

KAT İRTİFAKINA GEÇİŞ KARARINA UYMAMA NEDENİ İLE PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA (KMK. Ek 4. m.)

Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN (*)

I - KONUNUN TANITILMASI

Araştırma konumuzu Kat Mülkiyeti Kanunumuzun ek 4. maddesi oluşturmaktadır. Uygulaması şimdiye kadar görülme-yen hükmün, sıralayacağımız nedenlerle uyumsuzluk konusu ola-rak gündeme gelmeye başlayacağını söyleyebiliriz. İlk olarak, şimdiye kadar rağbet bulmamış bir kurum olan kat irtifakı müş-terek mülkiyete nazaran sağladığı hukuk güvenliği ile artık ta-nınmaya başlamıştır.

Özellikle son yirmi yıldır II. konut sayfiye taşınmazları ile banliyolara gösterilen ilginin kooperatifleşme ile birlikte gelişi-minin kanun koyucu tarafından yaygın (yatay) kat mülkiyeti ile desteklenmesi konunun önemini arttırmış bulunmaktadır. Şöyle ki, 1983 değişikliği öncesi yatay kat mülkiyeti kabul edilmemiş iken, birden fazla yapının tek arsaya inşa yolu ancak müşterek mülkiyet kurumu ile sağlanmakta idi. Ayrıca, yatay kat mülki-yeti ve bununla beraber kat irtifakı kabul edilmesine rağmen ki-şilerce edinilmiş müşterek mülkiyet konusu araziler veya miras-çılara geçmiş arsaların varlığı düşünülecek olursa kanun koyu-cu, müşterek maliklere hem güvenli bir yol öngörmüş hem de ni-cel çoğunluklarına engelleri bertaraf etme imkanı sağlamıştır.

Araştırma planı olarak, öncelikle kanuni düzenleme ve termi-nolojiye yer vererek kurumu, üzerine oturduğu müşterek mülki-yete getirdiği yeni boyut ile ele alacağız. Kat irtifakına geçişi ve

(*) Gazi Üniversitesi İkt. İd. Bil. Fak. Öğretim Üyesi.

bu yolda alınan karara katılmayan paydaşların çıkarılma koşullarını alt başlıklar altında inceleyeceğiz. Konunun ilk defa bu kapsamda bir araştırmaya konu olması nedeni ile açılacak davanın usul hukuku açısından taşıdığı özelliklerin de gözardı edilmemesi gerekmektedir.

II - KANUNİ DÜZENLEME

2814 sayılı kanun değişikliği ile KMK.'na eklenmiş ek 4. maddede hükmü şu şekildedir. "Beş veya daha fazla kişi tarafından üzerinde bir veya birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması ve pay sahiplerinden en az beşte dördünün kat irtifakına geçiş konusunda aldığı karara uyulmaması halinde karara uymayan pay sahiplerinin gayrimenkuldeki paylarının iptaline ve bu payların isteyen diğer pay sahipleri adına tesciline sulh mahkemesi tarafından aşağıdaki şartlarla karar verilir:

a) Müşterek gayrimenkulün yukarıda belirtilen amaçla edinildiğinin ispat edilmiş olması,

b) Müşterek maliklerin yukarıda açıklanan çoğunluğunun kat irtifakına geçiş kararına veya bununla ilgili yükümlülöklere noterlikçe yapılan tebligata rağmen iki ay içinde uyulmamış olması,

c) Karara uymayan müşterek maliklerin paylarının mahkemece tespit edilen rayiç bedelinin mahkeme vevnesine depo edilmesi."

Hükmün okunması ile hemen ortaya çıkan özellik, konunun kat mülkiyetinden daha çok müşterek mülkiyet ile olan yakın ilişkidir. Çünkü, bir arsanın müşterek malikleri, konut edinme amaçları yolunda kat irtifakına geçiş kararına katılmayan paydaşları birlikten uzaklaştırarak oybirliğini sağlamış olmaktadır. Başka bir ifade ile hüküm, müşterek mülkiyet konusu bir taşınmazın yönetimine yönelik bir hususu ve buna katılmayan paydaşların çıkarılmasını hükme bağlamaktadır.

3476 sayılı kanunla MK.'muza eklenen 626/a hükmü ile paralellik kurmak gerekirse, her iki hükümde de paydaşlıktan çıkarma hali öngörölmüştür. Verilen bu bilgi doğrultusunda KMK. ek

4. maddenin MK.'nun 626/a hükmüne ek bir fıkra şeklinde düzenlenmesinin daha doğru olacağı söylenebilecektir. Böylece, paydaşıktan (hissedarlıktan) çıkarılma başlığı altında hüküm yerli yerine oturmuş olacaktır.

Sonuç olarak kanuni düzenlemeyi değerlendirmek gerekirse, getirilen hüküm çok olumlu karşılanmalıdır. 1983 yılı değişiklikleri ile getirilen yaygın kat mülkiyeti ve buna bağlı olarak, yaygın kat irtifakı kabul edilmeden önce geçmişin olumsuz mirası paylı arazilerin bu yolla tasfiyesi mümkün hale gelmiştir. Her ne kadar, paylı halin giderilmesi davası yolu ile (izale-i şuyu) paydaşlığın ortadan kaldırılması mümkün ise de, bu yolun birikimlerini bir bağımsız konut yolunda harcamış kişileri, cebri icra satışlarının düşük bedelleri karşısında ne derece koruduğu ülkemiz koşulları karşısında apaçıktır.

III - TERMİNOLOJİ SORUNU

KMK. ek 4. madde hüküm ve sonuç bağladığı kurumu "müşterek" tabiri ile adlandırmaktadır. Müşterek gayrimenkul ve müşterek malik tabirleri ile müşterek mülkiyet kurumuna hüküm ve sonuç bağlanmaktadır.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, MK. m. 626/a hükmüne paralel bir çıkarma hali düzenlenmiştir. Ancak, hükümde, müşterek maliklerin beşte dördünün aldığı karara uymama müeyyidesi, "payın iptali" şeklinde ifade edilmiştir. Oysa, MK. 626/a aynı müeyyideyi, "hissedarlıktan çıkarılma" olarak düzenlemiştir (1). Birlikten uzaklaştırma yolunda aynı amaca yönelik hüküm getiren KMK.'nun 25 ve 26. maddeleri, birlikten uzaklaştırılacak kat mülkiyeti ve kat irtifakı sahiplerinin haklarının devri mecburiyetinden söz etmektedir (2). Her dört hükümde de müeyyide birlikten çıkarılmadır. Ancak bu sonuç, bir diğer sonuç ile zorunlu bağılılık ilişkisi içindedir. O da birlikten uzaklaştırılan kişinin hakkının hukuki geleceğinin aynı hükümle saptanma zorunluluğudur. Kat Mülkiyeti Kanunu bu durumda, geride kalanlara de-

- (1) Bu konudan ayrıntılı bilgi için bk., Özmen E. Saba: Türk Hukukunda Paydaşıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992.
- (2) Arpacı'da aynı çelişkiye işaret etmektedir. Arpacı Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 1992, s. 223.

vir zorunluluğu getirmekte iken (3), MK. m. 626/a çok değişik ihtimallere yer vermektedir (4).

Görüşümüzce, KMK. ek 4. maddede "payın iptali"nden sözedilmesi yerinde olmamıştır. Şöyle ki, payın iptalinden sözedilmesini takiben isteyen diğer pay sahipleri adına tescil düzenlenmektedir. Aşağıda hakimin vereceği karar konusu ile ilgili olarak değineceğimiz gibi, bu iki sonuç zorunlu bir şekilde birbirine bağlıdır. Davalıların payı mutlaka talep edilmek zorundadır. Bu hukuki görünüm karşısında, davalının payı iptal edilmemekte, çıkarılmasını takiben kime ait olacağı doğal olarak hükme bağlanmaktadır. Başka bir deyişle, iptal söz konusu olmayıp, talepte bulunan davacıların pay oranı değişmektedir. Davanın niteliği ile birlikte açıklayacağımız gibi, bir edim davası niteliği ortaya çıkmaktadır. Ancak, önemle belirtmek gerekirse, davanın amacı davacıların pay oranını arttırmak değildir.

Anlatılan gerektirici nedenler sonucu, araştırmamızda paydaşlıktan çıkarma terimini kullanacağız. Maddenin kenar başlığı ise "kat irtifakına geçiş" olarak yer almıştır. Bu başlık olsa olsa KMK. 14. maddenin kenar başlığına uygun düşebilir; fakat, ek 4. maddenin sözü karşısında çok dar kalmaktadır.

IV - KMK. EK 4. MADDE HÜKMÜNCE PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA KOŞULLARI

A - GENEL OLARAK

Ağır bir müeyyide olarak, tüzel kişiliği olmayan müşterek mülkiyet birliğinden bir paydaşın çıkarılabilmesi bir çok koşulun varlığını haklı olarak zorunlu kılar. Görevli sulh mahkemesinin anılan yönde karar verebilmesi için gerekli şartların ilgili hükümde üç beş halinde sayıldığını belirtmiştik. Ancak, bilgi bütünlüğünün sağlanması konunun daha detaylı alt başlıklar altında incelenmesini gerektirmektedir.

Maddi ve usul hukukuna ilişkin koşulları ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. İlk aşamada sözü edilen koşullara geçmeden

(3) Tekinay Selahattin Sülhi: Kat Mülkiyeti, (Eşya Hukuku II/2), İstanbul 1991, s. 51 vd.

(4) Bu konuda bk., Özmen, Çıkarma, s. 133 vd.

önce, hükmün uygulanması için zorunlu ön koşulları saptayarak daha sağlıklı bir temel elde etmiş olacağız. Bu konuda açılacak davanın usul hukukuna ilişkin yönleri ayrı başlık olarak paydaşlıktan çıkarma davası başlığı altında incelenecektir.

B - KOŞULLAR

1 - Taşınmaza İlişkin Koşullar

a - Tapuya Kayıtlı Bir Arazi Söz Konusu Olmalıdır.

Türk hukukunda kanuni bir zorunluluk olmamasına karşılık, yalnızca kadastro yapılmış taşınmazlar tapuya kaydedilmekte ve kendilerine sahife açılmaktadır. Bunun dışında tapu kütüğü hükmü gören zabıt (kayıt) defterine geçilmiş kadastroz taşınmazlarda da kat mülkiyetine geçilme imkanı yaratılmıştır (5).

Tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazların kat mülkiyetine geçilmesi söz konusu olmadığından KMK. ek 4. maddenin uygulama imkanı bulunmamaktadır.

Bu görüşe karşılık, b. bendinde ifade edilen bu konudaki yükümlülöklere uymama koşulunun tapuya kayıtlı olmayan arazinin tapuya kaydedilmesi yükümlölüklerini de içerdüğinden bahisle, bu tür arazi paydaşlarının da kat irtifakına geçiş kararı alabilecekleri kabul edilmemelidir. Çünkü, arazinin tapuya kaydedilmesi yolu bir çok formalite ve uyuşmazlığı beraberinde getirir. Bu nedenle kat irtifakına geçiş kararı acele alınmış bir karar niteliği taşır.

b - Müşterek Mülkiyete Bağlı Koşullar

aa - Taşınmaz Müşterek Mülkiyet Konusu Olmalıdır

KMK. ek 4. madde hükmü müşterek mülkiyet konusu bir taşınmazın yararlanma ve yönetimine ilişkin bir konuyu hükme bağlamaktadır. MK.nun 623 vd. hükümlerinde düzenlenmiş müşterek mülkiyet hakkında genel eserlere yollama yaparak (6)

(5) Oğuzman Kemal / Seliçi Özer: Eşya Hukuku, B.6, İstanbul 1992, s. 140.

