

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK SÜRECİ VE ANLAŞMA BELGESİNİN İCRA EDİLMESİ

*Mediation Process in Dissolution of Partnership and Execution
of The Agreement Document*

Süleyman TOPAK*

Özet

7445 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen 18/B maddesi uyarınca taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ihtiyari arabuluculuk kapsamında çözüme kavuşmaya da elverişlidir. Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemi, tarafların kendi çözümlerini bulması ve uzun süren yargılamalar ile yargılama masraflarına katlanmaktan uzaklaşmak gibi yönleriyle avantajlar sağlamaktadır. HUAK m.18/B uyarınca ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde bir anlaşma belgesi düzenlenmelidir. Bu belgede uyuşmazlık taşınmazla ilgili ise kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmelidir. Ayrıca ortaklığın giderilmesine ilişkin düzenlenen anlaşma belgesinin hüküm doğurması için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur. Uygulamada, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgelerinin gereğinin yerine getirilmesine ilişkin taleplerin, sulh hukuk mahkemesi satış memurlukları tarafından bu belgenin mahkeme kararı olmadığı ileri sürülerek icra edilmediğine şahit olunmaktadır. Yine resmi sicile kayıtlı taşınır ve taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk yoluyla giderilmesi ve anlaşmanın malik değişikliğine ilişkin olması halinde icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgelerinin mahkeme kararı olmadığı ileri sürülerek resmi sicile icra edilmediği görülmektedir. Bu çalışmada taşınır ve taşınmazlar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşma süreci ve süreç neticesinde düzenlenecek anlaşma belgesinin nasıl icra edilmesi gerektiğinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, uygulamada ortaya çıkan sorunların kaynağı tespit edilmeye çalışılmış ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ortaklığın giderilmesi, arabuluculuk, anlaşma belgesi, icra edilebilirlik, tescil.

Abstract

Pursuant to Article 18/B added to the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) with the Law No. 7445, applying for mediation before filing a lawsuit in disputes related to the division of movable and immovable property and dissolution of partnership is regulated as a condition of litigation. Disputes regarding the dissolution of partnership are also suitable to be resolved within the scope of voluntary mediation. The mediation method in disputes regarding the dissolution

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.09.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 08.01.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, suleymantopak@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6956-8265>



of the partnership provides advantages in terms of the parties finding their own solutions and avoiding protracted proceedings and the costs of the proceedings. Pursuant to Article 18/B of the CLC, if the parties agree at the end of the mediation process, a settlement document must be issued. In this document, if the dispute is related to immovable property, the limitations, procedures and principles set forth in the laws should be observed. In addition, in order for the document of agreement on the elimination of the partnership to become effective, it is obligatory to obtain a certificate of enforceability from the civil court of peace. In practice, it can be seen that requests for the execution of agreement documents with an enforceable annotation regarding the dissolution of the partnership by sale are not executed by the sales offices of the Civil Court of Peace on the grounds that this document is not a court decision. Again, in cases where the partnership on movable and immovable property registered in the official register is resolved through mediation and the agreement is related to the change of ownership, the agreement documents with an enforceable annotation are not executed in the official register on the grounds that they are not court decisions. The purpose of this study is to determine the procedure for resolving disputes concerning the dissolution of the partnership for movable and immovable property through mediation and how the agreement document issued as a result of the procedure should be executed. Within this framework, an attempt was made to identify the causes of the problems arising in practice and to propose solutions to these problems.

Key Words: Elimination of partnership, mediation, agreement document, enforceability, registration.

GİRİŞ

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹ kabulüyle birlikte taşınır veya taşınmaz malların paylaşılması ile bu mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Bu değişiklik, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 18/B maddesinin eklenmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. 7445 sayılı Kanunun 43/1 maddesi gereğince, HUAK²'a eklenen bu madde 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanun'da yapılan düzenleme gereği taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki paylaşım ve ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi halinde öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı (HMK³ m.114/2) olarak öngörülmüştür (HUAK m.18/B-1).

Taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk sadece arabuluculuğa başvuru açısından zorunludur. Yoksa arabuluculuk sürecinin devamı veya süreçten vazgeçme, tarafların anlaşamaması hâlinde yeniden arabuluculuğa başvurma veya dava yoluna gitme hususlarında iradilik ilkesi (HUAK m.3/1) geçerlidir⁴.

7445 sayılı Kanun'un kabulünden önce de HUAK m.2/1'de yer verilen *“tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk*

¹ RG. 05.04.2023/32154.

² Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331.

³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836.

⁴ Özge Yenice Ceylan, “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk” (2023) İnÜHFD 14 (2) 512.

uyuşmazlıkları” ifadesi uyarınca ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulabileceği kabul edilmekteydi. HUAK m.18/B’ye göre taşınır veya taşınmaz malların paylaşımı ile ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıklar ilk kez arabuluculuk yoluyla çözümlenebilir kılınmamış; uyuşmazlığın dava öncesi arabuluculukla çözümlenmesi yönünde başvuru zorunluluğu öngörülmesinin yanında tarafların anlaşması halinde düzenlenecek anlaşma belgesine ve bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin belirlenmeler yapılmıştır. Ayrıca ortaklığın giderilmesinde arabuluculuğun ihtiyari veya dava şartı olmasının süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesi ve bu belgenin icra edilebilirliği açısından herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

Anılan düzenleme ile ortaklığın dava haricinde giderilmesine imkân tanınmış süreç sonunda anlaşmaları halinde sulh hukuk mahkemesinin verdiği icra edilebilirlik şerhi ile ilam niteliğini kazanan anlaşma belgesinin icra edilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmemiştir. Bu durum anlaşma belgesinin uygulanması safhasında sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanun koyucunun barışçıl yöntemle ortaklığın giderilmesine dair amacının etkin hale gelmesi bakımından söz konusu sorunların çözüme kavuşturulması elzemdir.

Çalışmamızda öncelikle ortaklığın giderilmesi kurumuna genel hatlarıyla değinilmiştir. Sonrasında ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk süreci incelenmiştir. Son olarak ise süreç sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği ve uygulamada ortaya çıkan sorunların kaynağı tespit edilmeye çalışılmış, mevcut sorunların giderilmesine ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

I. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

A. Kavram ve Amacı

Mülkiyet hakkı, sahibine eşya üzerinde hukuki sınırlar çerçevesinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini veren ve herkese karşı ileri sürülebilen aynı bir haktır (TMK⁵ m. 683). Bu hakkın aynı eşya üzerinde birden fazla kişiye ait olması durumuna birlikte mülkiyet adı verilir⁶.

Ortaklığın giderilmesi en genel tanımıyla paydaşlar yahut ortaklar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisinin bir/birkaç paydaş ya da tüm paydaşlar/ortaklar arasında paylaşma veya satım suretiyle son bulmasıdır⁷. Ortaklık, maliklerin kendi aralarında

⁵ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG. 08.12.2001/24607.

⁶ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (23. Baskı, Filiz 2021) 345; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku (6.Baskı, Yetkin 2021) 84-85; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku (10. Baskı, Adalet 2020) 57; Anıl Köroğlu, Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (On İki Levha 2020) 3; Barbara Graham Siegenthaler, Regina E. Aebi-Müller ve Christoph Müller, Berner Kommentar-Das Eigentum -Art.641-654a (Stämpfli 2022) 220.

⁷ Önder Topal, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyü) Davası (Yetkin 2020) 34; Yenice Ceylan (n 4) 512; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 375; Eren (n 6) 122-123; Ayan (n 6) 112; Köroğlu (n 6) 3; Siegenthaler, Aebi-Müller



anlaşmaları suretiyle sona erebileceği gibi ortaklığın dava yoluyla sona ermesi de mümkündür⁸. Bu davanın eski adı izale-i şüyu olup, bu dava sonucunda bireysel mülkiyet ilişkisi kurulur⁹.

TMK m.698-700, paylı mülkiyetin sona ermesine, TMK m.703 ise elbirliği mülkiyetinde ortaklığın giderilmesine ilişkin hükümleri düzenler. Mülkiyetin şekline göre paylaşımın nasıl yapılması gerektiği hususu TMK'daki ilgili düzenlemeler ve başkaca kanunlardaki kısıtlamalar gözetilmek suretiyle belirlenmelidir.

B. Ortaklığın Giderilmesini Talep Edebilecek Kişiler

1. Paydaşlar ve Ortaklar

Ortaklığın giderilmesinde paylaşmayı isteyebilecek kişilerin başında paydaşlar ve ortaklar gelmektedir.

TMK m.698/1'de "*Hukukî bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir.*" hükmü düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeden de anlaşılacağı üzere paydaşların kural olarak paylaşmayı istemeleri mümkündür. Bu kuralın istisnaları ise paydaşlar arasında bulunan bir hukuki işlem veya malın sürekli bir amaca özgülenmiş olmasıdır. Yine uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz (TMK m. 698/3). Bu durumlarda paylı mülkiyet ilişkisinin devamı zorunludur. Her bir paydaşın birlikte mülkiyet ilişkisini sona erdirmeyi sağlayabilecek bu hakkı paya ve hukuki niteliği itibarıyla eşyaya bağlı yenilik doğuran bir haktır¹⁰.

TMK m.701'de elbirliği mülkiyeti, "*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyettir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.*" şeklinde tanımlanmaktadır. TMK m.703 düzenlemesi gereği elbirliği mülkiyet ilişkisi ise üç durumda sona ermektedir. Bunlar malın devredilmesi, ortaklığı oluşturan topluluğun dağılması ve elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesidir. Elbirliği mülkiyet ilişkisini sona erdirmek üzere dava açılması halinde ise paylaşırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça TMK'da yer alan paylı mülkiyet hükümlerine göre gerçekleştirilir (TMK m.703/2).

ve Müller (n 6) 1175; Ruth Arnet, Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Schulthess 2023) 85; Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Kurt, Marc Amstutz ve Roland Frankhauser, ZGB Kommentar (Orell Füssli 2021) 1492.

⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 375; Eren (n 6) 117; Ayan (n 6) 116; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁹ Topal (n 7) 121; Yenice Ceylan (n 4) 512.

¹⁰ Eren (n 6) 118.

2. Bir Mirasçının Payını Devralmış Kişi veya Haczettirmiş Olan Alacaklı

Mirasçılar arasında murisin ölümü neticesi doğrudan murisin malvarlığında elbirliği mülkiyet ilişkisi kurulur. “Miras ortaklığı” olarak da adlandırılan bu elbirliği mülkiyet türü kendiliğinden kurulur¹¹. Mirasçılarının miras bırakandan kalan tüm malvarlığı üzerinde hak ve sorumlulukları vardır. Ancak elbirliği mülkiyet ilişkisinin bir gereği olarak, elbirliği mülkiyet ilişkisi konu mala ilişkin tasarruf yapılabilmesi için tüm mirasçılarının rızası gerekir¹².

