner Kommentar zu Art. 602-619
ZGB,** Stämpfli Verlag, Bern, 2014
(Bearb. Wolf, Stephan).

Yabancı, Türkan:

Ortaklığın Giderilmesi Davası,
AÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, Ankara, 1997.

Yardımcı, Taner Emre:

Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, XII Levha, İstanbul, 2017.

Yavaş, Murat:

Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Yayla, Tolunay Ozanemre;

Mirasın Paylaşılması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Yeğengil, Rasih:

Tahkim, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.

Yeşilırmak, Ali:

Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, (C. III), 15. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Yıldırım, Kâmil:

“Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri”, **HAD**, 1993/1-3.

Yıldırım, Kâmil:

“Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006 (“Çekişmesiz Yargı”).

Yılmaz, Ejder:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara,

2017.

Yılmaz, Ejder:

Medeni Yargılama Hukukunda Islah,
Yetkin Yayınları, 2013.

Yılmaz, Ejder:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,
C. III, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara,
2017.

Yılmaz, Ejder:

Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I,
Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Yılmaz, Ejder:

İstinaf, 2. Bası, Yetkin Yayınları,
Ankara, 2005 (“*İstinaf*”).

Yılmaz, Ejder:

“Savcıların Hukuk Davalarında
Görevleri”, **AÜHFD**, 1972/1-2.

Zeiss, Walter/

Schreiber, Klaus:

Zivilprozessrecht, Mohr Siebeck,
Tübingen, 2014.

Zeuner, Albrecht:

**Die Objektiven Grenzen der
Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher
Sinnzusammenhänge,** J.C.B Mohr,
Tübingen, 1959.

Zevkliler, Aydın:

Gayrimenkul Sınır İhtilafları, Pars
Matbaası, Ankara, 1976.

Zimmermann, Walter:

Freiwillige Gerichtsbarkeit, C.F.
Müller Verlag, Heidelberg, 1996.

Zimmermann, Walter:

Keidel FamFG, 19. Aufl, C.H. Beck,
München, 2017.

Zoller, Anne Sabine:

**Vorläufige Vollstreckbarkeit im
Schweizer Zivilprozessrecht, ZStV -**
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Band/Nr. 157, Schulthess, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

Anıl Köroğlu, 1989 yılında Kocaeli’de doğdu. 2007 yılında Kocaeli Anadolu Lisesi’nden, 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu. “Medenî Usûl Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar” başlıklı teziyle İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’ndeki yüksek lisans eğitimini 2014 yılında tamamladı. 2012 yılından itibaren Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. İngilizce ve Almanca bilmektedir.