(6) Tekinay Selahattin S. / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla: Eşya Hukuku, B. 5, İstanbul 1989, s. 565 vd.; Oğuzman / Seliçi, s. 209 vd.; Hatemi Hüseyin / Serozan Rona / Arpacı Abdulkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 98 vd.

taşınmazlarda müşterek mülkiyet ile ilgili bir kaç bulguya işaret etmek istiyoruz. Tek bir taşınmaz üzerinde tek bir mülkiyet hakkından doğan yetki ve yükümlülükleri bir kesirle paylaşan kişilere paydaş (hissedar) diyoruz (MK. m. 623/I). Bir kesirle ifade edilen pay, taşınmaz olmayıp, haktır. Ancak, hukuki zorunluluk sonucu taşınmazlardaki müşterek mülkiyet payları taşınmazmış gibi işlem görmektedir (7). TSN. 34 hükmünce tapu kütüğüne yazılmakta ve niteliği ile bağdaştığı ölçüde taşınmaz gibi devredilebilmekte ve sınırlı aynı haklara konu olmaktadır.

İşte, müşterek mülkiyetin doğum biçimine bağlı olarak (8), birlikte arazi satın alarak (hukuki işlem), miras sonucu veya imar kanununun belediyelere verdiği yetki ile (mahkeme veya idari karar) bir taşınmazda hak sahibi olan kişiler aşağıdaki koşulların varlığı halinde KMK. ek 4. maddenin uygulanmasını talep edebileceklerdir. Buna karşılık, iştirak halinde mülkiyette (elbirliği halinde mülkiyet) (9) KMK. ek 4. maddenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Gerekçe vermek gerekirse, elbirliği mülkiyetinin zorunlu olarak başka bir hukuki kuruma bağlılığı ve bağlanılan bu hukuki kurumun kendine özgü amacı kat irtifakına geçişe engeldir. Bu nedenle, elbirliği malikleri bu amacı değiştirmek istedikleri takdirde, öncelikle müşterek mülkiyete geçmelidirler. Örneğin, bir terekenin birden fazla mirasçısı, külli halefiyet sonucu oluşan miras şirketine dahil bir arazi üzerindeki elbirliği mülkiyeti, MK.'nun yeni 584/a hükmüne göre hareket ederek müşterek mülkiyete çevirmelidir.

bb - Müşterek Malik Adedi Asgari Beş Kişi Olmalıdır.

KMK. ek 4. maddenin uygulanabilmesi için anılan taşınmaz üzerinde hak sahibi en az beş paydaş bulunması gerektiği buyurulmuştur. Daha az paydaşlı müşterek mülkiyet birliğinde oybirliğinin sağlanamaması sonucu kat irtifakı ve mülkiyetine geç-

(7) Oğuzman / Seliçi, s. 292.

(8) Bu konuda bk., Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 99-100; Oğuzman / Seliçi, s. 292; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 567-569.

(9) Bu konuda bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 631 vd.; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 142 vd.; Oğuzman / Seliçi, s. 322 vd.

meme halinde paylı halin sona erdirilmesini (izale-i şuyu; tak-sim) (MK. m. 627)) talepten başka çare bulunmamaktadır.

c - Paydaşların Yapı Yaptırma Amacı İle Arazi Edinmesi Koşulu

Hükmün uygulanma koşulu olarak, "bir veya birden çok yapı yaptırılmak amacıyla birlikte bir arsa edinilmiş olması" zorunluluğu aranmıştır. Bu konuda ifade bizi müşterek mülkiyetin doğumu ile ilgili olarak yalnızca asgari beş kişinin birleşerek yapı inşası amacı ile arazi edinmesi halinde koşulun gerçekleşebileceği sonucuna götürmektedir. Başka bir deyişle, arazinin iktisap anında yapı yaptırılmak amacı ile edinilmiş olması kanun koyucunun düşündüğü tek ihtimal gibidir. Hemen belirtelim, hükmün lafzı amaç karşısında dar kalmaktadır. Bu nedenle düzeltici yoruma gitmek gerekir. Sonuç olarak, müşterek mülkiyetin doğuş biçimi doğrudan belirleyici faktör olmamalıdır. Ayrıca bu koşulun belirlenmesinde imar mevzuatı da belirleyici faktör olarak ortaya çıkabilecektir. Gerek araziye iktisap anında gerekse sonradan değişen imar mevzuatı, hükmün uygulanmasını engellemesi veya uygulanamaz iken uygulanabilir hale koyması mümkündür. Çünkü, kamu düzenine ilişkin emredici hükümler, paydaşların anlaşmasına dayalı amacın önüne geçecektir. Konuyu çeşitli varsayıma dayalı örneklerle sağlam bir temele oturtmak yerinde olacaktır.

İlk olarak, asgari beş kişi bir yapı yaptırma amacı bulunmaksızın, farklı bir amaç ile taşınmaz edinmiş oldukları takdirde, gerekli çoğunluğu sağlayarak karara katılmayan paydaşları, bu hükümle paydaşlıktan çıkaramayacaklardır. Örneğin, hara, ziraat, seracılık, tavukçuluk, spor tesisi gibi benzer bir amaçla, kat mülkiyetine bağlı yapı inşasını zorunlu kılmayan bir amaç ile arazi edinmiş iken, beşte dört çoğunluğun kararı ile kat mülkiyetine konu yapı inşası kararına geride kalan azınlığın uyması zorunluluğu kabul edilmemiştir. Ancak hemen belirtelim, paydaşların başlangıçtaki amaçlarını gerçekleştirmeleri, imar veya kamu düzenine ilişkin emredici hüküm getiren bir mevzuat ile yasaklanmış olduğu takdirde ek 4. maddemiz uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, bir ahşap işleme fabrikası kurma amacı

ile arazi edinen paydaşların anılan arazinin konut imarı içinde kalması ve söz konusu fabrikanın çıkardığı gürültü sonucu, izin alamayacağının açıkça belli olması halinde paydaşlar kat irtifakına geçiş kararı alabilmelidirler.

Diğer yünden, müşterek mülkiyetin doğuş biçimlerinden hükümde öngörülme-yen ihtamellerde de amaç unsuru aynı şekilde değerlendirilmelidir. Örneğin belediyelerin imar düzenlemeleri sonucu hiç bir şekilde birbirini tanımayan paydaşların bir arazi-de müşterek mülkiyet ilişkisine girmesi veya murisin ölümü ile terekeye dahil bir taşınmazı müşterek mülkiyet konusu haline getiren (Oybirliği ile veya MK. m. 584/a hükmünce hakim kararı ile) mirasçıların varlığı halinde paydaşların "yapı yaptırılmak amacıyla birlikte arsa edinmeleri" söz konusu değildir. Buna rağmen, edinilen arazinin niteliği ve imar mevzuatı kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler inşasına uygun olduğu takdirde KMK. ek 4. maddenin uygulanmasına engel görmemekteyiz.

d - Taşınmaz Üzerinde Bir Veya Birden Çok Yapı Yaptırılması İmar Mevzuatı Uyarınca Mümkün Olmalıdır.

Ayrı bir uzmanlık bilgisi gerektiren imar mevzuatının amaç koşulunun irdelenmesinde nasıl bir rol oynadığını görmüş bulunuyoruz. Bu başlık altında anılan amacın varlığına rağmen imar mevzuatı kat mülkiyetine uygun yapılaşmaya hiç bir şekilde imkan tanımıyorsa kat irtifakına geçiş kararı alarak katılmayan paydaşlar aleyhine çıkarma davası açmak mümkün değildir. Örneğin, yapı yaptırmak amacı ile alınmış, özel çevre koruma alanları, doğal sit alanları veya tarihi değeri nedeni ile Anıtlar Kurulunun yıkılmasına izin verilmediği yapılarda ek 4. madde uygulanarak bazı paydaşların çıkarılması mümkün olmamalıdır.

Ancak, bu engelin bulunmadığı arazilerde alınmış kat irtifakına geçiş kararlarına karşı, hiç bir şekilde arazinin henüz bazı imar çalışmaları içinde yer almadığı itirazı ileri sürülemez. Uyuşmazlığı inceleyen hakim, davacıların, mevzi imar planı yaptırma imkanını ispatlamaları halinde, davayı kabul etmelidir.

2 - KAT İRTİFAKINA GEÇİŞ KARARI ALINMALIDIR

a - Müşterek Mülkiyetin Toplu Yapılaşmaya Elverişsizliği - Kat İrtifakının Niteliği

Kanunkoyucu, yukarıda da sözettiğimiz gibi müşterek maliklerin konut beklentilerini çözümleme amacı gütmektedir. Bu noktada ilk olarak müşterek mülkiyetin konut yapımına elverişsizliğini görerek kat irtifakının niteliği hakkında sağlıklı bilgi edinmiş olacağız.

Bir kesir olarak ifade edilen payın zihinlerde yeralmaktan öte bir anlamı olmadığını biliyoruz. Başka bir deyişle eşyanın fiziki varlığında ifadesini bulmayan payların mülkiyetten doğan yetki ve yükümlülüklerle katılım oranı olduğunu biliyoruz. Taşınmazlarda müşterek mülkiyet malikine, sahip olduğu pay oranında, her türlü yükümlülük ve haklara eşitlik ilkesi uyarınca katılım sağlanmaktadır. Ancak, konumuz açısından önemli olan sonuç şudur. Belirtilen ilke, ancak bölünebilen hak ve yükümlülükler açısından. Bölünemeyen hak ve yetkilerde ise, eşitlik ilkesi pay oranını saf dışı bırakmaktadır.

Bir arsanın müşterek malikleri hiç bir şekilde bölünemeyen eşyanın fiziki varlığının, belirli bir yerinde veya eşyanın bütünü ile ilgili olarak belirli zamanlarda kendiliğinden hak sahibi değildir. Konumuzla ilgili olarak, hiç bir paydaş arazinin belirli bir yerine inşaat yapma hakkına sahip değildir. Böyle bir hakka ancak oybirliği ile alınmış bir kararla sahip olabileceklerdir. Çünkü, bölünemeyen yararlanma hakkının eşyanın fiziki varlığında fiili bölünmesi veya zamana bağlı olarak sıraya konması tüm paydaşların rızası ile geçerlidir. Böyle bir anlaşmanın sakıncalarını belirterek hükmün amacını daha kolay anlayabileceğiz. Müşterek mülkiyette yararlanmaya ve yönetime ilişkin anlaşmaların külli halefleri bağlayıp, cüzi halefleri bağlamadığını biliyoruz (10). İşte paydaşların aldıkları karar ile müşterek araziye bina inşa etmelerine hiç bir hukuki engel bulunmamakla birlikte, payın devri halinde sistem bütünü ile çökmeye mahkumdur. Çünkü, külli halef yeni paydaş, iradesi ile katılmadığı anlaşma-

(10) Oğuzman / Seliçi, s. 298.

nın kendisini bağlamadığını haklı olarak ileri sürebilecektir. Bu sakıncayı gidermek amacı ile bu tür anlaşmaların bağlayıcılığı konusunda şerhi veya beyanlar hanesine yazımı kabul edilmediği bulunmaktadır.