TMK m.677 düzenlemesi ile mirasçıya, diğer mirasçılarının rızası olmaksızın tek başına miras payını mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye devir imkânı tanınmıştır. Zira miras ortaklığında kişisel ilişki yerine mal varlığı birliği ortaklığın oluşumunda esas alınmıştır¹³. Ancak bu devir, mirasın açılmasından sonra paylaşmadan önce yapılmalıdır¹⁴.

Miras payını devralan kişinin başka bir mirasçı olması halinde ortaklığın giderilmesini talep hakkı mevcuttur. Buna karşın miras payını devralan üçüncü kişi ise mirasçı sıfatını kazanamadığından, elbirliği mülkiyetine dahil miras mallarının paylaşmasına katılamayacağı gibi paylaşmayı talep etmesi de mümkün değildir (TMK m.677/2). Ancak bazı hallerde devralanın hakkını korumak için paylaşmayı talep edebileceği veya paylaşmaya katılabileceği öngörülmektedir¹⁵. Bu durumlardan ilki, devreden mirasçının devir sözleşmesinde belli bir süre içinde paylaşma talebinde bulunmayı taahhüt etmesi halidir. Devreden, böyle bir taahhütte bulunmuşsa, devralan devredenden paylaşma talebinde bulunmasını isteyebilir. İkinci durum ise devralana temsil yetkisinin verilmiş olması halidir. Devreden mirasçı, devralana mirasın paylaşılmasını talep etme ve paylaşmaya katılma konusunda temsil yetkisi vermişse devralan temsilci sıfatıyla hareket edebilir¹⁶. Son imkân ise devralanın hâkime başvurarak paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme hakkıdır (TMK. m. 648). TMK. m. 648'e göre, açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış kişi, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir. Bu talep, mirasın paylaşılmasına karar verilmiş ancak paylaşma henüz tamamlanmadığı durumlarda yapılabilir¹⁷.

Mirasçıya ait olan ortaklık ilişkisini sona erdirmeye hakkı aynı şekilde mirasçının payını haczettiren alacaklıya da tanınmıştır. Mirasın henüz paylaşılmadığı durum-

¹¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 395; Eren (n 6) 133; Ayan (n 6) 139; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 104; Elif Şen, “Miras Hakkının ve Payının Devri” (2018) TAAD (33) 558.

¹² Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 435.

¹³ Arzu Genç Arıdemir, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi (On İki Levha 2012) 11; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, Miras Hukuku (Seçkin 2014) 616; Şen (n 11) 558.

¹⁴ Şen (n 11) 559.

¹⁵ Şen (n 11) 566.

¹⁶ Şen (n 11) 567.

¹⁷ Şen (n 11) 567.



da mirasçının payının borcundan dolayı haczi mümkündür (İİK¹⁸ m.94)¹⁹. Burada elbirliği mülkiyetine konu şeyin haczi söz konusu değildir. Haczin konusu, paylaşma sonunda borçlu mirasçının payına düşecek olan kısımdır²⁰. Böyle bir durumda mirasçının payını haczettirmiş alacaklının ortaklığın sona erdirilmesini istemesi mümkündür. Usulüne uygun yapılan icra takibi sonucu mirasçının miras payını haczettiren alacaklı, icra mahkemesi tarafından kendisine verilecek yetki (İİK m.121) ile mirasçı yerine geçerek miras ortaklığının giderilmesini talep edebilecektir²¹.

Mirasçının payını haczettiren alacaklıya, ortaklığın giderilmesi amacıyla icra mahkemesi tarafından verilen yetki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53.maddesi uyarınca dava takip yetkisidir. Dava takip yetkisine sahip alacaklı, ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce arabulucuya başvurmak zorundadır²². Dava takip yetkisinin kullanıldığı bu durumda alacaklı arabuluculuk sürecini kendi adına başvuru taraf olarak yürütür²³. Çünkü alacaklı, miras hissesi haczedilen borçlunun ortaklığın giderilmesine ilişkin dava hakkını kanundan kaynaklı kullanma hakkına sahip olduğu için arabuluculuk sürecinde de başvuru taraf borçlu değil alacaklı olacaktır.

3. Kamu İdareleri

Devlet tüzelkişiliğine dahil olan kamu idarelerinin²⁴ (bakanlıklar, belediyeler, il özel idaresi, üniversiteler, Sosyal Güvenlik Kurumu vb.) özel mülkiyete tabi bir

¹⁸ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG. 19.06.1932/2128.

¹⁹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2. Baskı, Adalet 2013) 453; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku (9.Baskı, Yetkin 2023) 318; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflas Hukuku (4. Baskı, Yetkin 2023) 175; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku (7.Baskı, Yetkin 2023) 224; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku (10.Baskı, On İki Levha 2023) 181; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Seçkin 2023) 161.

²⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 318; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 161; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 175; Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (20.Baskı, Orell Füssli 2020) 349; Carl Jaeger, Hans Ulrich Walder, Thomas M. Kull ve Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Baskı, Schulthess 1997) 539.

²¹ Kuru (n 19) 637; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 403; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 287; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 311; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 19) 241; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 322; Jaeger, Walder, Kull ve Kottmann (n 20) 694; Kostkiewicz (n 20) 415; Öğretide, mirasçının payını haczettiren alacaklının İİK m.121'e göre yetki almak için icra mahkemesine başvurmadan önce, TMK m.648 uyarınca mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını sulh hukuk mahkemesinden istemesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir. Zira kayyım, alacaklının veya icra dairesinin vereceği uygun süre içinde rızaya dayalı paylaşımı gerçekleştirmezse o zaman alacaklının haczedilen miras payının paraya çevrilmesini isteyebilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir. Kuru (n 19) 637.

²² Buse Dişel, Dava Takip Yetkisi (On İki Levha 2020) 236.

²³ Dişel (n 22) 151.

²⁴ Kamu idarelerinin tam listesi için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=10691&-MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>, (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

mala ortak olması mümkündür. İşte bu durumda kamu idaresinin ortaklığın giderilmesini talep hakkı mevcuttur.

Tapu sicilinde bazı taşınmazların kaydında “*miktar fazlası hazineye aittir*” şerhinin bulunduğu görülmektedir. Bu ifadenin bulunduğu hallerde, ilgili şerh hazineye mülkiyet hakkı sağlamadığından ve hazinenin paydaş olma durumu olmadığından hazinenin ortaklığın giderilmesi davası açma hakkı yoktur²⁵. Ancak bu şerhin yer aldığı taşınmaza ilişkin ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi halinde hazinenin arabuluculuk sürecine taraf olarak dâhil edilmesi zorunludur²⁶. Zira söz konusu şerh, kadastro tespiti sırasında varsa Hazineye ait taşınmazın korunması amacıyla konulmaktadır. Bu şerh kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükü niteliğindedir. Kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükünün tapu kütüğüne tescili gerekli değildir (TMK m.841/1). Taşınmaz maliki değişirse başka bir işleme gerek kalmaksızın yeni malik taşınmaz yükünün yükümlüsü olur (TMK m.849/1). Bu hükümler gereğince önceki tapu kaydında bulunan “*miktar fazlası hazineye aittir*” şerhi yeni malik yönünden de bağlayıcı olur. Kanundan doğan bu taşınmaz yükümlülüğü karşısında TMK.m.1023’de açıklanan tapu kütüğüne güven prensibinden söz edilemez. Bu nedenle de ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda anlaşma gereği malikin değişmesi halinde yeni malik bu şerh ile bağlı olacağı için hazinenin arabuluculuk sürecine dahil edilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

C. Ortaklığın Giderilmesine Konu Olabilecek Şeyler

Ortaklığın giderilmesine konu olabilecek ve uygulamada da en sık karşılaşılan şey tapuya kayıtlı taşınmazlardır²⁷. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında ise ortaklığın giderilmesine karar verilmesi mümkün değildir²⁸. Ayrıca kamu malı niteliğindeki taşınmazlarda birden fazla idare ortak olsa dahi bu taşınmazlar ortaklığın giderilmesine konu olamazlar²⁹. Yine ortaklığın giderilmesi talep edilen taşınmazda kamulaştırma işlemleri gerçekleştirilerek taşınmazın bir kısmı kamulaştırılmışsa kalan kısmı için ifrazı mümkün ise bu kısmın ortaklığın giderilmesine konu olması mümkündür³⁰.

²⁵ Seveda Kaçan Seis, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davaları ve Yargılamaya Yansımaları” (Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2022) 30.

²⁶ Kaçan Seis (n 25) 30.

²⁷ Yenice Ceylan (n 4) 513.

²⁸ Yenice Ceylan (n 4) 513.

²⁹ Erhan Günay, Ortaklığın Giderilmesi Davaları (Seçkin 2023) 21; Yenice Ceylan (n 4) 513.

³⁰ Günay (n 29) 124; Yenice Ceylan (n 4) 513; Aynı hususta bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 22.10.2018, E.2018/1816, K.2018/7007 “*Dava konusu taşınmazda kamulaştırma şerhi bulunduğu takdirde kamulaştırma belgeleri getirilerek kamulaştırma işlemlerinin kesinleşip kesinleşmediği araştırılmalı, kamulaştırma kesinleşmişse kamulaştırılan kısmın ifrazı için davacıya uygun bir süre verilerek taşınmazın kalan kısmının ortaklığının giderilmesine karar verilmesi gerekir. Somut olayda; dava konusu 464 ve 465 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydında kamulaştırma şerhi*



Ortaklığın giderilmesi talep edilen taşınmazın arazi olması halinde üzerinde bulunan muhdesatlar³¹, arazinin bütünleyici parçası olduğundan araziden ayrı olarak ortaklığın giderilmesine konu olamazlar³². Mirasa konu tarım arazilerinin de ortaklığın giderilmesine konu olması mümkündür. Ancak bu konuda 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu³³ (TKAKK) hükümlerinin dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır³⁴.

Taşınır mallar da ortaklığın giderilmesine konu olabilir. Buna göre sicile kayıtlı her türlü otomobil, kamyon, tır, iş makinası vb. araçlar ile makina, teçhizat, ev eşyası gibi taşınır ortaklığın giderilmesine konu olabilir. Yine taşınmazın bütünleyici parçası olmayan taşınır da ortaklığın giderilmesine konu olabilirler³⁵.

Markalar da malvarlığı değeri oluşturduğundan ortaklığın giderilmesine konu olabilir³⁶. Devlet tahvili, hisse senedi, kıymetli evrak da ortaklığın giderilmesine konu olabilir³⁷.

D. Ortaklığın Giderilmesi Şekilleri

1. Aynen Paylaşma

Paylı mülkiyet konusu mal, aynen paylaşmaya elverişli ise paydaşlar hisseleri oranında malın paylaşımı yoluna gidebilirler³⁸. Aynen paylaşma, paydaşların oy birliğiyle verecekleri karar ile yapılabilir³⁹. Paydaşlardan biri dahi aynen paylaşma

bulunmaktadır. O halde, çekişmeli 464 ve 465 parsel sayılı taşınmazların tapu kaydında mevcut kamulaştırma şerhi nedeniyle kamulaşturmaya ilişkin belgelerin getirilerek kamulaştırma işlemlerinin kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması, kamulaştırma kesinleşmişse kamulaştırılan kısmın ifrazı için davacı tarafa uygun bir süre verilmesi ve taşınmazın kalan kısmının ortaklığının giderilmesine karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir.” www.mevzuat.sinerjias.com.tr (Erişim Tarihi: 25.09.2024).

³¹ Muhdesat, arazi üzerinde kalıcı olmak amacıyla yapılan yapı veya dikilen bitkilerdir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat” (2022) TAAD (51) 78 vd.

³² Yenice Ceylan (n 4) 513.

³³ RG. 19.07.2005/25880.

³⁴ 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, ülkemizdeki tarım toprakları üzerindeki tarımsal eşya, tarımsal miras, tarımsal kira hukukuna ilişkin hukuki ilişkileri düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Fikret Eren ve Veysel Başpınar, Toprak Hukuku (Yetkin 2014) 2 vd.

³⁵ Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁶ Şakir Balcı, Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları (Seçkin 2012), 129; Şamil Demir, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk” (2016) ABD (1) 493; Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁷ Demir (n 36) 493; Yenice Ceylan (n 4) 514.

³⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Arnet, Breitschmid ve Jungo, (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

³⁹ Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 113; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1206.

karşı çıkarsa anlaşma sağlanmış olmaz⁴⁰. Paydaşların üzerinde oybirliği ile anlaştığı ve sadece paydaşlar arasında hüküm ve sonuç doğuran bu sözleşmeye “paylaşma/ taksim” sözleşmesi denir⁴¹.

Paydaşların aynen paylaşmaya karar verebilmesi için paylı malın niteliği itibariyle bölünmeye elverişli olması⁴² ve değerinde önemli bir azalmanın olmaması gerekir⁴³. Aksi takdirde mal satılarak bedelinin paydaşlar arasında bölüşülmesi suretiyle ortaklık giderilir⁴⁴. Aynen paylaşımın mümkün olması halinde ise her paydaşa özgülenecek kısım paylaşma sözleşmesinde açıkça belirtilip tayin edilmelidir⁴⁵.

Elbirliği mülkiyeti, ortakların oy birliğiyle anlaşmaları veya mahkeme kararıyla paylı mülkiyete dönüştürülerek sonlandırılabilir (TMK m.703/1). Mirasçılar ise ortaklığın aynen paylaşma yoluyla sonlandırılmasına ancak birlikte kadar verebilirler⁴⁶.

Paylı mülkiyette paydaşlar, elbirliği mülkiyetinde ortaklar, paylaşma ve paylaşmanın şekli hususlarında anlaşamazlarsa paydaşlardan veya ortaklardan birinin talebi üzerine malın, hâkim tarafından aynen paylaşılmasına karar verilir⁴⁷. Ancak bu durumda da malın aynen paylaşımına fiilen ve hukuken uygun olması gerekir⁴⁸. Aynen paylaşmada hâkim, paydaşlardan bazılarını yalnız para, bazılarını ise malın belli bir parçasının özgülmesi doğrultusunda bir karar veremez⁴⁹.

2. Satış Yoluyla Paylaşma

Ortaklığın giderilmesinde esas olan, ortaklığın aynen paylaşılması yoluyla giderilmesidir (TMK m.699/2). Fakat tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler

⁴⁰ Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 113.

⁴¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 386, 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴² Malın bölünmeye elverişliliği cinsi veya cismine göre belirlenir. Örneğin, buğday, arpa, üzüm, pamuk gibi tüketim malları veya para, hisse senedi aynen paylaşımına uygundur. Aynen paylaşımın mümkün olması için malın paylaşımında hukuki bir kısıtlamanın da bulunmaması gerekir. Örneğin, tarım arazileri asgari büyüklük olarak belirlenmiş ve bu arazilere bölünemez eşya vasfı kazandırılmıştır (TKAKK m.8). TKAKK m.8/B gereğince tarım arazilerinde ifraz, hisselendirme, pay temlik, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi, elbirliği mülkiyetinin devri, paylı mülkiyet olarak intikal, taksim ve vasıf değişikliği işlemlerinin doğrudan paydaşlar tarafından değil ancak Bakanlık izni ile yapılabilmesi öngörülmüştür. Miras yolu ile kalan taşınmazlar bakımından yine arazilerin Kanun’da belirlenen asgari büyüklük altında bölünememesi kuralı geçerli olup taşınmazın ya ehil mirasçıya devri ya da Bakanlığın izni veya Kanun’daki prosedür doğrultusunda satışı yoluna gidilmektedir (TKAKK m.8/B, m.8/C).

⁴³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123, 124; Yenice Ceylan, (n 4) 515; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 95; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1495.

⁴⁴ Eren (n 6) 124.

⁴⁵ Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115.

⁴⁶ Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴⁷ Eren (n 6) 126; Ayan (n 6) 123; Yenice Ceylan (n 4) 514.

⁴⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123, 124; Yenice Ceylan (n 4) 515; Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 95 Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1495.

⁴⁹ Eren (n 6) 127; Ayan (n 6) 124; Yenice Ceylan (n 4) 515.



dahi kanunlardan kaynaklı bir kısıtlama veya malın değerindeki önemli azalış gibi nedenlerle aynen paylaşma mümkün olmayabilir. Bu durumda taraflar arasındaki ortaklık, malın satılması neticesi nakden paylaşma ile mümkün olur⁵⁰.

Paydaşlar satış suretiyle paylaşma yolunu istemişlerse, paylı mülkiyete konu eşya, pazarlık suretiyle veya artırma yoluyla paraya çevrilerek satış bedeli paydaşlar arasında dağıtılır. Artırma yalnızca paydaşlar arasında veya herkese açık artırma şeklinde yapılabilir⁵¹. Satışın sadece paydaşlar arasında artırmayla yapılabilmesi için bu konuda tüm paydaşların rızası olmalıdır (TMK m.699/3). Paydaşlar tarafından malın açık artırmayla satışına karar verildiği durumda ise bu satış İİK hükümlerine göre gerçekleşir (HMK m.322/2). Satış bedeli paydaşlara payları oranında dağıtılır⁵². Aynı zamanda ortak malın, paydaş veya ortaklardan biri tarafından diğerlerine kabul edilen değerinin ödenmesi karşılığında özgülenmesi de mümkündür⁵³.

II. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE ARABULUCULUK

A. Genel Olarak

Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarının çözümünü sağlamak amacıyla gönüllü, etkili, tarafsız ve ehil bir arabulucu katkısı ile yürütülen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁴. HUAK m.2’de arabuluculuk, “*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 üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵¹ Topal (n 7) 69; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 116; Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵² Yenice Ceylan (n 4) 516.

⁵³ Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 93; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 211; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁵⁴ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk (2. Baskı, On İki Levha 2019) 17; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1) (4. Baskı, Yetkin 2016) 591,592; Mnotho Thamsanqa Ngcobo, “Navigating the emotional landscape of mediation: An exploration of the role of emotions in conflict resolution and the strategies for effective management” (2024) Conflict Resolution Quarterly (41) 328; Jonas Fischer ve Anne Mirjam Schneuwly, ADR-Alternative Dispute Solution (Dike 2021) 222; Myriam A. Gehri, Ingrid Jent-Sørensen ve Martin Sarbach, ZPO Kommentar (Orell Füssli 2023) 616; Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler ve Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien 2016) 1545; James Thomas Peter, Gerichtsnaher Mediation-Kommentar zur Mediation in der ZPO (Staempfli 2011) 59; Karl Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2023) 578.

Arabuluculuğa başvurma, süreci devam ettirme, sona erdirme, anlaşma içeriğinin belirlenmesi konularında tarafların özgür iradesi söz konusudur⁵⁵. Ancak bazı konulardaki uyuşmazlıkların çözüme kavuşmasının kolaylaştırılması adına kanun koyucu tarafından kişilerin dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmalarının zorunlu olduğu kabul edilmiştir⁵⁶. Zira mahkemede birinin haklı diğerinin haksız olduğunu tartışmak isteyen tarafların aksine arabuluculuğa giden taraflar en azından bunun doğru ya da yanlışla ilgili olmadığını düşünerek uzlaşmak ve birlikte çözüm bulmak için bir fikirle gelirler⁵⁷. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'ndeki zorunlu arabuluculuk deneyimi, başlangıçta arabuluculuğa direnen tarafların bile sonuçtan memnun olduğunu göstermiştir⁵⁸. Arabuluculuk, tarafların koşullar nedeniyle iletişim halinde kalmaları gerektiği durumlarda zorunluluk arz edebileceği gibi örneğin, aile hukuku alanındaki anlaşmazlıklarda, komşuluk hukuku alanındaki anlaşmazlıklarda, akrabalık bağına zarar verebilecek anlaşmazlıkların çözümünde etkin bir rol oynar⁵⁹. Dolayısıyla bazı uyuşmazlıklarda her ne kadar dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu kabul edilmiş olsa dahi süreçte anlaşma ya da anlaşmama ile süreci devam veya sona erdirme özgürlüğü tamamen uyuşmazlığın taraflarındadır (HUAK m.3/1).

7445 sayılı Kanun'un kabulüyle birlikte taşınır veya taşınmaz malların paylaşılması ile bu mallar üzerindeki ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla 01.09.2023 tarihinden sonra açılması düşünülen ortaklığın giderilmesi davaları öncesi arabuluculuk yoluna başvuru zorunlu hale gelmiş ve bu başvuru dava şartı olarak öngörülmüştür (HUAK m.18/B-1,b; HMK m.114/2).

B. Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuğun Yararlı ve Sakıncalı Yönlerinin Belirlenmesi

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuk yöntemiyle çözümü, tarafları ekonomik yönüyle avantajlı konuma getirebilir. Ayrıca uyuşmazlık ara-

⁵⁵ Özbek (n 54) 593; Ngcobo (n 54) 328; Peter (n 54) 64; Spühler (n 54) 578.

⁵⁶ Türk hukukunda olduğu gibi diğer hukuk sistemlerinde de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bazı uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuğa başvuru zorunlu kılınmıştır. İsviçre'de mahkeme dışı dostane uyuşmazlık çözüm yollarının amacı mahkemelerin iş yükünü ve tarafların üstleneceği masrafları azaltma gayesi taşıdığından, mahkeme nezdinde dava aşamasına geçilmeden önce uyuşmazlık çözüm sürecine veya arabuluculuğa başvurulması gerekli kılınmıştır. Peter (n 54) 57-58; Fischer ve Miriam (n 54) 222; Gehri, Jent-Sørensen ve Sarbach (n 54) 616; Sutter-Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1545. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGZPO) Art. 15a, gereği ilk derece mahkemelerinde belli bazı uyuşmazlık türlerinde dava yoluna başvurulmadan önce ilgili uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yoluna başvurunun zorunlu kılınabileceği düzenlenmiştir. Michael Stöber, "Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO" (2014) Juristische Arbeitsblätter (8) 607.