Eşyanın bölünmezliği olgusu, müşterek mülkiyetin varlık sebebidir. Eşya hukukunda geçerli muayyenlik (belirlilik) ilkesi gereği eşya fiziki olarak bölünüp paydaşlara dağıldığı anda müşterek mülkiyet ortadan kalkar. Taşınmazlarda eşyanın fiili bölünmesi, yerküre üzerindeki hiç bir parça eşit olmayacağı için oybirliğine dayanmak zorundadır. Bu şekilde paydaşların taksim sonucu (MK. m. 913) birden fazla arsayı bağımsız aynı hak konusu haline getirdikleri takdirde sorun yoktur. Ancak, böyle bir girişime imar mevzuatı engeli çıkabilecektir.

Kanunkoyucu bu konuda doğan ihtiyacı giderecek bir kuruma vücut vermiş bulunmaktadır. KMK.'nın 1. maddesi ile, "yapılmakta veya ileride yapılacak bir yapının, birinci fıkrada yazılı nitelikteki bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere, arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından, bu kanun hükümlerine göre irtifak hakları kurulabilir" hükmü getirilmiştir. Takiben ikinci madde ile, "bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu kanun hükümleri tarafından bu kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkına (kat irtifakı); Bu hakka sahip olanlara da (kat irtifakı sahibi) deneceği hükme bağlanmıştır. KMK. çeşitli hükümleri ile amacı olan kat mülkiyetine geçme yolunda yapıların tamamlanabilmesi için bir çok yükümlülük getirmiş bulunmaktadır. Müşterek mülkiyetten farklı olarak zorunlu belge vaziyet planında yeri belirli yapıyı tamamlama yolunda tüm kat irtifakı sahipleri verme ve yapma niteliğinde borçlarla yükümlü kılınmıştır. Bu noktada, getirilen bu tür borçlar nedeni ile, kurumu irtifak hakkı olarak adlandırmanın eşya hukukunun temel kavramları ile bağdaşmayacağı eleştirisi yapılmıştır (11). Çünkü, MK. m. 703/II. f. hükmü gereği irtifak hakkının asli kap-

(11) Oğuzman / Seliçi, s. 565-566 ve kendisine katılan Tekinay, kat, s. 23.

samı yapma borcu olarak düzenlenememekte; bu tür borçlar ancak irtifaka bağlı (fer'i; yan) borç olarak saptanabilmektedir. Anılan görüş bu gerekçeden hareketle, kat irtifakı olarak isimlendirilen hakkın müşterek mülkiyet payına bağlı bir inşaat yapma borcunun diğer paylara da bağlanmasından ibaret olduğu sonucuna varmaktadır. Bu sonuca bağlı olarak kat irtifakının niteliği "eşyaya bağlı borç" olarak belirlenmektedir (12).

KMK. m. 2/son fıkra hükmünce, "arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi" olduğu ve yine KMK. m. 5 ile arsa payına bağlı olarak devir ve mirasçılara intikal edebileceği düzenlenen bu hakkın anılan bu nitelikleri karşısında, kanunda açıkca ifade ve düzenleme bulmuş irtifak hakkı var iken kanunkoyucu tarafından açıkca adlandırılmamış öğreti kurumu eşyaya bağlı borç kavramı ile izah getirme çabalarına katılamıyoruz. Bu gün artık devre mülk irtifakı da gözönüne alınacak olursa getirilen kanun hükümleri sonucu, müşterek mülkiyet paylarına bağlı irtifak hakkı kurulabileceği ve tescilin irtifak hakları sütununa yapılması kabul edilmiştir. Her ne kadar taşınmaz sayılmamışsa da taşınmazmış gibi işlem görmek zorunda kalan müşterek mülkiyet paylarının irtifak hakkına konu yapılarak bu özellikleri pekiştirilmiştir.

Görüldüğü gibi, müşterek mülkiyet konusu arazilerde yapılaşmanın doğurduğu en büyük sakınca, paydaşlara düşecek bağımsız yapıların paya bağlanamaması ve payın devri ile doğan belirsizliktir. İşte sonuç olarak, kat irtifakının sağladığı asli fonksiyon arsa payına bağlı bağımsız bölümleri aynı hakka konu olarak belirlemesi ve gerek bu belirlemeyi gerekse bağımsız bölümlerin tamamlanması ile ilgili yükümlülükleri payın devri halinde cüzi haleflere de yüklemesidir. Hatemi / Serozan / Arpacı da aynı gerekçeye dayanarak, kat irtifakı kurulmasının amacının taşınmaz üzerinde sonradan kurulacak kat mülkiyetine önceden bir aynı garanti sağlamak olduğunu belirtmektedirler (13).

Taşınmaza bağlı koşullarda sözünü ettiğimiz gibi, tapuya kayıtlı bir arazi üzerinde imar mevzuatının da engel olmaması ha-

(12) Bu nitelendirme ve gerekçesi için bk., Oğuzman / Seliçi, s. 566: Ayrıca bk., Tekinay, kat, s. 23.

(13) Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 220.

linde KMK. 12-14. maddede sayılan koşullar ve istenen belgelerin tamamlanabilir olması halinde kat irtifakına geçiş kararı alınabilecektir. Ancak, bu başlık altında hemen belirtmek gerekirse, KMK. ek 4. madde hükmü yalnızca yapı yaptırılmasından söz etmektedir. Bu nedenle yapılacak yapının KMK.'nın 1. maddesinde örnek olarak sayılan yapı türlerinden biri veya benzeri türünde olması mümkündür. Örneğin bir sanayi sitesi kurma amacı ile arazi edinmiş kişilerin, bu hükme göre, dükkan, mağaza, depo yaptırmak amacı ile kat irtifakına geçiş kararı almaları mümkündür. Ayrıca, arsa üzerine yapılacak bağımsız bölümlerin aynı nitelikte olma zorunluluğu yoktur; yeter ki, bir alt başlıkta değineceğimiz eşitlik ilkesine riayet edilmiş olsun. Örneğin, müşterek arazide meskenler yanında dükkan inşası da mümkündür.

b - Kat İrtifakına Geçiş Kararının Konusu

KMK.'nın ek 4. maddesi, müşterek maliklerce alınmış bir yönetim kararının kendine özgü müeyyidesini düzenlemektedir. Bu kararla, yapı inşası amacı ile biraraya gelmiş kişiler, yapılarını tamamlayarak kat mülkiyetine geçme yolunda kendilerine aynı güvence ve yapıların tamamlanabilmesi için bir çok ağır müeyyide sağlayan ara kurum kat irtifakı kurma yolunda ilk adımı atmaktadırlar. Bu karara katılmayan ya da katılmakla birlikte, kat irtifakını kurma yolunda katlanılması gerekli yükümlülüklerle katlanmayan paydaşlar andığımız hüküm ile paydaşlıktan çıkarılabilecektir.

c - Karar Yetersayısı ve Kararın Niteliği

Müşterek mülkiyet birliğinin yönetimi MK.'muzca düzenlenmiştir. "Hilafına mukavele olmadıkça, hissedarlar müşterek mülklerini biliştirak idare ederler" kuralı ile (MK. m. 624/I) yetersiz bir ifadeyle, paydaşların yönetim hakları düzenlenmiştir. MK. 624 ve 625 hükümlerinden hareketle müşterek mülkiyette üç tür yönetim işi öngörülmüştür (14). Çoğunluk aksine karar vermedikçe her paydaşın tek başına yapabileceği olağan (alela-

(14) Bu konuda bk. Oğuzman / Seliçi, s. 298 vd.; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 114 vd.

de) işler ile oybirliğini gerektiren olağanüstü yönetim işleri dışında pay ve paydaş çoğunluğunu gerektiren işler, önemli yönetim işi olarak adlandırılmıştır.

KMK. MK.'nun düzenleme konusu içinde kalan bu hususta karar yetersayısını farklı düzenlemiştir. KMK. ek 4. madde ile yeni bir önemli yönetim işi yaratılmıştır. Oybirliği aranması düşünülemezdi; çünkü, oybirliğini sağlamış paydaşların kat irtifakına iradi olarak geçmelerine zaten engel bulunmamaktadır (KMK. m. 14). Ayrıca kanunkoyucu, önemli yönetim işlerinde aranan pay çoğunluğundan da haklı olarak vazgeçmiş bulunmaktadır. Kat irtifakına geçiş kararı paydaşların beşte dördünün alacağı karar ile geçerli olacaktır. Azınlıkta kalan paydaşların sahip olduğu pay oranı dikkate alınmayacaktır. Görüşümüzce bu tercih yerinde olmuştur. Çünkü, pay çoğunluğuna sahip paydaşların kat irtifakına geçişi engelleyerek, taksim davasında araziye düşük bedelle ele geçirme arzularına böylece set çekilmiştir. Bu konuda aksi görüşü savunan Tekinay'ın pay çoğunluğunun dikkate alınmamış olmasının kötüniyetli davalara yolaçabileceği yolundaki eleştirisine katılmıyoruz (15). Çünkü, aksi takdirde pay oranının esas alınması kötü niyetli amaçlara önemli bir koz sağlamış olacaktı. Şöyle ki, kat irtifakına geçişin pay oranı fazla olan paydaş aleyhine doğurduğu hiç bir sonuç yoktur. Bu hususa bir alt başlık altında değineceğiz. Buna karşılık, pay oranı fazla olan paydaşın bu oranına bağlı iradesine üstünlük tanınması, kat irtifakına olumsuz tavır takınması halinde, hükmün andığımız yararlarını engellediği gibi, kendisinin müşterek mülkiyetin olumsuz sonuçlarından yararlanarak taşınmazın tümünü ele geçirme emeline hizmet eder. Yazarın aynı görüşün uzantısı olarak, kanunun açık ifadesine rağmen kanunun amacının aksi yönde olduğunu belirterek hakimın pay çoğunluğunu da gözönüne alınması gerektiğini ileri süren görüşü kesinlikle kabul edilemez.

d - Eşitlik İlkesine Uyuma Koşulu

Bu başlık altında, kat irtifakına geçiş kararının ek 4. maddede ifade edilmeyen, fakat, MK.'muzun bu konuda geçerli kurallarına uygunluğunu araştırmak zorundayız.

(15) Bu Görüş için bk., Tekinay, kat, s. 47.

MK.'muz, ortaklar, "diğer hissedarların hakları ile kabili tev-fik oldukça müşterek şeyden istifade ve onu istimal ederler" hük-mü ile, her paydaşın birlik oluşturduğu diğer paydaşların hakla-rını ihlale yolaçmadıkça yararlanma hakkı olduğunu hükme bağ-lamaktadır. Belirtmek gerekirse, anılan hükümle konuya hiç bir açıklık getirilmemiştir. Çünkü, bu kural ile, yararlanma yetkisi bölünmeden ortaklara aynı anda ait olmaktadır. Oysa, malın kullanılması halinde şeyin fiziki yapısının buna çoğu kez imkan vermeyeceği açıktır. Bu nedenle hükmün, her paydaşa kullanma ve yararlanma konusunda yetki vermek amacı ile kaleme alındı-gını kabul etmek gerekir. İşte, kanunun bu yetersizliği karşısın-da ya taraflar anlaşmaları sonucu yararlanma ve kullanmayı ka-rar ile düzenleyecekler ya da anlaşmamaları sonucu hakime baş-vuracaklardır. İşte bu noktada karar ile anlaşma yolunu seçtik-leri takdirde, çoğunluk ile azınlık paydaşların kullanma ve ya-rarlanma hakkını ortadan kaldırmayacakları gibi pay oranını da eşitliğe aykırı olarak ihlal edemeyeceklerdir. Başka bir deyişle, getirilen düzenleme, ortaklardan birinin kullanma ve yararlan-ma hakkına zarar veremeyecektir (16).

Bu ön bilgilerin ışığı altında konumuzla ilgili sonuçlara ulaş-mak gerekirse, kat irtifakına geçiş kararının yalnızca paydaşları beşte dördünün çoğunluğu ile alınmış olmasının yeterli olacağı kabul edilemez. Paydaşlıktan KMK. ek 4. madde hükmünce çı-karılacak (ya da kanunun tabiri ile payı iptal edilmek istenen) paydaş yararlanma hakkının elinden alındığı veya pay oranına göre hakkının eşitlik ilkesince sağlanmadığı itirazında buluna-cak olursa, hakim ön sorun olarak kararın bu açıdan MK. ilkele-rine uygunluğunu araştırmalıdır.

İlk olarak kat irtifakına geçiş kararı alan çoğunluğu, bir pay-daşın vaziyet planında ortaya çıkacak bağımsız bölümler üzerin-deki hakkına son vermesi düşünülemez. Bu kapsamda bağımsız bölüm sayısının paydaş sayısına yetmediği gerekçesi ile azınlık paydaşlara bedel veya herhangi bir şekilde aynı karşılık öden-mek suretiyle kat irtifakı dışında kalmalarına karar verilemez.

(16) Bu konularda genel bilgi için bk., Oğuzman / Seliçi, s. 304; Tekinay / Ak-man / Burcuoğlu / Altop, s. 594.

Bu konuda gerekçe hazırdır. KMK. ek 4. maddenin hükmü ile emredici şekilde ancak mahkeme kararı ile elde edilebilen sonuca paydaşların kararı ile ulaşılması düşünülemez. Bazı paydaşların yararlanma haklarını ortadan kaldıran bu tür uygulamalar ancak ilgilinin feragati ile elde edilebileceğinden bu konuda daha fazla açıklamaya gerek görmüyoruz.

Diğer ihtimaller olarak taşınmaz arazide bağımsız bölümlerin yerini gösteren vaziyet planında paydaşlara fiziki olarak eşitliği sağlamanın imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle kat irtifakına geçiş kararı alınmasını takiben paydaşların bağımsız bölümlerin seçiminde anlaşamamaları halinde seçilen dağıtım uygulamasında da eşitlik ilkelerine uyulmalıdır. Bu durumda kura kaçınılmaz olduğu takdirde, dikkat edilecek husus, her paydaşın kura-dan eşitlik ilkeleri uyarınca talih ve tesadüfe bağlı olarak yararlanıp yararlanmadığıdır. Kuraya bağlı olarak halk arasında şerefiye olarak adlandırılan ivaz farklarının da, azınlık aleyhine eşitlik ilkelerine aykırı saptanmamış olması gerekir.

Eşitlik, eşit koşullara sahip olanlar arasındadır; pay oranı farklı olduğu takdirde azınlık pay oranının bağımsız bölümlere yansımadığını ileri sürebilecektir. Hemen belirtelim, arsa payı saptaması pay oranına bağlı olarak yapılmakla birlikte, bu saptama bağımsız bölümlerin değerleri ile orantılı olarak yapılmadığı takdirde azınlığın yine haklı bir itirazda bulunabileceğini kabul etmek gerekir (17).

Bağımsız bölümlerin bazısının farklı nitelikte olduğu hallerde, yine yukarıdaki ilkelere riayet ederek kura sonucuna bağlılık kabul edilmelidir. Bu ihtimaller dışında çıkması muhtemel sorun olarak bağımsız bölüm sayısının paydaş sayısından az olduğu durumlarda, pay oranı eşit değilse arsa payına bağlı olarak bir bağımsız bölümü müşterek mülkiyet hükümlerine bağlı kılmak mümkündür. Ancak, pay oranı eşit olduğu takdirde, paydaş sayısından az miktarda çıkan bağımsız bölümlerin tümünü paydaşlara müşterek mülkiyet hükümlerine göre dağıtmak geçerli bir karara vücut verir. Aksi takdirde bu ihtimallere bağlı olarak azınlığın haklarını ihlal eden çözümleri kabul etmek mümkün değildir.

(17) Arsa payı konusunda bk.: Arcaç Ali: Kat Mülkiyeti, Ankara 1983, s. 129.

e - Kararın şekli

KMK'nun ek 4. maddesinde kat irtifakına geçiş kararının şekli konusunda açıklayıcı bir ifadeye rastlanmamaktadır. Çözüm arayacağımız MK'muzun müşterek mülkiyete ilişkin kararlar hakkında da açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda kararın hukuki nitelik olarak yükümlülük doğurabilen bir hukuki işlem niteliği taşımasından hareketle MK'nun 5. maddesinin atfıyla BK'nun şekle ilişkin kuralları uygulanmalıdır. Bu durumda, sözlü yapılması halinde dahi geçerli olacaktır (BK. m. 11).

Geçerlilik şekli açısından durum bu iken ispat şekli açısından sorun nasıl çözülecektir? Görüşümüzce, açılan davada karara katılan paydaşların beşte dördü oluşturacak şekilde davacı olarak yer almaları halinde sorun bulunmamaktadır. Dava dilekçesi, bu konuda yazılı şekli ve ispatı geçerli olarak sağlamaktadır. Diğer ihtimal uyarınca aşağıda davacı sıfatı başlığında varacağımız görüş doğrultusunda MK. m. 625/I fıkra hükmünü uygulanması sonucu, müşterek maliklerden birinin kararın icrasını sağlamak üzere tek başına dava açması halinde sorun nasıl çözümlenecektir? Başka bir anlatımla bu şekilde açılan davada azınlığın kararın mevcut olmadığı itirazında bulunması karşısında davacıların sözlü olarak geçerliliği ileri sürmeleri mümkün olacak mıdır? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi ve ispat şekli açısından yazılı şeklin aranması icabeder. Gerekçe oluşturmak gerekirse, karar bir hukuki işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuki işlemlerin ise belirli bir miktar veya değeri aşması halinde senetle ispatı zorunluluğu bulunmaktadır (HUMK. m. 288). Hükmü aynen yazmak gerekirse, "bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı veya itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri yirmibin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir." Paydaşlıktan çıkarma veya hükümdeki adlandırma ile, payın iptaline yönelik karar bir hukuki işlem olarak bir yönü ile dava açma hakkının doğumunu sağlamakta iken diğer yönü ile davacı paydaşın payının itfası amacıyla yapılmaktadır. Hal böyle olunca kararın değerini de belirlemek gerekirse, görüşümüzce, bu konuda devri istenen payın depo edilecek değeri bu konuda esas alınabilecektir. Bu sonuçla hakim, karar davalı tarafından

kabul edilmediği takdirde kararın yazılı şekli ispatını arayacaktır.

2 - Noter İhtarı Çekilmesi Zorunluluğu

a - İhtarın Amacı

Ağır bir müeyyide getiren KMK. ek 4. maddesi, paydaşlıktan çıkarılacak müşterek malığın bu konuda ciddi bir şekilde uyarılmasını arzu etmiş bulunmaktadır. Bu nedenle sulh mahkemesinin paydaşlıktan çıkarılma konusunda arayacağı koşullardan biri olarak azınlığa noter ihtarı keşide edilmesi gerektiği buyurulmuştur. Aşağıda kapsamı hakkında bilgi vereceğimiz ihtarın bu hüküm kapsamında yeralması yararlı olmuştur. Şöyle ki, müşterek mülkiyet birliğinde bir karar mekanizması olarak genel kurul öngörülmemiştir. Bu nedenle, karar yetersayısını sağlayan paydaşların, bu sayı dışındakilerin katılımını aramaksızın geçerli karar almaları mümkündür. Örneğin, MK. m. 624/II f.'da düzenlenen çoğunluğu sağlayan paydaşlar bu karardan haberi dahi olmayan paydaşlara MK. m. 626 hükmü gereği rücu hakkına sahip olabileceklerdir. Ancak, aynı sonucun, kat irtifakına geçiş kararına uymayan paydaşların çıkarılması konusunda kabulü mümkün değildir. Noter ihtarı ile, her paydaşın kat irtifakına geçiş kararından haberdar olduğu hiç bir tartışmaya yer bırakmamış olarak uyusmazlık konusu olmaktan çıkacaktır.

b - Noter İhtarının Kapsamı

aa - Karara Katılma Veya Yükümlülüklerin Hatırlatılması

İlgili fıkra ihtarname keşide edilmesi konusunda, "müşterek maliklerin yukarıda açıklanan çoğunluğunun kat irtifakına geçiş kararına veya bununla ilgili yükümlülüklerle noterlikçe yapılan tebligata rağmen iki ay içinde uyulmamış olması"ndan sözedilmektedir (III. f.). KMK. ek 4. madde, açıkça ifade edilmişse de iki tür ihtara yer vermiş bulunmaktadır. İlk olarak, kat irtifakına geçiş kararı alınmasını takiben bazı paydaşlar azınlıkta kalarak kat irtifakına geçiş kararına katılmayabileceklerdir. Müşterek mülkiyette MK.'nca düzenlenen yönetime ilişkin kararlara katılmama hakkı mevcuttur. Başka bir deyişle, olumsuz

oy kullanma hakkı tanınmıştır. Ancak, karar geçerli olarak bir defa alındı mı, bu kararın doğurduğu borçlara, harcamayı yapan paydaşların rücu hakkı sonucu katılma yürümlülüğü getirilmiştir (18). Aynı şekilde, her paydaş subjektif düşünceleri ile kat irtifakına geçiş kararının alınmasına engel olmak amacı ile olumsuz oy kullanabilecektir. Buna rağmen beşte dört çoğunluğun oyu bir hukuki işlem olarak karara vücut verdiği takdirde bu kararın getirdiği yükümlülöklere katılmama hakkı mevcut değildir. İşte, gerek olumsuz oy kullanmış gerekse kararın alınmasına davet edilmediğı için haberdar olamamış paydaşlara geçerli olarak kat irtifakına geçiş kararı alındığı açık bir ifade ile beyan edilmelidir. Belirttiğimiz ikinci ihtimale bağılı olarak, kat irtifakına geçiş kararını ilk defa kendisine çekilen noter ihtar ile öğrenen azınlık paydaş bu olguyu itiraz olarak ileri sürememelidir. Başka bir ifade ile kat irtifakına geçiş kararına davet edilmeyen paydaşın, bu ihtarın muhatabı olamayacağı yolundaki itirazı hakim tarafından dikkate alınmamalıdır. Çünkü, tüzel kişiliğı olmayan müşterek mülkiyet birliğinde karar alma mekanizması olarak genel kurul öngörölmemiştir.