⁵⁷ Sutter Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1545; Peter (n 54) 57.

⁵⁸ Fischer ve Schneuwly (n 54) 217; Sutter Somm, Hasenböhler ve Leuenberger (n 54) 1548. İsviçre'de arabuluculuğun köklerinin İsviçre hukuk geleneğine dayanmaması ve "sulh yargısının" sıkı şekle bağlı olması nedeniyle kendini kabul ettirmesinin yavaş olduğu belirtilmektedir. Spühler (n 54) 578.

⁵⁹ Gehri, Jent-Sørensen ve Sarbach (n 54) 618.

buluculuk yönteminde mahkeme sürecine nazaran daha masrafsız ve hızlı çözüme kavuşabilir⁶⁰.

Miras ortaklığından doğan elbirliği mülkiyetine konu terekenin paylaşılma şekli çoğunlukla mirasçılar arasında sancılı bir sürece mahkûm olabilmektedir⁶¹. Bu durumda çözüm, taraflara eşit mesafede olan bağımsız bir arabulucu vasıtasıyla ortaya konularak gerçekleştirilebilir⁶². HUAK'taki düzenlemeler gereği hukukumuzda kolaylaştırıcı arabuluculuk yöntemi geçerlidir⁶³. HUAK m.17/B ve HUAK m.18/B'de "taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasların gözetilmesi" suretiyle tarafların anlaşma sağlanması gerektiği yükümlülüğü de gözetildiğinde uyuşmazlığın çözüme kavuşma olasılığı yüksek olacaktır. Yine elbirliği mülkiyetine konu malların manevi değerinin yüksek görüldüğü ihtimallerde ortaklığın satış suretiyle giderilmesi yerine tarafların anlaşması ile aile içinde kalması sağlanabilir⁶⁴.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk, dava sürecinde başka dava açılmasına gerek kalmaksızın bir kısım çekişmeli durumların ortadan kaldırılmasına da imkân sağlayacaktır. Örneğin, ortaklığa konu arazi üzerine tek katlı bir ev inşa eden ortağın bu evin mülkiyetinin kendine ait olduğunun tespiti için ayrı bir dava açmasına gerek kalmaksızın diğer ortaklar tarafından kabulü mümkün olabilir. Yine mirasa konu taşınmazın tarım arazisi olması halinde halihazırda tarımla uğraşan ehil mirasçı ya da mirasçılara taşınmazın devrinin sağlanması kolay bir hal alabilir⁶⁵.

Ortaklığın giderilmesinde arabuluculuk sürecinin birtakım sakıncaları da bulunmaktadır. Zira taraf sayısının çokluğu veya eski tapu kayıtlarında soy isim ve kimlik bilgileri bulunmadığı için hak sahiplerinin belirlenememesi veya yurt dışında yaşayan paydaş/ortak nedeniyle iletişim sorunları ve taraf teşkilinin sağlanamaması durumları gösterilebilir⁶⁶. Yine taraf çokluğu nedeniyle zorunlu arabuluculuk sürecinin Kanun'da belirlenen süre dahilinde (en çok dört hafta, HUAK m.18/A-9) bitirilememesi durumu da sürecin sakıncalarından biridir.

⁶⁰ Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶¹ Demir (n 36) 491,492; Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶² Yenice Ceylan (n 4) 520.

⁶³ Adem Albayrak, "Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk", içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), ed. Ersin Erdoğan, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2019) 209.

⁶⁴ Demir (n 36) 492; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁵ Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere mirasa konu tarım arazilerinin birçoğu mirasçıların şehirlerde yaşaması ve çiftçilikle alakalarının olmaması sebebiyle boş durmaktadır. Oysa TKAKK m.8/C uyarınca mirasa konu tarım arazisinde mülkiyetin devrinde öncelik tarım yapabilecek ehil mirasçılarıdır. Bu hususla ilgili detaylı bilgi için bkz. Eren ve Başpınar (n 34) 179.

⁶⁶ Demir (n 36) 492; Yenice Ceylan (n 4) 520.

C. Ortaklığın Giderilmesinde Arabulucunun Dikkat Etmesi Gereken Hususlar

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda gerek elbirliği mülkiyetinde gerekse paylı mülkiyette dava şartı veya ihtiyari arabuluculuğa başvuru yapıldığında arabulucu, paydaş veya ortakların tamamının sürece dâhil olmasına özen göstermelidir⁶⁷. Başka bir deyişle taraflar arasında mecburi dava arkadaşılığının olduğu durumlarda, arabulucu, tüm tarafların sürece dâhil olmasına özen göstermelidir. Zira tarafların birlikte hareket etmelerinin zorunlu olduğu durumlarda tek bir paydaş veya ortağın anlaşmaması veya sürece dahil olmaması halinde uyuşmazlığın çözüme kavuşması mümkün değildir.

Taraf sayısının çok olması veya taraflardan bir kısmının yurt dışında yaşıyor olması nedeniyle arabulucunun tarafların tamamına ulaşması sorun olabilir. Dava şartı arabuluculuk kapsamında yapılan başvuruda arabulucunun ulaşamadığı taraf varsa ve bu sebeple arabuluculuk sürecinin Kanun'da belirlenen azami sürede sona erdirilmesi mümkün görünmüyor ise taraflara ulaşılamaması sebebiyle görüşme yapılamadan anlaşmama şeklinde başvuru kapatılmalıdır.

Arabulucu, iletişim bilgilerindeki eksiklik sebebiyle tam taraf teşkilini sağlayamamış ve dava şartı arabuluculuk süresi dolmuşsa dosyayı kapatırken, taraflara dosyayı süre nedeniyle kapatmak zorunda kaldığını fakat tarafların isterlerse sürece ihtiyari devam edebileceklerini hatırlatmalıdır⁶⁸.

Arabulucu, hazırlık aşamasında başvurucudan tapu kayıtlarını sunmasını isteyebilir. Yine başvuru dilekçesinde belirtilen taraflara ait bulunmayan adres ve telefon bilgilerini adliye arabuluculuk bürosundan veya başvurucu taraftan talep edebilir. Taraflardan ölü olduğu tespit edilen kişilerin mirasçılarının tespiti için bu kişilere ait nüfus kayıtlarını ve iletişim bilgilerini adliye arabuluculuk bürosundan temin edebilir.

İntikalleri henüz yapılmamış taşınmazlarda mirasçı sıfatına sahip çok sayıda taraf bulunabilmektedir. Bu kişilerin tamamının arabuluculuk sürecine dahil edilmesi zorunludur. Ancak sayıları bazen yüzlerce kişiye ulaşan tarafların tamamına arabulucunun davet mektubu göndermesi ekonomik bakımdan ciddi bir yük oluşturmaktadır. Arabuluculuğun ihtiyari veya zorunlu olma ayrımı bulunmaksızın HUAK m.7/1'de düzenlendiği üzere arabulucunun başvurucu taraftan bu masrafları avans mahiyetinde ve sürecin hazırlık aşamasında talep etme yetkisi olduğu unutulmamalıdır.

Taraflar, görüşmeler esnasında uyuşmazlık konusu malın niteliği ve değerine ilişkin tespit yapmak isterlerse uzmanlardan rapor alabilir, arabuluculuk görüşmelerinde bu raporu dikkate alabilirler⁶⁹. Arabulucunun bedele ilişkin herhangi bir müdahale yetkisi bulunmayıp tarafların ortaklığın giderilmesini talep ettiği bedel üzerinden anlaşma belgesini düzenlemelidir.

⁶⁷ Demir (n 36) 494; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁸ Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁶⁹ Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler" (2020) TBB (147) 129; Yenice Ceylan (n 4) 521.

Paylı mülkiyette paydaşlar payları üzerinde tasarruf edebildikleri için arabuluculuk sürecinde pay devrine yönelik anlaşma yapabilirler⁷⁰. Bunun dışında anlaşma, paylı veya elbirliğiyle mülkiyeti sona erdirecek şekilde aynen veya hisse devri karşılığı paylaşmaya yönelik olabilir. Dolayısıyla arabuluculuk süreci içerisinde tapu kayıtlarında olası bir devir nedeniyle değişiklik meydana gelebilir⁷¹. Bu durumda doğabilecek hak kayıplarını önlemek amacıyla taraflar, maliklerin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına dair şerhin verilmesi hususunda anlaşabilirler (HUAK m.17/B-2). Tarafların bu doğrultudaki anlaşmasının hüküm doğurabilmesi için tarafların talebini arabulucunun tutanakla kayıt altına alması ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilmesi gerekir (HUAK m.17/B-2).

D. Arabuluculuk Ücreti

Arabulucu, ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk faaliyeti karşılığında ücret talebinde bulunabilir. Arabulucu ücreti prensip olarak arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine⁷² (Arb.AÜT) göre belirlenir⁷³.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaması halinde arabulucunun ücreti, yürürlükte olan Tarife uyarınca belirlenen maktu ücret olacaktır (Arb.AÜT m.7/3). Tarafların süreç sonunda anlaşmaya varmaları halinde ise ücret, Tarifenin ikinci kısmına göre ve anlaşma konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın bedeli esas alınmak suretiyle nispi olarak hesaplanır (Arb. AÜT m.7/6)⁷⁴.

III. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DÜZENLENEN ARABULUCU ANLAŞMA BELGESİNİN İCRASI

A. Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varmaları ve bu durumda anlaşma belgesi düzenlemeleri mümkündür (HUAK m.18/1). Kanun'da tarafların anlaşmaya varmaları halinde anlaşılan hususları yazılı hale getirmeleri kural

⁷⁰ Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁷¹ Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi” (2023) TAAD (56) 542; Yenice Ceylan (n 4) 521.

⁷² Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi her yıl Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır. 2024 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için bkz. RG. 29.12.2023/32414.

⁷³ Yenice Ceylan (n 4) 524.

⁷⁴ 2024 yılı Arb.AÜT m.7/6'da ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, arabuluculuk ücretinin bu Tarifenin eki olan ikinci kısmına göre nispi hesaplama ile belirleneceği ve bu ücretin her halükârda 6.000,00 TL'den az olamayacağı düzenlenmiştir.

olarak zorunlu kabul edilmemiştir⁷⁵. Ancak ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varılması halinde sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunlu olduğu için yazılı bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi de zorunlu hale gelmiştir (HUAK m.18/B, f.3). Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere anlaşılan hususların ve taraf yükümlülüklerin tespiti ve ileride çıkabilecek uyuşmazlıklara mahal vermemek adına arabuluculuğa tâbi tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin de açık, anlaşılır ve uygulamaya elverişli yazılı bir metin haline getirilmesi uygun olacaktır⁷⁶.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına Kanun'da yer verilmemiştir. Söz konusu belge HUAK m.18 hükmünden yola çıkılarak arabuluculuk faaliyeti neticesinde tarafların uzlaşma sağladıkları hususların yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal ve iradi temsilcileri) ile arabulucunun birlikte imzalarını taşımasıyla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir⁷⁷. Öğretideki başka bir tanım ise bu metni arabuluculuğun başarıyla sona ermesi halinde düzenlenen ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu nezdinde sulh ile sonlandırmalarına ilişkin belge olarak tanımlamaktadır⁷⁸.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukukî niteliği ile ilgili olarak öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi, her ne kadar kanunda yer almış olsa da unsurlarıyla detaylı bir şekilde düzenlenmiş olmadığından isimsiz bir sözleşmedir⁷⁹. Başka bir görüşe göre arabuluculuk anlaşma belgesi, sözleşme serbestisi çerçevesinde ve maddî hukuk hükümleri içermesi sebebiyle kendine özgü (sui generis) borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahiptir⁸⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise arabuluculuk anlaşma belgesi, sulh sözleşmesi niteliğindedir⁸¹.