İkinci tür ihtar ise, kat irtifakına geçiş kararına katılmakla birlikte, daha sonra kat irtifakının getirdiğı yükümlölöklere katılmama halinde çekilecektir. Çünkü, bilindiğı gibi, kat irtifakına geçiş kararı sonrası tapu kütüğünde ilgili sütuna tescil, bir çok koşulun yerine getirilmesi ve belgenin tamamlanması ile mümkün olmaktadır. KMK. 14. maddede sayılan koşulların yerine getirilmesi bir çok masrafı da haklı olarak beraberinde getirmektedir. Örneğın, yapılması zorunlu plan ve projeler masraf gerektiren işler olarak ortaya çıkmaktadır. İşte kat irtifakına geçiş kararına katılmakla birlikte, bu konudaki masraflara katılmayan paydaşlara da ihtar çekilmesi ek 4. maddenin uygulama koşulu-
dur.

Bu konuda kat irtifakına geçiş yükümlölökleri ile kat irtifakı kurulmasını takiben doğan yükümlölöklükler dikkatle ayrılmalıdır. KMK. ek 4. maddenin uygulanabilirliğı kat irtifakının kurulduğu ana kadardır. Bir kere kat irtifakı kuruldu mu, doğan borç ve

(18) Oğuzman / Seliçi, s. 308-309; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 127-131.

yükümlülüklerle katılmama halinde kat irtifakının devri zorunluluğu KMK. 26. madde ile düzenlenmiştir (19): Buna karşılık, kat irtifakına geçiş amacının elde edildiği ana kadar doğan yükümlülükler, MK'nun müşterek mülkiyet hükümlerine bağlı yükümlülükler olarak ek 4. maddenin uygulama sahası içinde kalmaktadır.

Hemen belirtelim, kat irtifakına geçiş kararına katılmakla birlikte, bununla ilgili yükümlülüklerle katılmayan paydaşlar aleyhine ek 4. maddenin uygulanma zorunluluğu yoktur. Paydaşlar diledikleri takdirde, masrafları yapıp, MK'nun verdiği yetki ile rücu hakkını kullanabileceklerdir (MK. m. 626). Diğer bir anlatımla, paylarına düşen masraf dışında rücu hakkının gereği olarak alacak davası açabilecek veya doğrudan ilamsız icra takibi yapabileceklerdir. Sonuç olarak bu yargı ile, yalnızca ek 4. madde ile dahi sınırlı olarak MK. 626/II. fıkranın uygulama alanı ortadan kalkmamaktadır.

bb - İki Aylık Süre Tanınması

Aleyhinde paydaşlıktan çıkarma veya kanunun tabiri ile payı iptal edilecek paydaşa iki aylık süre tanınması emredilmiştir. Bu süre karara katılma veya kararın getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacı ile hiç bir kuşkuyla yer vermeden tanınmalıdır. Açık bir dille ifade edilmeden yalnızca kat mülkiyeti kanununun ilgili maddesinde tanınan süre içinde denmesi yeterli olmayacaktır. Süre hesaplanması konusunda genel hükümlere yollama yapmakla yetiniyoruz (BK. m. 74 vd.) (20). Sürenin tebliğ tarihinden itibaren başlayacağından kuşku yoktur. Hükmün bu konuda açıklık taşıması bu sonucu değiştirmeyecek, genel ilkeler bu sonuca amir olacaktır.

(19) Bu konuda bk.: Özmen Etem Saba: Kat İrtifakının Devri Zorunluluğu ve Yatay Kat İrtifakında Doğurduğu Sorunlar, Barolar Birliği Dergisi, Y. 1992, S. 2. s. 181 vd.

(20) Bu konuda ayrıntılı genel bilgi için bk., Eren Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. III, s. 130 vd; Tekinay Selahattin S / Akman Sermet / Burcuoğlu Haluk / Altop Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1988, s. 1065 vd.

cc - Müeyyidenin Açık Olarak Belirtilmesi

Yukarıda andığımız içeriğe ek olarak, ihtarnamede ayrıca iki aylık süre sonunda karara katılmayan veya karara katılmakla birlikte getirdiği yükümlülüklerle uymayan paydaş aleyhine paydaşlıktan çıkarma veya maddenin tabiri ile, payının iptali konusunda dava açılacağı açık bir dille yazılmalıdır. Yalnızca, ilgili maddenin uygulanacağı ya da yasal hakların kullanılacağı şeklinde ifadeler taşıyan ihtarnameler geçerli olarak kabul edilmemelidir.

V - PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA (PAYIN İPTALİ) DAVASI

A - İHTARNAME MUHATABI PAYDAŞIN TUTUMUNA BAĞLI SONUÇLAR

1 - Paydaşın Kat İrtifakına Geçiş Kararına Katılması

Daha önce azınlıkta kalan paydaşlar ihtarnameyi ciddiye alarak, karara katılacaklarını bildirdikleri takdirde sorun yoktur. Bu takdirde anılan paydaşlar aleyhine dava açma imkanı bulunmamaktadır. Hemen belirtmek gerekirse, biraz sonra değineceğimiz gibi, iki aylık süreyi cevapsız bırakan paydaşların, açılan davada karara katılma istekleri çıkarılmayı önlemeyecektir. Bu nedenle iki aylık süre içinde karara katılacağını belirten paydaşın, bu olumlu cevaba rağmen payını ele geçirmek amacı ile olası inkarlara karşı, cevabın ihtarname keşidecisi paydaşlar tarafından alındığına dair yazılı bir belge sağlaması yerinde olacaktır. Bu, ihtara cevap bir ihtarla olabileceği gibi, ihtarname keşidecilerinden birinin dahi cevabın olumlu olarak alındığına dair imzasını taşıyan belge niteliği taşıması yeterlidir.

Aynı şekilde daha önce kat irtifakına geçiş kararına katılmakla beraber yükümlülüklerle uymayan paydaşın, iki aylık süre içinde mali yükümlülükleri yerine getirmesi, veya yapma edimi niteliği taşıyan edimleri yapması gerekecektir. Aksi takdirde, açılan davada görülmekte olan dava sırasında bu yükümlülükleri ikrar etmesi çıkarılmasını engellemeyecektir. Yükümlülüklerin bir borç olarak ifasının genel hükümlere bağlı olması nedeni ile bu konudaki kurallara yollama yapmakla yetiniyoruz.

2 - Muhatabın Karara Katılmış Paydaşlardan Birine Payını Devretmesi

Bu konuda doğabilecek bir ihtimal olarak, ihtarname muhatabı paydaşın, payını karara katılmış paydaşlardan birine veya bir kaçına devretmesi halinde paydan yararlanamayan paydaşların varlığı söz konusu olabilecektir. Görüşümüzce, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, paydaşlıktan çıkarma davasının amacı davalıların pay sahibi yapmak değildir. Bu nedenle anılan ihtimale bağlı olarak, paydan yararlanamayan çoğunluğa dahil paydaşların herhangi bir hak sahibi olabileceğini sanmıyoruz. Diğer bir anlamla, aşağıda belirteceğimiz şekilde, davalının payı üzerinde hakim kararı ile her davacının eşit pay sahibi olacağından bahisle anılan yönde bir talepten söz edilemeyecektir. Bu takdirde, iradi devrin çoğunluğa tabi paydaşlardan birine yapılması halinde dava konusuz kalacaktır. Paydaşlar dışında üçüncü şahıslara devrin hüküm ve sonuçları ayrı başlık altında incelenecektir.

3 - Muhatabın Karara ve Yükümlülöklere Katılmaması

Azınlık paydaşın karara katılmaması veya daha önce karara katılmakla birlikte, yukarıda andığımız yükümlölöklere uymaması halinde iki ayın dolumu ile birlikte geride kalan paydaşların dava açma hakkı doğmuş bulunacaktır.

B - DAVA AÇMA ZORUNLULUĞU

Noter ihtarının tebliğini takiben tanınan iki aylık süre içinde bir üst başlıkta sözettiğimiz ihtimaller gerçekleşmediği takdirde, çıkarılacak paydaşlar aleyhine dava açılması kaçınılmaz olacaktır. Paydaşlıktan çıkarma konusunda, andığımız koşulların oluşması üzerine, paydaşlıktan iradesi ile ayrılmayan ortağın bu sıfatına son veren bozucu yenilik doğurucu bir hak veya iki aylık sürenin sonunda muhatabın payının diğer paydaşlara geçişini sağlayan kurucu yenilik doğurucu bir hak tanınmamıştır. Bu sonuç son derece yerindedir. Müsterek mülkiyet payı, malvarlığına dahil bir hak olarak sona erdirilmektedir. Bu noktada azınlık, çoğunluğun iradesine koşulsuz teslim edilmemiş; hakkı sona erdirme yetkisi sulh hakiminin soruşturmasına bırakılmıştır.

C - DAVANIN NİTELİĞİ

Mahkeme önünde ileri sürülmekle dava adını alan, paydaşlıktan çıkarma istemi, bir şey üzerinde birlikte hak sahibi maliklerden birinin bu hukuki durumuna son verme amacı ile kullanılmaktadır. Bu açıdan, paydaşlıktan çıkarma talebi sonrası mahkemenin vereceği karar ile davalının paydaşlık sıfatına son verilmektedir. Bu sonucu gözönüne alınarak, davanın yenilik doğurucu bir dava olduğu ileri sürülebilecektir. Ancak, davanın bir diğer boyutu ile davacıları hak sahibi edeceğini biliyoruz. Başka bir ifade ile, davacılar davalının paydaşlıktan çıkarılmasını ancak onun payının devri ile birlikte talep edebileceklerdir. Bu nedenle öne çıkan bu özellik sonucu bir eda davası karşısında olduğumuz kabul edilmelidir. Çünkü, müşterek mülkiyet payı verilen kararlar son bulmamakta, davacılar tarafından davalının payı talep edilmektedir.

D - GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

KMK. ek 4. madde görevli mahkeme sorununu çözmüş bulunmaktadır. Açık bir ifade ile, sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Yetkili mahkeme konusunda ise açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda HUMK.'na göre çözüm bulmak gerekir. "Gayrimenkule müteallik davalar gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunur" şeklinde hüküm getiren HUMK. m. 13 yetkili mahkemeyi konumuzla da ilgili olarak belirlemektedir. Çünkü, gayrimenkule müteallik davadan taşınmazın aynına ilişkin yani taşınmazlar üzerindeki bir aynı hakka ilişkin davaların anlaşılması gerekir. Ayrıca, taşınmazın aynına ilişkin davadan mutlaka, taşınmaz üzerinde mevcut bir aynı haktan doğan uyuşmazlık anlaşılmalıdır. Bu anlamda, taşınmazda aynı hak değişikliğine yönelmiş şahsi taleplerde bu anlamda taşınmazın aynına ilişkin dava olarak görülmelidir. İşte, paydaşlıktan çıkma nedeni ile davalının payını talep, şahsi bir talep olmakla beraber, pay değişikliği nedeni ile aynı hak değişikliği yaratmaktadır. Bu nedenle davaya, müşterek taşınmazın bulunduğu yerde bakılmalıdır.