Arabuluculuk kurumunun temelinde tarafların hür iradeleri ile uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmek amaç edinildiği için kanımızca süreç sonunda varılan anlaşma sulh

⁷⁵ Melis Taşpolat Tuğsavul, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği" (2019) GÜHFD (1) 344; Kurt Konca ve Badur (n 71) 542.

⁷⁶ Muhammet Özekes, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (15. Bası, On İki Levha 2017) 2844; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 344; Sarah J.K. Rauber ve Nicola E. Togni, "Deal Mediation" (2020) Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (282) 286.

⁷⁷ Ferhat Yıldırım, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık (Seçkin 2019) 138; Çiğdem Yazıcı Tırtık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (On İki Levha 2013) 60; Emel Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" (2021) UMD (18) 53; Ferhat Büyükkay, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi (Adalet 2018) 108.

⁷⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri (Turhan 2020) 87.

⁷⁹ Badur (n 77) 58.

⁸⁰ Mine Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları" (2018) DEÜHFD 20 (2) 16; Emre Kıyak, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği" (2015) TAAD (21) 541.

⁸¹ Kılıçoğlu (n 78) 89; Arabuluculukta tarafların anlaşmasının hukuki niteliğinin sulh benzeri sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz. Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346 vd.



sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Öğretide, arabuluculuk süreci sonunda meydana gelen anlaşmanın sulh sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine gerekçe olarak bu anlaşmanın maddi hukuka ilişkin hükümler içermesi gösterilmektedir⁸². Ancak usul hukukuna bakan yönüyle sulh kurumu, her ne kadar HMK’de mahkeme içi sulh olarak düzenlenmişse de uyuşmazlığı sona erdiren sulh sözleşmesinin içeriği her halükârda maddi hukuka ilişkindir⁸³. Zira gerek dava içi gerekse dava dışı sulhün mümkün olduğu uyuşmazlıklarda taraflar arasında düzenlenen sözleşme, usul hukukuna değil borçlar hukukuna tâbidir⁸⁴. Alman Medeni Usul Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Kanun (EGZPO) § 15a/2, f.6 uyarınca Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.794/1’e yapılan atfa göre de arabulucu önünde yapılan anlaşma, sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmiş olup sulhe ilişkin hükümlere göre icra edilmektedir⁸⁵.

Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmasının hukuki niteliği, tarafların anlaşma hükümlerine uymaması veya aykırı davranması halinde önem arz eder⁸⁶. Nitekim dava yoluyla uyuşmazlığın giderilmesinin talep edilmesi halinde anlaşmanın bağlayıcılığı ve delil değeri, uyulmaması halinde ise icra edilebilirliği söz konusu olmaktadır⁸⁷. Bu açıdan arabuluculuk süreci sonunda yapılan anlaşmalar maddi hukuka ilişkin sulh sözleşmesi mahiyetinde olmakla⁸⁸ birlikte sulh olunan hususların icra edilebilirliğinin sağlanması gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi taraflar, vekilleri ve arabulucu tarafından birlikte imzalandığında ilâm niteliğinde belge vasfını kazanır (HUAK m.18/4). Ancak kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kılındığı hallerde, taraf vekilleri ve arabulucu tarafından imza altına alınan anlaşma belgesi bulunsa dahi bu belgenin ilâm niteliğinde belge vasfı kazanabilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması gerekir. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi halinde arabuluculuk anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge özelliği taşımaz. İlâm niteliğinde belge özelliği taşımayan arabuluculuk anlaşma belgesi bir borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olup sadece taraflar arasında bağlayıcı etkiye sahip olur⁸⁹.

Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi için sulh hukuk mahkemesine yapılacak başvuru üzerine verilecek kararlara karşı ilgilisi tarafından istinaf kanun yoluna başvurulabilir (HUAK m.18/3-3). İcra edilebilirlik şerhi talebi çekişmesiz

⁸² Badur (n 78) 66,67.

⁸³ Kıyak (n 80) 532; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁴ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁵ Hans Prütting ve Markus Gehrlein, ZPO Kommentar (Luchterhand 2010) 1658; Taşpolat Tuğsavul (n 75) 346.

⁸⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 344,345.

⁸⁷ Taşpolat Tuğsavul (n 75) 345.

⁸⁸ Prütting ve Gehrlein (n 85) 1658.

⁸⁹ Ayşe Karaca Öz, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali” (2023) SHD (11) 1413.

yargı işi olduğundan bu kararın öğrenilmesinden itibaren iki haftalık süre içinde istinaf yoluna başvurulmalıdır⁹⁰. HMK m.362/1-ç hükmü uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar temyiz edilemediği için istinaf neticesi icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi hakkında verilen bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır.

Ortaklığın giderilmesi sürecinde yapılan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi çekişmesiz yargı işi olduğundan bu talep üzerine sulh hukuk mahkemesi tarafından verilen karar şekli anlamda kesinleşse dahi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir⁹¹. HUAK m.18/5 hükmü uyarınca tarafların anlaştığı hususlarda dava açamayacakları belirtildiği için anlaşma belgeleri, ihtilafları kesin olarak sona erdirme özelliğini haizdir⁹².

B. Aynen Paylaşmaya İlişkin Anlaşma Belgesinin İcra Edilmesi

Paylı veya elbirliği mülkiyeti konusu mal, aynen paylaşmaya elverişli ise paydaşlar/ortaklar hisseleri oranında malın paylaşımı yoluna gidebilirler⁹³. Arabuluculuk sürecinde de tarafların aynen paylaşmaya karar verebilmeleri için uyumsuzluk konusu taşınır veya taşınmaz eşyanın aynen paylaşmaya hukuken ve fiilen elverişli olması gerekir.

1. Taşınır Mallar Bakımından

Taşınır mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşma suretiyle giderilmesi için bu durumun fiilen ve hukuken mümkün olması gerekir. Örneğin, iki kişinin elbirliği veya paylı mülkiyet hakkına sahip olduğu iki otomobil üzerindeki ortaklık aynen paylaşma yoluyla giderilebilir⁹⁴. Bu halde her bir ortak, üzerinde anlaşıtı otomobilin mülkiyetine tek başına sahip olur, her iki otomobil arasında fiyat farkı varsa nakden denkleştirme yapılabilir⁹⁵. Buna karşın elbirliği veya paylı mülkiyete konu tek bir otomobil var ise bu taşınırın aynen paylaşmaya konu olması mümkün değildir. Ortaklık ancak satış suretiyle giderilir.

Öğretide, taşınır malların aynen paylaşmaya konu olabilmesi için her ortağa/paydaşa aynı türden mal verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁶. Kanımızca bu durum paylaşmanın geçerliliği için gerekli bir şart olarak görülmemelidir. Zira

⁹⁰ Kurt Konca ve Badur (n 71) 556.

⁹¹ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 54) 112; Büyükay (n 77) 280; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 439; Kurt Konca ve Badur (n 71) 557.

⁹² Büyükay (n 78) 279; Kurt Konca ve Badur (n 71) 557.

⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 387; Eren (n 6) 123; Ayan (n 6) 115; Armet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 92; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1205; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

⁹⁴ Yenice Ceylan (n 4) 515.

⁹⁵ Yenice Ceylan (n 4) 515-516.

⁹⁶ Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, İzale-i Şüyü-Ortaklığın Giderilmesi-Paydaşlığın Giderilmesi-Paylaşma Davaları (Seçkin 2022) 386.



farklı türlerde taşınırların bulunması halinde bu taşınırların aynı türden dağıtımı olmasa dahi tarafların anlaşması durumunda aynen paylaşma suretiyle giderilmesi mümkün görülmelidir. Örneğin, terekede sadece on adet tablo varsa bu tabloların beş mirasçıya ikişer adet verilmesi suretiyle ortaklığın giderilmesi mümkündür. Ancak belirtilen tablolar haricinde başkaca taşınırların bulunması durumunda ise mirasçılardan ikisinin beşer adet tablo alması, diğer üç mirasçının ise bölünebilir diğer taşınırları almak suretiyle ortaklığın giderilmesi ve bu surette anlaşmanın sağlanması mümkün görülmelidir.

Arabuluculuk sürecinde tarafların, taşınır mallar üzerinde ortaklığın giderilmesi hususunda anlaşması halinde anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur (HUAK m.18/B, f.3). İcra edilebilirlik şerhi, anlaşma belgesinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olduğunu gösteren ve kural olarak mahkemenin çekişmesiz yargı incelemesi neticesinde verilen bir belgedir⁹⁷.

Sulh hukuk mahkemesi, icra edilebilirlik şerhi incelemesinde tarafların aynen paylaşmaya ilişkin anlaşmalarının taraflar bakımından uygun olup olmadığını değil, taşınırların aynen paylaşılmasının fiilen ve hukuken mümkün olup olmadığını incelemek suretiyle karar verecektir⁹⁸.

Arabuluculuk anlaşma belgesi onaylandıktan sonra hukuki açıdan bağlayıcı hale gelerek mahkeme kararı gibi icra edilebilir⁹⁹. Taşınırların aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgesinin icra edilmesi usulünün net olarak belirlenmesi, uygulamada ortaya çıkacak sorunları da engelleyecektir. Bu yönüyle aynen paylaşmaya konu taşınırların sicile kayıtlı olup olmadıkları bakımından farklı usullerde icra edilmeleri söz konusudur.

Hukuk sistemimizde taşınır mallar kural olarak herhangi bir sicile kaydedilmemektedir. Ancak kanun koyucu bazı motorlu araçlar için bir sicil tutulmasını ve araçların bu sicile tescilini zorunlu kılmıştır (KTK¹⁰⁰ m.19). Sicile kayıtlı bir taşınıra ilişkin icra edilebilirlik şerhi verilmiş olan arabuluculuk anlaşma belgesi her ne kadar mahkeme kararı olmasa dahi ilam niteliğini haiz bir belge olduğundan kanımızca bu belgeye istinaden ilgili sicilde tescilin yapılması gerekir. Örneğin, ortaklığın giderilmesine konu olan iki otomobilin aynen paylaşılmasına karar verildiği anlaşma belgesinde belirlenen hüküm gereği tarafların karşılıklı tescil talepleri noterde¹⁰¹

⁹⁷ Kurt Konca ve Badur (n 71) 550; Yenice Ceylan (n 4) 523.

⁹⁸ Spühler (n 54) 585.

⁹⁹ Spühler (n 54) 586.

¹⁰⁰ Karayolları Trafik Kanunu, Kanun Numarası: 2918, Kabul Tarihi: 13.10.1983, RG. 18.10.1983/18195.

¹⁰¹ KTK m.20/2-d; “Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir.”

gerçekleştirilmeli ve arabuluculuk anlaşma belgesi bu şekilde icra edilmelidir. Yine ortaklığın giderilmesine konu araçlar iş makinası türünden ise ticaret veya sanayi odalarında; tarım kesiminde kullanılan araçlar ise ziraat odalarında tescil edilmek üzere arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilmelidir¹⁰².

Sicile kayıtlı olmayan taşınırлар açısından aynen paylaşmanın icrası, paylaşma konusu malların ilgili tarafa teslimi ile mümkündür. Zira TMK m. 763/1'e göre, taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi taşıyan arabuluculuk anlaşma belgesinde aynen paylaşılması kararlaştırılan taşınırларın hak sahiplerine iradi olarak devrinin sağlanması sonucu anlaşma belgesi icra edilmiş olacaktır. Anlaşma belgesi gereği teslim edilmesi gereken taşınır elinde olan tarafın bu teslimine yanaşmaması halinde ise anlaşma belgesinde hak sahibi olacağı kararlaştırılan karşı tarafın, anlaşma belgesinin gereğinin cebri icra marifetiyle yerine getirilmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi taşıması nedeniyle ilam niteliğinde belge olduğundan (HUAK m.18/2) taşınır teslimine ilişkin ilamların icrası (İİK m.24) yolu ile aynen paylaşmaya konu taşınırın teslimi sağlanabilir¹⁰³. Anlaşma belgesinde belirtilen taşınır malın teslimi zamanında bulunmaması, kaybolması veya kullanılamayacak hale gelmesi durumunda bu alacak, taşınırın bedeli kadar para alacağına dönüşür. Bu durumda takibe bedel üzerinden devam edilir (İİK m.24/4). Borçluya bir icra emri tebliğine gerek olmaksızın alacak haciz yolu ile tahsil edilerek anlaşma belgesinin gereğinin icra edilmesi mümkündür.

Resmi sicile kayıtlı taşınırılara ilişkin aynen paylaşmanın mümkün kılındığı anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için tarafların sorumluluklarını iradi olarak yerine getirmeleri kendilerinden beklenen ve sürecin ruhuna uygun olanıdır. Ancak taraflardan birinin sorumluluğunu yerine getirmekten imtina etmesi veya resmi sicilde tescil için başvuruya yanaşmaması halinde anlaşma belgesinin icra edilmesinin hangi yöntemle talep edebileceğinin belirlenmesi önem arz eder.

Resmi sicile kayıtlı taşınırılarda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesi kararlaştırılmış ve bu anlaşma sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle uygun görülmüş ise anlaşma belgesinde imzası bulunan taraflardan her birinin tek başına anlaşma belgesinin gereğinin resmi sicilde icra edilmesini talep hakkına sahip olduğu kanımızca kabul edilmelidir. Fakat uygula-

¹⁰² Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin tescile yetkili kuruluşlar başlıklı 9.maddesi uyarınca "İş makinesi türünden araçların; kamu kuruluşlarına ait olanları ilgili kuruluşlar, özel ve tüzel kişilere ait olanlardan tarım kesiminde kullanılanlar ziraat odaları, tarım kesiminde kullanılanların dışında kalan ve sanayi, bayındırlık ve diğer kesimlerde kullanılanların tescilleri üyesi oldukları ticaret, sanayi veya ticaret ve sanayi odaları; Tarım kesiminde kullanılanlar hariç, UKOME veya il trafik komisyonlarından karar almak şartı ile motorsuz taşıtlardan gerekli görülenlerin tescilleri belediyeler tarafından yapılır, belge ve plakaları verilir."

¹⁰³ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 501; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 415; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 412; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 19) 325; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 454.



mada anlaşma belgesinin mahkeme ilamı olmadığından bahisle yerine getirilmediğine şahit olunmaktadır. Kanımızca bu tutum yanlıştır. Zira ortaklığın giderilmesine konu taşınırlarda ortakların/paydaşların malik olarak bulunduğu ve icra edilebilirlik şerhi alınmış anlaşma belgesinin mahkeme ilamı hükmünde olduğu da gözetildiğinde resmi sicilde taraflardan birinin yapacağı başvuru ile anlaşma belgesinin gereği yerine getirilebilmelidir. Nitekim taraflar, ortaklığın aynen paylaşımı suretiyle giderilmesi hususunda anlaşmış olduğu için bu sefer ortaklığın giderilmesine ilişkin dava açmaları da mümkün olmayacaktır (HUAK m.18/5).

Taşınırlar bakımından zikrettiğimiz benzer sorun taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde çözüme kavuşması durumunda da söz konusudur. Taraflar, icra edilebilirlik şerhi bulunan anlaşma belgelerinin gereği tescil taleplerini ilgili tapu sicil müdürlüklerine ilettiklerinde tapu müdürlükleri tarafından bu talepler, aynı gerekçe ile reddedilmektedir. 7531 Sayılı Kanun¹⁰⁴ ile HUAK m.17/B ve HUAK m.18/B'ye eklenen, “Anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir.” hüküm fıkraları ile bu sorun giderilmiş gibi görünmektedir. Fakat ilgili düzenlemeler sadece taşınmazların devrine ilişkin anlaşma belgelerinin icrası yönünden hüküm ifade etmektedir. Dolayısıyla bu hükümler, resmi sicile kayıtlı taşınırlarda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesine ilişkin tescil taleplerinde geçerli olmayacaktır. Diğer taraftan Kanun'a eklenen fıkralarda, “... tarafların tapu müdürlüğünden tescil talebinde” bulunulabilecekleri belirtildiği için bu hükmün taşınırlara ilişkin resmi sicillerdeki tescil talepleri bakımından kıyasen uygulanması da mümkün değildir.

Araçların Satış Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde belirttiği üzere araçların tescili ile araç tescil belgesinin düzenlenmesi işlemleri, araç sahiplerinin, kanuni temsilcilerinin, vekillerinin veya kamu kurum veya kuruluşları ile tüzel kişilerce yetkilendirilen kişilerin başvuruları üzerine noterler veya Emniyet Genel Müdürlüğü trafik tescil kuruluşları tarafından yapılır. Kanımızca bu düzenlemeden yola çıkılarak olması gereken hukuka göre arabulucu anlaşma belgesinde aynen paylaşmaya konu taşınırların resmi sicilde tescilini talep edecek kişi ya da kişilerin taraflarca belirlenmesi ve icra edilebilirlik şerhini veren mahkeme tarafından da bu kişi ya da kişilerin anlaşılabilirlik hususlarının gereğini yerine getirmesi hususunda ayrıca yetkilendirilmesi yönünde yasal düzenleme yapılması ile anlaşma belgelerinin icrasında ortaya çıkan sorunlar bertaraf edilebilecektir. Bunun için de HUAK m.18/B'ye eklenen beşinci fıkranın, taşınırlara ilişkin tescil taleplerini de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi uygun bir çözüm olacaktır.

2. Taşınmazlar Bakımından

HUAK m.18/B hükmü uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşma suretiyle giderilmesi mümkün kılınmıştır. Taşınmazın aynına ilişkin ortaklığın giderilmesine dair uyuşmazlıklarda bütün ortak

¹⁰⁴ RG. 14.11.2024/32722.

veya paydaşların arabuluculuk sürecine katılması ve çözüm üzerinde birlikte anlaşma sağlanması zorunludur¹⁰⁵. Taraf eksikliğine rağmen yapılan anlaşma hükümsüz olduğu gibi sulh hukuk mahkemesi tarafından bu niceliğe sahip olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün değildir.

Taşınmaz üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde aynen paylaşmak suretiyle giderilmesinde anlaşma belgesi düzenlenirken taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar, usul ve esasların gözetilmesi gerekir (HUAK m.18/B-2). Bu sorumluluk aslen taraflara ait olmakla birlikte arabulucunun da kanunlarda yer alan sınırlamalar, usul ve esaslar konusunda tarafları aydınlatması ve anlaşma belgesinin olası sınırlama, usul ve esaslara uygun olarak düzenlenmesini sağlaması gerekir¹⁰⁶. Dolayısıyla taşınmaz mallarda aynen paylaşma doğrultusunda anlaşılabilirliği için her taşınmazın niteliği, yüzölçümü, pay ve paydaş sayısı, kamu yararına ilişkin kısıtlamalar¹⁰⁷ ile imar mevzuatına bakılarak paylaşmanın mümkün olup olmadığı mutlaka araştırılmalıdır. Örneğin belediye veya mücavir alan sınırları içinde kalan bir kısım taşınmazlar, imar planında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan bölgelerde (yol, okul yeri, park alanı, yeşil alan, sit alanı, sağlık hizmetleri alanı vs.) kalabilmektedir¹⁰⁸. Kesinleşmiş imar planında kamu hizmetine ayrılan veya üzerinde kısıtlama olan bu niteliği haiz taşınmazların aynen paylaşılması mümkün değildir. Yine taşınmazlarda ortaklığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenirken tarım arazilerinin veya imarlı arazilerin belirli bir büyüklüğün altında bölünmesini engelleyen emredici kurallara uygun davranılması zorunludur¹⁰⁹. Örneğin TKAKK gereği asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük olamaz. Bu tarım arazileri belirlenen büyüklüklerin altında bölünemez ve hak sahipleri adına tescil edilemez. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir. Ayrıca anlaşma belgesinin icrasında tereddüt oluşturacak hükümlerin bulunmaması ve aynen paylaşmanın taraflar arasında açık ve net şekilde belirlenmesi gerekir. Arabulucunun bu şekilde düzenlenmeyen arabuluculuk anlaşma belgesini imzadan imtina etmesi zorunludur¹¹⁰.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde taşınmazın aynen paylaşılmasının mümkün olması ve süreç sonunda meydana gelecek olası bir anlaşmanın

¹⁰⁵ Kurt Konca ve Badur (n 71) 544.

¹⁰⁶ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 54) 97 ; Kurt Konca ve Badur (n 71) 548.

¹⁰⁷ Kurt Konca ve Badur (n 71) 546.

¹⁰⁸ Ruhi ve Ruhi (n 96) 387; Yenice Ceylan (n 4) 515; Mehmet Ali Gölcüklü, "Hukuki El Atma Davaları", ABD (2023) (2) 258.