E - TARAFLAR

KMK'nun ek 4. maddesi uyarınca paydaşıktan çıkarma davasının bir çekişmeli yargı (nizalı kaza) olduğunda kuşku yoktur. Davalı ve davacı olarak iki tarafa dayalı çekişmeli yargıda, konumuz başlığı altında önce davalı tarafın incelenmesi davalı tarafın belirlenmesinde de kolaylık sağlayacaktır.

a - Davalı Taraf

Yukarıda belirttiğimiz kat irtifakına geçiş kararına veya karar sonrası getirdiği yükümlülüklerle noterliktçe yapılan ihtarnamede tanınan iki aylık süre sonunda katılmayan paydaşlar aleyhine davalı sıfatı ile dava açma hakkı doğmuş bulunmaktadır. Anılan yükümlülükleri yerine getirmeyen veya payını, talep eden paydaşlara iradesi ile devretmeyen paydaş aleyhine dava açılması kaçınılmazdır. Görüldüğü gibi paydaşıktan çıkarma yolunda diğer paydaşlar için bir subjektif hak olarak ortaya çıkan bu gereği yerine getirmekle yükümlü borçlu kişi, davalı sıfatını taşıyacaktır.

Davalı tarafta tek bir paydaşın bulunması halinde sorun basittir ve davada sıfat, pasif husumet olarak ona yöneltilecektir. Buna karşılık, davalı tarafta birden fazla paydaşın bulunması halinde sorun nasıl çözümlenecektir? Bu konuda ihtiyari dava arkadaşlığının kabulü gerekir (21). HUMK. 43. maddede sayılan bentlerden gerekçe elde etmek gerekirse, davanın aynı nedenden doğduğu açıktır (m. 43/2). Aynı nedenden amacın hukuki neden olduğu kadar aynı olay (vakıa) olarak da kabulü gerektiği ifade edilmiştir (22). Bu başlık altında, aynı vakıa ve aynı hukuki sebepten doğmuş olma hali, davacıların ihtiyari (seçimlik) olarak her bir davalıya birlikte dava açmasını haklı kılacaktır.

b - Davacı Taraf (Aktif Husumet)

Davalı sıfatının böylece saptanmasını takiben geriye kalan tüm paydaşlar davacı olabilecektir. Olabilecektir diyoruz; çünkü, bu konuda birçok değişik ihtimal doğabilecektir. Karar yetersa-

(21) Bu konuda bk., Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, B. 4, Ankara 1982, s. 2422.

(22) Kuru, Usul III, s. 2426.

yısı olan asgari beşte dört paydaşın davalılar dışında tümü ile davada taraf olması zorunlu olmamalıdır. İlk olarak, MK. m. 625/I. fıkra hükmünün bu konuda da uygulanmasını kabul etmek gerekir. bu madde ile, "hissedarlardan her biri, müşterek menfaatler için diğer hissedarları temsil edebilir" kuralı getirilmiştir. Temsil terimine hüküm içinde anlam kazandırmak gerekirse bu gün tartışmasız olarak, hükümde sözü edilen temsilin BK'nun 32 vd. hükümlerinde düzenlenmiş hukuki işlem yapabilme yetkisi veren teknik anlamı ile kullanılmadığı tartışmasızdır (23). Burada amaçlanan, diğ e paydaşların hukuki yararlarına aykırı olmamak üzere bölünemiyen ortak yararları koruma yetkisine her paydaşın sahip olmasıdır (24). Başka bir ifade ile, ortaklık konusu şeyin korunması gereken hallerde kanunun sağladığı imkanları elde etme konusunda tek başına hareket etme anlamında kullanılmıştır (25). İşte bu kapsamda hükmün bu başlık altında da uygulanması gerektiğini savunuyoruz. Çünkü, görüldüğü gibi temsil yetkisini kullanan paydaş iradesi olmadan diğer paydaşları borçlandıramayacak ama şeyin korunması gibi bölünemeyen hukuki menfaatlerin tüm paydaşlar adına elde edilmesi geçerli olacaktır. Her ne kadar davalıların da paydaş olması nedeni ile tüm paydaşları ilgilendiren ortak bir hukuki yarıardan söz etmek mümkün değilse de, bu açıdan ortak yarar kanunkoyucunun koruduğu kat irtifakına geçen davacıların yararı olarak anlaşılmalıdır. İşte, korunarak hak niteliği kazanan yapı inşası amaçları, azınlık paydaşların katılmaması ile ihlal edilen tüm paydaşlar aleyhine tek bir paydaş tarafından dava açılabilceğini kabul etmek gerekir. Çünkü, bu noktada olumsuz sonuca varılarak karara katılmış tüm paydaşların davacı olarak davada yer almaları gerektiğini savunmak sorunu anlamsız ve amaçsız bir şekilde güçleştirmekten öte bir anlam taşımayacaktır. Hele, hükümde çıkarılacak paydaşın payının isteyen pay sahipleri adına tesciline karar verileceği ifade edilmiş iken, davalıya ait paya ilişkin bir talebi bulunmayan paydaşların davacı olmalarındaki zorunluğun anlamsızlığı apaçık ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu hususa işaret etmiş iken, tek başına dava açan paydaşın, davalıya

(23) Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 558; Oğuzman / Seliçi, 289-290.

(24) Oğuzman / Seliçi, s. 290; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 588.

(25) Kuru, Usul III, s. 2453, dp. 341.

ait payın kim adına tescil edileceği sorununu çözmüş olması gerekmektedir. Bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklara aşağıda yer vereceğiz.

Bu sonuca rağmen, davacı olarak birden fazla paydaşın dava açmasına da hukuki bir engel yoktur. Hatta, davalının payı üzerinde bir talebi olmadan dahi davacı sıfatı ile dava takip edilebilecektir. Bu konuda davacılar arasında mecburi (zorunlu) dava arkadaşlığı kabul edilmelidir. Usul kanunumuzda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, bölünmesi mümkün olmayan taleplerde ve tarafların tümü bakımından aynı ve tek bir hükmün verilmesi gereken hallerde dava arkadaşlığının zorunlu olması gerektiği ifade edilmiştir (26). Kat irtifakına geçiş kararı na uymayan davalı tek paydaşın, çıkarılmasındaki yarar ve davalıya ait pay bazıları feragat etmedikçe tüm davacılara aittir ve sonuçta tek bir hüküm verilecektir.

F - AÇILAN DAVANIN PAY ÜZERİNDEKİ TASARRUF YETKİSİNE ETKİSİ

Konumuzu oluşturan talep, sonucu itibariyle aynı hak değişikliğine yönelmektedir. Her ne kadar davanın amacı, alınmış karara katılmayan paydaşın bu tutumu ile bozduğu birlikten uzaklaştırılması ise de, bu sonuç davalının payının davacılara devri ile sağlanmıştır. İşte bu noktada, dava açılma anı ile hükmün kesinleşmesi anına kadar geçecek süre zarfında davalının payı üzerindeki tasarruf yetkisi nasıl etkilenecektir? Bu konuda akla gelebilecek en keskin çözüm olarak, davalının payı üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kaldırılabilirdi. Bu da, hükmün peşin verilmesiyle özdeş sonuçlar doğurur ve haksız çıkan davacılar karşısında, davaların uzun sürdüğü ülkemiz açısından sakıncayı daha da arttırır. Diğer uç çözüm olarak, davalının tasarruflarını tamamen geçerli kabul etmek gerekir. Bu takdirde de, davayı kazanacak paydaşlar aleyhine sonuçlar doğacaktır (27).

Bu nedenle, KMK. ek 4. madde hükmü gereği açılacak paydaşıktan çıkarma davasında davalının pay üzerindeki tasarruf

(26) Kuru, Usul III, s. 2391.

(27) Bu konuda aynı nitelikte sorunun MK. m. 626/a hükmü ile ilgili olarak ayrıntılı irdelenmesi için bk., Özmen, s. 119 vd.

yetkisi kaldırılmamalıdır. Uygulamada olduğu gibi, HUMK.nun 101/I. bend hükmünün yanlış anlaşılması sonucu, tasarruf yetkisini ortadan kaldıran ferağdan men kararı hakim tarafından verilmemelidir (28).

Şimdi, tasarruf yetkisini serbest bırakmakla beraber, yukarıda vardığımız sonuçları hatırlayacak olursak, dava açılması anı ile birlikte artık davalının karara katılması veya yükümlülüklerini yerine getireceğini beyan etmesi, davanın reddini gerektirmeyecektir. Böyle bir imkan, ancak davacıların sulhü kabulü ile gerçekleşebilir. Aksi takdirde hakim, koşulların gerçekleşmesi üzerine davalıya ait payın davacılara devrine karar vermek zorundadır. Hal böyle olunca, dava süresince davalıya tanınan tasarruf yetkisinin sakıncalarına karşı hukuki koruma zorunludur. Çünkü, davada her ne kadar amaç olmasa da aynı hak değişikliğine yönelmiş talep söz konusudur. Hemen belirtelim ki, HUMK. nun 186. maddesi hükmünce davacıların payı devralan kişilere karşı davayı sürdürme yetkisi tanınmış ise de, anılan hükmün tapu sicilinin olumlu etkisi sonucu iyiniyetle hak iktisabını kaldırmaması nedeni ile iyiniyetli edinenler aleyhine ek 4. madde nin prosedürü yeniden başlatılmak gerekir. Sanırız, buraya kadar sorunun boyutlarını ortaya çıkarmış olduk. İşte bu noktada sorunu amacına uygun olarak çözümleyen kural MK.'muzca getirilmiş bulunmaktadır. MK. m. 920/1. bendinde yer alan "münaza-ünfih hakların muhafazası veya icrai iddia zımında mütte haz resmi kararlar"ın şerhi, araştırma konumuz başlığı altında davacı paydaşları andığımız sakıncalardan korumuş olacaktır. Çünkü, MK.'muz şerhin hukuki sonucu olarak, "bu tasarruf tahditleri, tapu siciline şerh verilmekle gayrimenkul üzerinde sonradan iktisap olunan her nevi hakların sahiplerine karşı dermeyeran olunabilir" kuralını getirmiştir. Bu sonuçla, işlevini konu başlığımız altında göreceğ olursak, davalının dava süresince payını devretmesi veya paya bağlı sınırlı aynı haklar veya şerh edilmiş şahsi haklar kuruması (29), halinde davacılar, bu tür hak sahiplerine karşı sınırlandırılmamış bir pay devrini veya çekişmeli hakları-

(28) Ayrıntılı açıklama için bk., Özmen, s. 119 vd.