¹⁰⁹ Kurt Konca ve Badur (n 71) 546,547; Eren ve Başpınar (n 34) 36.

¹¹⁰ Kurt Konca (n 106) 367; Kurt Konca ve Badur (n 71) 548.

sonuçlarının taraflar bakımından hükümsüz kalmasının engellenmesi adına HUAK m.17/B-2 uyarınca tarafların tamamının yazılı olarak kararlaştırması ve arabulucunun bu kararı tutanak altına alması halinde arabulucunun talebi ve arabuluculuk süreciyle sınırlı olmak ve konulduğu tarihten itibaren üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkilerinin kısıtlandığına ilişkin tapu siciline şerh verilmesi mümkündür.

Anılan şerh, taşınmaz üzerindeki aynı haklarla doğrudan ilintili olmaksızın taşınmazı konu alan hukuki ilişki veya durumları aleniye taşıyan kayıt türü olarak tanımlanabilir¹¹¹. Taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi TMK m.1010'da, geçici tescilin şerhi ise TMK m.1011'de düzenlenmiştir. HUAK'a eklenen 17/B-2. maddesinde kullanılan "...üç ayı geçmemek üzere tasarruf yetkisinin kısıtlandığına dair tapu siciline şerh verilir." ifadesinden de anlaşılacağı üzere; maddede düzenlenen şerh, tasarruf yetkisini kısıtlayan geçici şerh olarak nitelendirilmelidir.¹¹² HUAK'ta arabuluculuk sürecinde konulan şerhin etkisine dair başkaca bir düzenleme yer almamaktadır. Tasarruf yetkisini sınırlandıran bu şerhin etkisi bakımından TMK m.1010/2'de düzenlenme göz önünde tutulmalı ve şerhin konusunu oluşturan kısıtlamaların, taşınmaz üzerinde şerhten sonra kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilme imkanı sağlayacağı belirtilmelidir¹¹³.

Arabuluculuk sürecinde tarafların, taşınmaz mallar üzerinde ortaklığın aynen paylaşmak suretiyle giderilmesi hususunda anlaşması halinde anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunludur (HUAK m.18/B, f.3). Mahkeme anlaşma belgesi üzerinde yapacağı incelemede arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını ve taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulup uyulmadığını denetler; gerekli görmesi halinde kurum ve kuruluşlardan bilgi ve belge talep edebilir ve duruşma açabilir (HUAK m.18/B, f.3).

İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesinin ifası, ilgili tapu sicil müdürlüğü nezdinde gerçekleşir. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, ancak tapu siciline tescille mümkündür (TMK m.705/1).

Tapu sicil müdürlükleri tarafından aynen paylaşmaya ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmadığı sebep gösterilerek icrasının sağlanmadığı durumlarla karşılaşmaktadır. Tapu sicil müdürlüklerinin bu tavrı yanlıştır. Zira taşınmaz üzerinde aynı hakkın kazanılabilmesi için tescil talebinin sebebe bağlılık ilkesi gereğince geçerli bir hukuki işleme dayanması

¹¹¹ Mehmet Akçaal, Eşya Hukuku (Yetkin Yayınları, 2021) 279; O. Gökhan Antalya ve Murat Topuz, Eşya Hukuku, C. IV/I (Seçkin Yayıncılık, 2021) 679; Murat Doğan, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi (Seçkin Yayınları, 2004) 12; Kübra Ercoşkun Şenol, "Geçici Tescil Şerhi," (2018) 6 UMD 377; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 7) 242; Emel Badur ve Nesibe Kurt Konca, "Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması", (2023) 72 AÜHFD, 851,852.

¹¹² Doğan (n 111) 12; Ercoşkun Şenol (n 111) 378; Badur ve Kurt Konca (n 111) 852.

¹¹³ Akçaal (n 111) 287; Badur ve Kurt Konca (n 111) 867.

gerekmektedir¹¹⁴. Sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen taşınmazın aynen paylaşımına ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesi, her ne kadar HUAK'da açıkça düzenlenmediği için tescilden önce aynı hakkın kazanımına sebep olacak nitelikte bir mahkeme kararı olmasa dahi tarafların bu belgeye dayanarak aynı hak kazanmak için tapu sicil müdürlüklerinde talepte bulunmasına ve işlem yapmasına imkân verecek mahiyettedir¹¹⁵. HUAK'ın 17/B ve 18/B maddelerine 07.11.2024 tarihinde eklenen fıkralar ile icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra taraflardan birinin başvurusu üzerine anlaşma belgesinin tapu sicil müdürlüğünde icra edilebilmesi imkânı getirilmiştir. Anılan düzenleme gereği icra edilebilirlik şerhi taşıyan anlaşma belgesine, tarafların tescil taleplerine dayanak hukuki bir belge vasfı kazandırılmıştır. Kanun koyucu HUAK m.18/B hükmünü ihdas ederek, taşınmaz mallardaki ortaklığın giderilmesini arabuluculuk süreci ile mümkün kılmış, süreç sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin kanuni düzenleme ve sınırlamalara uygunluğunu da mahkeme denetimine tabi tutmuştur. Mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesine dair kararı inşai bir karardır¹¹⁶. Bu karar doğrudan aynı hakkın kazanılmasına imkân sağlamasa dahi anlaşma belgesinin gereğinin taraflarca talep edilebilmesine olanak tanımaktadır. Dolayısıyla sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen arabuluculuk anlaşma belgesinin, ilam niteliğinde belge olarak tapu sicil müdürlüklerinde tescil taleplerinin hukuki dayanağını teşkil etme vasfı taşıdığı göz önünde tutulmalıdır¹¹⁷.

C. Satış Suretiyle Paylaşmaya İlişkin Anlaşma Belgesinin İcra Edilmesi

Taşınır veya taşınmaz mallarda ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde tarafların tamamı aynen paylaşmayı isteseler dahi ilgili mevzuattan kaynaklı bir kısıtlama veya malın fiziken bölünmeye uygun olmaması veya değerindeki önemli azalış gibi nedenlerle aynen paylaşma mümkün olmayabilir. Bu durumda taraflar arasındaki ortaklık ancak malın satılması neticesi nakden paylaşma ile mümkün olur¹¹⁸.

Taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın arabuluculuk sürecinde satış suretiyle giderilmesinin mümkün olabilmesi için tüm ortakların/paydaşların bu doğrultuda oybirliği ile karar alması zorunludur. Taşınmazla ilgili ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verildiği durumlarda HUAK m.18/B, f.3 uyarınca arabuluculuk anlaşma belgesinin kanunlarda yer alan sınırlamalar ile ilgili usul ve esaslara uyulmak suretiyle düzenlenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Aksi takdirde

¹¹⁴ Ayan (n 6) 178; Eren (n 6) 207; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 409; Kurt Konca ve Badur (n 71) 559.

¹¹⁵ Ayan (n 6) 251; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 409; Kurt Konca ve Badur (n 71) 559.

¹¹⁶ Eren (n 6) 252; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 469; Kurt Konca ve Badur (n 71) 556.

¹¹⁷ Topal (n 7) 422-423; Kurt Konca ve Badur (n 71) 553.

¹¹⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 6) 389; Eren (n 6) 124; Ayan (n 6) 115; Yenice Ceylan (n 4) 516.

anlaşma belgesine sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi mümkün olmayacaktır. İcra edilebilirlik şerhi verilmeyen arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilmesi söz konusu olamayacağı için taraflar arasında hüküm doğurması da beklenemez.

Arabuluculuk süreci sonunda paydaşların/ortakların taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verdikleri durumda arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların bu doğrultuda anlaşmaya vardıkları açıkça yazılmalıdır. Tarafların, gerçekleşecek satışın açık artırma suretiyle yapılmasını talep etmeleri halinde arabuluculuk anlaşma belgesine “arabuluculuğa konu taşınırın/taşınmazın açık artırma suretiyle satışına karar verildiği” yazılmalıdır. Ayrıca taraflar, TMK m.699/3 hükmü uyarınca satışın kendi aralarında yapılmasına da karar verebilirler. Bu doğrultuda paydaşlar/ortaklar arasında oybirliği ile alınmış bir karar varsa arabuluculuk anlaşma belgesine “arabuluculuğa konu taşınırın/taşınmazın sadece paydaşlar/ortaklar arasında artırma suretiyle satışının gerçekleştirilmesine” karar verildiği yazılmalıdır.

Mirasın henüz paylaşılmadığı bir zaman diliminde mirasçının payının borcundan dolayı haczedilmesi ve haciz alacaklısının icra mahkemesi tarafından kendisine verilecek yetki ile miras ortaklığının giderilmesini talep edebilmesi mümkündür¹¹⁹. Bu durumda yetki belgesi alan alacaklının ortaklığın giderilmesi davası açmadan önce arabuluculuğa başvurması zorunludur. Alacaklının arabuluculuk başvurusunda mahcuz taşınır veya taşınmaz malın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesini talep etmesi gerekir. Zira haczin alacaklıya tanıdığı hak, alacağın tahsilini sağlamak adına satış suretiyle paraya çevirme talep hakkıdır.

Ortak malın, paydaş veya ortaklardan biri tarafından diğerlerine kabul edilen değerinin ödenmesi karşılığında özgülmesi ve devri de mümkündür¹²⁰. Buna göre ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk sürecinde paydaşlardan/ortaklardan biri taşınır veya taşınmaz malın taraflarca kabul edilen bedelini ödemek karşılığında kendisine özgülmesini veya devrini talep edebilir. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sürecinde bu doğrultuda anlaşma sağlamak suretiyle de ortaklığın giderilmesini sağlayabilirler.

Ortaklığın açık artırma ile satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi halinde taşınır veya taşınmaz eşyanın bedelinin anlaşma belgesinde gösterilmesi zorunlu değildir. Zira arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi alınmasını müteakip satışın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğu tarafından icra edilmesi söz konusu olacağı için memurluk tarafından malın satışı öncesinde güncel değeri bilirkişi marifetiyle belirlenir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşma belgesine açık ar-

¹¹⁹ Kuru (n 19) 637; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 19) 403; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 19) 287; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 19) 311; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes (n 19) 241; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 19) 322.

¹²⁰ Arnet, Breitschmid ve Jungo (n 7) 93; Siegenthaler, Aebi-Müller ve Müller (n 6) 1211; Kostkiewicz, Kurt, Amstutz ve Frankhauser (n 7) 1494.

tırma yoluyla satışa konu taşınır veya taşınmaz mal bedelinin yazılmasının pratikte bir faydası bulunmamaktadır.