(29) Bu konuda genel bilgi için bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 581 vd.; Oğuzman / Seliçi, s. 306.

nın şerhinden sonra kurulan sınırlı ayni hakkın veya diğer bir şerhin ilgili sütundan terkinini talep edebileceklerdir. Çünkü, şerhedilmiş şahsi talepler, sınırlı ayni haklarla ve pek doğal olarak diğer şerhedilmiş şahsi haklarla sıra ilişkisine girerler (30). Davacı paydaşlar, MK. m. 930 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, dava açılmasını takiben mahkeme kararı ile yapılan şerh sonucu önce yaratılmış olmanın verdiği üstünlük ile şerhten sonra kurulan her türlü ayni hakkın sahibine karşı ileri sürerek etkisizliğini sağlayabileceklerdir (31).

G - PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA (PAYIN İPTALİ) KARARI ALINMASI

a - Hakim paydaşlıktan çıkarma talebini haklı bulmalıdır.

Hakimin biraz sonra değineceğimiz şekilde davalının paydaşlıktan çıkarılabilmesi için tüm andığımız koşulların yerine getirilip getirilmediğini irdelemesi gerekecektir. Kat irtifakı kararı, karara veya kararlar birlikte doğan yükümlülüklerle uyulmamış olma olgusu, noter ihtarnamının maddi ve şekli koşullara uygunluğu bulunmadığı takdirde dava reddedilecektir. Buna karşılık ayrınıtısı ile açıkladığımız koşullar gerçekleşmiş ise hakim davayı kabul edecektir.

b - Paydaşlıktan Çıkarma Hakim İçin Bağlı Yetkidir.

Davayı koşulların oluşması üzerine kabul eden hakimin karar verme yetkisi bağlı yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha açık bir anlatımla hakimin paydaşlık sıfatının devamında seçimlik yetkisi bulunmamaktadır. Buna göre, hakim takdir yetkisini kullanarak, davalının karara katılmış sayılmasına veya kararlar birlikte doğan yükümlülüklerle katılmama nedeniyle açılan çıkarma davasında, tıpkı alacak davasında olduğu gibi edime

(30) Kıdeme itibar ilkesi başlığı altında bk., Aybay Aydın / Hatemi Hüseyin: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 25; Ayrıca bk., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 386; Bu yazarlar, şerhlerin de tescillerde olduğu gibi yevmiye defterine kayıt ile sıra alacağını belirtmektedirler.

(31) Şerhin bu konuda hüküm ve sonuçları için bk., Oğuzman / Seliçi, 232 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 383 vd.

mahkumiyet kararı veremez. Yukarıda değinmiş olmakla birlikte tekrar belirtmek gerekirse, davalıların davacı iddialarını kabul ederek, karara katılacaklarını veya kararın getirdiği yükümlülükleri ifa edeceklerini belirtmeleri halinde mahkeme hükmü, karara katılmış sayılma ya da ilamlı icraya konu olacak şekilde edimin ifasına karar verme şeklinde oluşamayacaktır. Hüküm, kanunun ifadesi ile davalının payının iptaline; daha doğru ifade ile davalının paydaşlıktan çıkarılması şeklinde gerçekleşecektir. sonuç olarak özetle, KMK. ek 4. maddeye dayanılarak açılan davalarda hakim, ya dava koşullarının oluşmaması üzerine red ya da koşullarının oluşması üzerine davalının paydaşlıktan çıkarılmasına karar verecektir. Başka bir karar seçeneği bulunmamaktadır. Kararın ikinci boyutu ise, çıkarılan paydaşa ait payın hukuki kaderidir. Bu konuyu önemi nedeni ile ayrı bir başlık altında incelemekte yarar görmekteyiz.

c - Pay Değerinin Mahkemece Tespiti ve Mahkeme Veznesine Depo Edilmesi

Paydaşlıktan çıkarma kararına hükmeden hakim, davacılara devrine karar verilecek payın rayiç değerini tespit etmek durumundadır. Rayiç bedelin karar tarihindeki değer olmasına dikkat edilmelidir. Davaları, koşulların gerçekleşmesi üzerine kabul edilen davacılar, mahkemece tespit edilen pay bedelini mahkeme veznesine depo etmek yükümlülüğü altındadırlar. Ancak, bu konuda tek ihtimalin mahkeme veznesine depo edilme olduğunu kabul edemiyoruz. Ara kararının verilmesini takiben, davacılar, genel hükümler uyarınca, pay bedelinin ödendiğini, davalının imzasını taşıyan bir makbuzla (BK. m. 88) ilk celse de ispat edebilirler.

Bu ara kararının gereğini yerine getirmeyen paydaşlar lehine devir kararı vermemek gerekir. Aksi takdirde, davalıya ait payın bedeli ödenmeksizin davacılara tesciline karar verilmesi halinde, davalı daha sonra pay bedelini talep ile uğraşmak zorunda bırakılmamalıdır. Çünkü, aksine uygulama davalının BK. m. 81'de yazılı ödemezlik def'i hakkını kullanılamaz duruma sokmaktadır.

d - Davalıya Ait Payın Hükümle Davacılara Devri

Çıkarılmasına karar verilmekle davalıya ait payın ahlında iptal edilmediğini, yalnızca talepte bulunan davacılara devredildiğini kısaca belirtmiştik. Daha ayrıntılı irdelemek gerekirse, davacılar davalıya ait payın hukuki kaderini belirleme yetki ve yükümlülüğüne sahiptirler. Yükümlülüğten söz ediyoruz; çünkü, maddede yer aldığı gibi yalnızca davalının payının iptali hiç bir anlam ifade etmeyecektir. Gerekçe vermek gerekirse, tapuya kayıtlı taşınmazlarda mülkiyet sütununda belirli paylar bir kesir olma özelliği sonucu, toplamı itibariyle bir bütün olarak müşterek maliklere ait olmak zorundadır. Sonuç olarak, hükümde payın iptaline veya diğer pay sahipleri adına tesciline karar verilemezdi. Her iki sonuñ zorunluluk bağı ile bağlıdır.

İşte, pay bedelini üst başlıkta andığımız gibi, alacaklının ifa menfaatini tatmin ile veya mahkeme veznesine depo ile bedeli itfa eden davacılar lehine tescil kararı verilmesine engel kalmamış bulunmaktadır.

Bu konuyu davacıların çeşitli davranış biçimlerine bağlı olarak incelemek gerekirse, davalıya ait payın tek bir davacı tarafından talep edilmesi halinde sorun yoktur. Buna karşılık, davacı sayısının birden fazla olması halinde ise, çözüm ne olacaktır? Bu arada hemen belirtmek gerekirse, ara kararı ile verilen uygun süre içinde devir alınacak payın bedelini kimin yatırmış olduğu önemli değildir. Çünkü, payına düşenden fazla ödeyen paydaşın MK. m. 626 hükmüne dayalı olarak fazlaya ilişkin miktarı diğer paydaşlardan talep hakkı doğar; fazlası değil.

Bu konudaki sorunun çözümü hemen akla gelebileceği gibi, benzer bir durumda karşılaşılan hukuki sorunu hatırlatmaktadır. Kanuni şufa hakkını, birden fazla paydaşın kullanması halinde, satılan payın hangi oranda dağıtılacağı konusunda varılan sonuçlar burada da gözönüne alınmalıdır. Bağlayıcı olan içtihadı birleştirme kararı ile bu konuda getirilen çözüm, pay oranına bakılmaksızın kanuni şufa hakkını kullanan paydaşların devredilen payda eşit hak sahibi olmaları yolunda bulunmuştur (32). Bu

(32) Yargıtay'ın 11.6.1947 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bk., R.G. 24.7.1947 T., S. 666 ve bu kararın eleştirisi için bk., Feyzioğlu Necmeddin: Şufa Hakkı, İstanbul 1959, s. 166.

içtihadı birleştirme kararını müşterek mülkiyete hakim kanuni prensiplere aykırı buluyor ve konumuzla ilgili olarak, kıyasen uygulanmaması gerektiğine inanıyoruz. Görüşümüzce, KMK. ek 4. madde hükmünce payın kendi adlarına tescilini talep eden müşterek maliklerin birden fazla olması halinde pay oranlarına bakılarak tesciline hükmolunmalıdır. Çünkü, malın bölünebilir semerelerinden yararlanma pay oranında olmaktadır (33).

e - Davalıya Ait Payın Davacılara Kendiliğinden Geçişi

Bu başlık altında, davalıya ait payın bunu talep eden davacıların hukuk sahalarına nasıl intikal edeceğini araştıracağız. Kanun hükmü bu yönü ile incelendiğinde, "pay sahipleri adına tesciline" karar verileceği hükme bağlanmış olmaktadır. Taşınmaz paylarının Tapu Sicil Nizamnamesi 34. maddesi hükmünce müşterek mülkiyetin tesciline bağlı olarak tapu kütüğünde işgal ettiği yer, burada yapılacak değişikliklerin niteliğini incelememizi zorunlu kılmaktadır. Kanun hükmü gereği, hakim davalının talep eden paydaşlara tesciline karar verecektir. Uyuşmazlığı sona erdiren ve davalının paydaşlık sıfatına son veren bu hüküm ile aynı zamanda payın mülkiyeti de tescilsiz kazanılmış olmaktadır. MK. 633 hükmü sonucu "mahkeme ilamı ile bir gayrimenkulü iktisap eden kimse tescilden evvel dahi ona malik olur" kuralına dayanarak davalının payını talep eden davacılar, ayrıca hiç bir işleme gerek kalmadan tescilsiz iktisap hali oluşturan mahkeme ilamı ile (34), müşterek mülkiyet payını hakimnin biraz önce belirttiğimiz kurala dayalı tespiti oranında kazanmaktadırlar. Bu açıdan daha sonra yapılacak tescil, kurucu (ihdasi) değil; bildirici (izhari) nitelikte kabul edilmek gerekir. Payı, bu şekilde iktisap eden davacıların daha sonra yeni kazandıkları pay oranında tasarruf yapabilmeleri ancak bildirici tescilin yapılması ile mümkün olur.

H - PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA KARARI İLE BİRLİKTE KAT İRTİFAKINA GEÇİŞ KARARI VERİLEMEZ

Öğretide sunulan bir görüş uyarınca, hükmün amacına uygun olarak işlerlik kazanabilmesi için hakimnin, kat irtifakının kurul-

(33) Oğuzman / Seliçi, s. 380; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 701; Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 481.

(34) Bu görüş için bk., Tekinay, Kat, s. 47.

ması için zorunlu belgelerin ibrazı halinde kat irtifakının kurulmasına da karar verebileceği savunulmaktadır (34). Bu görüşün gerekçesine göre, paydaşlıktan çıkarılan paydaşın ayrılmasından sonra paydaşlar arasında yeni uyumsuzluklar çıkabilecektir ve inşaatın yapılmaması halinde payı iptal edilen paydaş gereksiz yere zarara sokulmuş olacaktır.