Uygulamadaki diğer bir sorun, paydaşlar/ortaklar arasında satış suretiyle ortaklığın giderilmesine dair arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi üzerine anılan belge ile satış işlemlerinin yapılması için taraflarca doğrudan sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olup olmadığı hususunda ortaya çıkmaktadır. Konu ile ilgili bir uyuşmazlıkta İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Adalet Bakanlığı'ndan görüş talep edilmiş olup Bakanlığın verdiği 15.02.2024 tarih, 5056 sayılı cevabında; *“Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin gerçekleştirilen arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin 6100 sayılı Kanununun 322 nci maddesi uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı”* belirtilmiştir. Görüldüğü üzere ilgili cevapta, mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verildiği esnada HMK m.322/2 hükmü uyarınca satışı gerçekleştirecek satış memurluğunun ayrıca belirtilmesi gerektiği zikredilmiştir. Söz konusu cevap, İstanbul Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığına ve İstanbul sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna bildirilmesi hususunda verilmiş olmakla ilgili tüm mahkemelere şamil olmak üzere hüküm ifade etmemektedir. Uygulamada bu doğrultudaki sorunların satış sürecinde halen devam ettiği görülmektedir.

Arabuluculuk süreci sonunda ortaklığın TMK m.699/3 hükmü uyarınca sadece paydaşlar/ortaklar arasında yapılacak satışı suretiyle giderilmesine karar verildiği durumda ise taşınır veya taşınmaz malın artırmaya esas alınacak bedelinin taraflarca anlaşma belgesinde belirlenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca bu duruma çözüm bulabilmek adına konuya arabuluculuğun temel ilkelerinden olan “kontrolün taraflarda olması” ilkesi nazara alınarak yaklaşmak doğru olacaktır. Zira bu ilke gereği arabuluculuk sürecinde taraflar, emredici hükümlere ve genel ahlak kurallarına aykırı olmamak kaydıyla kendi çözümlerini kendileri üretebilmekte ve yine arabuluculuğun başka bir temel ilkesi olan iradiliğin sağlanması da bu sayede mümkün olmaktadır. Hal böyleyken sadece paydaşlar/ortaklar arasında satışın gerçekleşmesi taraflarca kabul edilmiş ise taşınır veya taşınmazın artırmaya esas olacak bedelinin paydaşlar/ortaklar tarafından kararlaştırılabilmesi ve artırmanın kabul edilen bu bedel üzerinden başlatılması arabuluculuk kurumunun amacı ve yapısı gereği mümkün görülmelidir. Kaldı ki bu kabul, usul ekonomisi ilkesine de (HMK m.30) uygun bir yaklaşım olacak ve taraflar satışı gerçekleştirecek malın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna yapılacak kıymet takdir masrafından kurtulmuş olacaktır.

SONUÇ

7445 sayılı Kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (HUAK) eklenen 18/B maddesi uyarınca 01.09.2023 tarihinden itibaren taşınır ve taşınmaz malların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesiyle ilgili uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde HUAK m.18/B hükmü uyarınca anlaşma belgesinin düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Anlaşma belgesinde uyuşmazlık taşınmazla ilgili ise kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar taraflar ve arabulucu tarafından mutlaka gözetilmelidir. Aksi durumda ilgili anlaşma belgesine sulh hukuk mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi söz konusu olmayacağı gibi arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın gereğinin icra edilmesi de mümkün olmayacaktır.

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda icra edilebilirlik şerhi verilmiş arabuluculuk anlaşma belgelerinin icra edilmesi konusunda uygulamada halen birtakım sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu olumsuz durumun en belirgin örneği taşınır ve taşınmazlarda aynen paylaşma suretiyle ortaklığın giderilmesine ilişkin arabuluculuk anlaşma belgelerinin resmi sicil müdürlükleri nezdinde icra edilmesi safhalarında yaşanmaktadır. Yine taşınır veya taşınmaz ortaklığının açık artırma suretiyle giderilmesinin kararlaştırıldığı durumlarda icra edilebilirlik şerhi verilen arabuluculuk anlaşma belgesi ile sulh hukuk satış memurluklarına doğrudan yapılan başvurunun mahkeme tarafından yetkilendirilmediği belirtilerek geri çevrildiği görülmektedir.

7531 sayılı kanun ile HUAK m.18/B'ye eklenen beşinci fıkrada icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra taraflardan birinin başvurusu üzerine taşınmazın aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgesinin tapu sicil müdürlüğünde icrasının sağlanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu fıkra hükmü sadece taşınmaza ilişkin ortaklığın ortak/paydaş veya üçüncü bir kişiye devri suretiyle giderilmesine ilişkin anlaşma belgesinin icrası yönünden geçerlidir. HUAK m.18/B'ye eklenen fıkranın kıyasen taşınırın devir ve tescili bakımından da hüküm ifade etmesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla taşınırın aynen paylaşılmasına ilişkin anlaşma belgelerinin resmi sicilde icra edilmesi aşamasında ortaya çıkan sorunları ortadan kaldıracak bir çözüm getirilmemiştir.

Kanımızca ortaklığın giderilmesine ilişkin anlaşma belgelerinin icra edilmesi safhasında çıkabilecek olumsuzlukların tamamını bertaraf etmek adına HUAK 18/B maddesine eklenen beşinci fıkranın; *“Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşmaya varması halinde resmi sicil ve makamlara başvuru yapacak ve anlaşılan hususların gereğini talep edecek kişi ya da kişiler taraflarca belirlenerek bu kişi ya da kişilerin kimlik bilgileri anlaşma belgesinde gösterilir. İcra edilebilirlik şerhi talebinin mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde anlaşma belgesinde taraflarca kararlaştırılan kişi ya da kişilerin*

resmi sicil ve makamlara tarafların anlaştığı hususlarda başvuru ve işlem yapma yetkilerinin bulunduğu mahkeme tarafından kararda ayrıca belirtilir.” şeklinde yeniden düzenlenmesi uygundur.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat” (2022) 51 TAAD 51-77.
- Akçaal M, Eşya Hukuku (Yetkin Yayınları, 2021).
- Akkan M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları” (2018) 20 (2) DEÜHFD 1-31.
- Albayrak A, “Türk Hukukunda Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, içinde Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), ed. Ersin Erdoğan, (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi 2019).
- Antalya O G ve Topuz M, Eşya Hukuku, C. IV/I (Seçkin Yayıncılık, 2021) 679
- Arnet R, Breitschmid P ve Lungo A, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Schulthess 2023).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflas Hukuku (9. Baskı, Yetkin 2023).
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O ve Saçar Ö. F, İcra ve İflas Hukuku (2. Baskı, Seçkin 2023).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (7. Bası, Yetkin 2023).
- Ayan M, Eşya Hukuku. (10. Baskı, Adalet 2020).
- Badur E “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” (2021) 18 UMD 49-87.
- Badur E ve Kurt Konca N, “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, (2023) 72 AÜHFD 845-879.
- Balcı Ş, Paylaşma (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları (Seçkin 2012).
- Büyükkay F, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi (Adalet 2018).
- Demir Ş, “Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuk” (2016) 1 ABD 491-503.
- Dişel B, Dava Takip Yetkisi (On İki Levha 2020).
- Doğan M, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi (Seçkin Yayınları, 2004).
- Dural M ve Öz T, Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku (Filiz 2015).
- Ekmekçi Ö, Özekes M, Atalı M ve Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk (2.Baskı, On İki Levha 2019).
- Ercoşkun Şenol K, “Geçici Tescil Şerhi,” (2018) 6 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 375-407.
- Eren F, Mülkiyet Hukuku (6. Bası, Yetkin 2021).



- Eren F ve Başpınar V, Toprak Hukuku (Yetkin 2014).
- Fischer J, Schneuwly A M, ADR-Alternative Dispute Solution. (Dike 2021).
- Gehri Myriam A, Jent-Sørensen I ve Sarbach M, ZPO Kommentar. (Orell Füssli 2023).
- Genç Arıdemir A, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi (On İki Levha 2012).
- Gölcüklü M A, “Hukuki El Atma Davaları”, (2023) 2 ABD 255-280.
- Görgün L Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, İcra ve İflas Hukuku (4. Baskı, Yetkin 2023).
- Günay E, Ortaklığın Giderilmesi Davaları (Seçkin 2023).
- Jaeger C, Walder H U, Kull T M ve Kottmann M, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (4. Baskı, Schulthess 1997).
- Kaçan Seis S, “Türk Medeni Kanunu Kapsamında Ortaklığın Giderilmesi Davaları ve Yargılamaya Yansımaları” (2022) Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi.
- Karaca Öz A, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali” (2023) 11 SHD 1406-1428.
- Kılıçoğlu A M, Arabuluculuk Sözleşmeleri (Turhan 2020).
- Kıyak E, “Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği” (2015) 21 TAAD 523-548.
- Koroğlu A, Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (On İki Levha 2020).
- Kostkiewicz J K, Kurt S, Amstutz M ve Frankhauser R, ZGB Kommentar (Orell Füssli 2021).
- Kostkiewicz J K, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (20.Baskı, Orell Füssli 2020).
- Kurt Konca N, “Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” (2022) 68 Adalet Dergisi 367-407.
- Kurt Konca N ve Badur E, “Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi” (2023) 56 TAAD 539-568.
- Kuru B, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2.Baskı, Adalet 2013).
- Ngcobo M T, “Navigating the emotional landscape of mediation: An exploration of the role of emotions in conflict resolution and the strategies for effective management” (2024) 41 Conflict Resolution Quarterly 327-335.
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, Eşya Hukuku (23. Baskı, Filiz 2021).
- Özbek M S, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Cilt 1) (4.Baskı, Yetkin 2016).
- Özekes M, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (15.Bası. On İki Levha 2017).

Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, İcra ve İflas Hukuku (10. Bası, On İki Levha 2023).

Peter J T, Gerichtsnaher Mediation-Kommentar zur Mediation in der ZPO (Stämpfli 2011).

Prütting H ve Gehrlein M, ZPO Kommentar (Luchterhand 2010).

Rauber Sarah J K ve Togni N E, “Deal Mediation” (2020) 282 Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 282-289.

Ruhi C ve Ruhi A C, İzale-i Şüyu-Ortaklığın Giderilmesi-Paydaşlığın Giderilmesi-Paylaşma Davaları (Seçkin 2022).

Serozan R ve Engin B İ, Miras Hukuku (Seçkin 2014).

Siegenthaler B G, Aebi-Müller R E ve Müller C, Berner Kommentar-Das Eigentum -Art.641-654a. (Stämpfli 2022).

Spühler K, Schweizerische Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2023).

Stöber M, “Das Obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO” (2014) 8 Juristische Arbeitsblätter 607-612.

Sutter-Somm T, Hasenböhler F ve Leuenberger C, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Schulthess Juristische Medien AG, 2016).

Şen E, “Miras Hakkının ve Payının Devri” (2018) 33 TAAD 557-582.

Tanrıver S, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler” (2020) 147 TBBD 111-142.

Taşpolat Tuğsavul M, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” (2019) 1 GÜHFD 333-379.

Topal Ö, Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası (Yetkin 2020).

Yazıcı Tırtık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması (On İki Levha 2013).

Yenice Ceylan Ö, “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk” (2023) 14 (2) İnÜHFD 510-525.

Yıldırım F, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık (Seçkin 2019).