Bu görüşe mevcut hükmün ifadesi karşısında katılamıyoruz. İlk olarak gerekçede ileri sürüldüğü gibi, kat irtifakı kurulmasını takiben yapının tamamlanmamasının çıkarılan paydaş gereksiz zarara uğratacağı endişesinin burada yeri yoktur. Diğer yandan, çıkarılan paydaş sonrası, oybirliğini sağlayacak paydaşlar arasında yeni sorunlar çıkacağı endişesi ile hükme salt bu gerekçe ile yepyeni bir anlam kazandırılmasını kabul edemiyoruz. Zaten hükmün yukarıda andığımız anlamının, daha sonra (kat irtifakına geçinceye kadar) kat irtifakına geçiş yükümlülüklerinin yerine getirilmemesine bağlı olarak aynı prosedürün işleyeceğini amir bulunduğunu biliyoruz. Bu konuda belki de, paydaşlıktan ek 4. madde hükmünce çıkarma davası açan paydaşların, aynı zamanda kat irtifakına geçiş belgelerini de hazırlamış bulunmaları halinde anılan davanın kısmi bir paylı halin sona erdirilmesi davası olmasından hareketle KMK. m. 10/V. fıkra hükmünün kıyasen uygulanmasıyla aynı sonuca varılabilirse de, hükmün lafzının bu sonucu içermediğini kabul ediyoruz.

Sonuç olarak araştırma konumuzla ilgili olarak hakimın yalnızca davalının paydaşlıktan çıkarılması ve bunun sonucunda davalıya ait payın isteyen paydaşlara tesciline karar verme yolunda bağlı yetkisi bulunmaktadır.

G - PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA DAVASINDA SÖZ KONUSU OLABİLECEK ÖZEL DURUMLAR

a - Daha Önce Açılmış Paylı Halin Giderilmesi (Taksim; İzalei Şuyu) Davasına Karşılık Dava Olarak Açılması

MK'muz her hissedara taksim yani paylı halin giderilmesi davası açma hakkı vermiştir (MK. m. 627). Kat irtifakına geçiş kararına katılmayan paydaş gerek aynen taksimi sağlamak ge-

rekse satış bedelini elde etmek amacı ile paylı halin giderilmesi davası açabilecektir. Bu durumda, geriye kalan paydaşların kat irtifakına geçiş kararı alarak, taksim davasını açan paydaşın çıkarılması girişimini başlatmış olmaları mümkündür. Bu durumda sorunun çözümü bir dizi olasılığın irdelenmesini gerektirebilecektir. Görülmekte olan bir davada, davahnm aynı mahkemede aynı dava ile ilgili olarak davacıya karşı dava açmasına karşılık dava denmektedir (HUMK. m. 203-208) (35). Konu başlığımız altında, taksim ve paydaşlıktan çıkarma davaları birbiriyle ilgili (bağlantı bulunması) ve yakın ilişkili sayılmalıdır. Çünkü, taraflardan birinin davasının kabulü diğerinin davasının reddini gerektirecektir. Dava açık bir anlatımla, paylı halin giderilmesi davasının kesinleşmesi ile artık, ek 4. maddenin ön koşulu olan müşterek mülkiyet ortadan kalkmaktadır. Yok eğer paydaşlıktan çıkarılmaya karar verilmişse çıkarılan müşterek malik için ortadan kaldıracığı payı kalmamaktadır. Hemen belirtelim karşılık dava açma süresini (36) cevap verme süresinin geçmesi nedeniyle geçiren paydaş, ıslah yolu ile karşılık dava açabilmelidir (37).

Diğer bir ihtimal olarak, karşılık dava açmamış ya da süresini geçirmiş paydaşın koşulların oluşması üzerine açtığı paydaşlıktan çıkarma davası ile önce açılan taksim davası yukarıda andığımız bağlantı nedeni ile birleştirilebileceğine göre (HUMK. m. 45) (38), cevapları ıslahın kabul edilmesinin amaçsal yorumu ilkelere ve usul ekonomisine katkısı ortadadır (39).

b - Tarafların Ölümünün Davaya Etkisi

İlk olarak kolay çözümlenen ihtimal olarak davacılar açısından ele alacak olursak, ölüm halinde murise ait payın kendiliğinden intikali sonucu külli haleflerin durumu ne olacaktır? Ölüm sonucu kişiliğin son bulması nedeni ile (MK. m. 27/I) da-

(35) Mütakabil dava olarak da adlandırılan bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Kuru, usul III, s. 2743.

(36) Bk., Kuru, usul III, s. 2768.

(37) Bu konuda genel bilgi için bk., Kuru, usul III, s. 2778.

(38) Kuru, usul III, s. 2471.

(39) Kuru, usul III, s. 2779.

vada taraf olma ehliyeti de buna bağılı olarak son bulacaktır. Bu açıdan yapılan ayırım uyarınca, açılan dava mirasçıları ilgilendiren davalardandır (40). Bu başlık altında, mirasçıların malvarlığına intikal eden müşterek paya bağılı bir dava söz konusudur (41). Bu durumda, ölen tarafın mirasçılarının davaya devam etmesi konusunda genel hükümlere ve eserlere yollama yapıyoruz (42). Ancak, ölen davacının eksikliği ile çoğunluğun (beşte dördün) kaybolduğı iddiaları da dinlenmeyecektir. Çünkü, MK. m. 625/I hükmünün özelliğı gereğı alınmış bir kararın icrasını sağlama amacı ile diğere davacılar davayı yürütebileceklerdir. Hemen yeri gelmiş iken belirtelim, davacılarından biri veya andığımız ihtimale bağılı olarak davacılarından birinin ölümü ile davaya devam etmesi gereken mirasçılardan birinin feragatinin davayı sona erdirmesi kabul edilmemelidir. Çünkü, alınmış geçerli bir kararın icrasını sağlamak üzere çeşitli masraflara katılmış, belirli bir yol almış paydaşların bu feragatla başa dönmesini kabul etmek zordur. Bu konuda hukuki gerekçe de hazırdır. Yukarıda, davacıları mecburi dava arkadaşı olarak kabul etmiş idik. Hal böyle olunca birlikte hareket etme zorunda olan paydaşların davadan tek başına feragati mümkün değildir (43). Aynı hukuki sonuç, sulh için de geçerlidir.

Davalının ölümünde ise, KMK. ek 4. maddeye özgü özellik, sonucu davanın yalnız öleni ilgilendiren dava olarak kabulü mümkün değildir. Çünkü, malvarlığını ilgilendiren dava olarak mirasçıları ilgilendirir. Ayrıca, davalının açılan davayı takiben ikrarı ve kararı kabul etmesi dahi yukarıda vardığımız sonuçla, davanın reddini gerektirmez iken ölüm sonucu mirasçıların kararı veya yükümlölükleri kabul etmesinin davanın reddini sağlaması düşünülemez. Çünkü, çeşitli vesilelerle belirttiğimiz gibi, dava açılması aşamasına gelmiş davacıları, davalının ölümü ile mirasçılarla yeniden baş başa bırakmak ve tüm formaliteleri yeniden yerine getirilmesini buyurmak amaçsal (gai) yorum ilkeleri ile

(40) Bu konuda bk., Kuru Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 4, C. I, Ankara 1979, s. 613 vd.

(41) Kuru, usul I, s. 617 vd.

(42) Bu konuda bk. ve sonuç çıkar, Kuru, usul I, s. 618 vd.

(43) Bu konuda bk., Kuru, usul III, s. 2564; 2414.

bağdaşır olmaktan uzaktır. Sonuç olarak, davalının ölümü ile mirasçılara karşı devam edecek davada, koşulların subut bulması üzerine çıkarılmalarına ve ara kararı ile daha önce bedelin kendilerine ödenmesinden başka özellik bulunmamaktadır.

**c - Kat İrtifakının Kurulamamasının Veya
Kat İrtifakının Yapının Tamamlanamaması Nedeni
İle Sona Ermesinin Davalıya Etkisi**

KMK. ek 4. madde hükmünce açılan dava sonucu müşterek maliklerden bazıları paydaşıktan çıkarılabilmektedir. Bu sonucun elde edilmesinden sonra davalıların ayrılmasını takiben geride kalan paydaşlar KMK. 14. madde hükmünce kat irtifakının kurulabilmesi için zorunlu oybirliğini sağlamış olmaktadırlar. Doğal olarak bundan sonra kat irtifakının kurulması için gerekli olan belge ve planları sağlayarak kat irtifakını kurlmaları gerekir. Kat irtifakının kurulmasını takiben de KMK. 17. madde gereği kat irtifakına konu yapıyı tamamlamaları yükümlülüğü getirilmiştir. Kat irtifakına geçiş sonrası, yapının tamamlanması yolundaki yükümlülöklere katılmayan kişinin kat irtifakının zorunlu devri KMK. 26. madde hükmünce istenebilmektedir.

Bu başlık altında öğretilen ileri sürölen bir görüşle ilgili olarak, kat irtifakına geçilmemesi ya da geçilmekle beraber yapıya başlanmaması veya başlanmakla beraber süresinde bitirilmemesi nedeni ile kat irtifakının sona ermesi halinde daha önce kat irtifakına geçiş kararına katılmama sonucu çıkarılan paydaşın durumu incelenecektir. Bu konuda Tekinay, kat irtifakının kurulmamış olması veya inşaata başlanmamış olması halinde pay elinden alınmamış paydaşın payın kendisine iadesini isteyebileceğini kabul etmektedir (44). Hemen belirtelim yazarın kat irtifakının kurulmasını takiben beliren ihtimal olarak, inşaatın başlanmamış olmasına doğrudan iade sonucu bağlaması hatalıdır. Şöyle ki, kat irtifakında yapının tamamlanması olgusu büyük önem taşır. Aksi takdirde, KMK. 49. madde hükmünce, "kat irtifakına konu olan arsa üzerinde, bu irtifakın kurulması sırasında verilen plana göre beş yıl içinde yapı yapılmazsa maliklerden birinin istemi üzerine, sulh hakimi, gerektiğinde ilgilileri de dinle-

(44) Bu görüş için bk., Tekinay, kat, s. 47.

yerek, duruma göre kat irtifakının sona ermesine veya belli bir süre için uzatılmasına karar verir" (45). Görüldüğü gibi, yapıya başlanmamasına bağlı olarak anılan iade yükümlülüğünün getirilebilmesi bu hükme bağlı olarak kat irtifakının sona ermesine bağlı olmak gerekir. Anılan görüşün kabulü halinde bu hususun irdelenmesi gerekir. Yoksa, yazarca getirilen makul süre önerisi (46), anılan hükmün aksi ile kanıtı uyarınca beş yıl içinde inşaat başlama hakkı bulunan kat irtifakı sahiplerinin bu konudaki hakkının ortadan kaldırılması anlamı taşır.

Bizim görüşümüzce bu konuda iade yükümlülüğüne yer verilmemiştir. Çünkü, hükmün ifadesi uyarınca payı iptal edilen paydaşa ödenen rayiç bedel bu konuda yeterli gerekçe oluşturur. Çünkü, davacıların keyfi iradesine bırakılmayarak mahkemece saptanan rayiç bedelin ödenmesi ile payın nakte tahvil olunduğu gerçeği aksi görüşü savunmamıza engeldir. Mahkemece saptanan bedelin kesin hüküm niteliği karşısında davalının iptal edilen payı karşılığında ifa menfaati olarak sağlanmıştır.

(45) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., ÖZMEN E. Saba: Kat İrtifakında Yapının Bitirilememesi Nedeni İle Sona Erme ve Yaygın Kat İrtifakında Doğurduğu Sorunlar, ABD., Y. 49, S. 1992/3, s. 327 vd.

(46) Bu görüş için bk., Tekinay, kat, s. 47.