

**T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI: İRAK ve TÜRKİYE
KARŞILAŞTIRMASI**

RAAD SAEED SHAREEF

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**GAZİANTEP
ŞUBAT, 2017**

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI: IRAK ve TÜRKİYE
KARŞILAŞTIRMASI

RAAD SAEED SHAREEF

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Yrd. Doç. Dr. ÖZGÜR BAŞYIĞIT

GAZİANTEP
ŞUBAT, 2017

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Özel Hukuk ANA BİLİM DALI

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI: IRAK ve TÜRKİYE
KARŞILAŞTIRMASI

RAAD SAEED SHAREEF

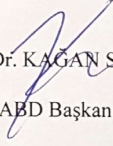
Tez Savunma Tarihi: 03.Şubat.2017

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Doç. Dr. ZEKİYE ANTAKYALIOĞLU


SBE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.


Yrd. Doç. Dr. KAĞAN ŞİŞSUZ

Enstitü ABD Başkanı

Bu tez tarafımca (tarafımızca) okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.


Yrd. Doç. Dr. ÖZGÜR BAŞYIĞIT


Tez Danışmanı

Bu tez tarafımızca okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

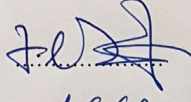
Jüri Üyeleri

İmzası

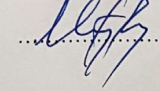
Yrd. Doç. Dr. ÖZGÜR BAŞYIĞIT (Tez Danışmanı)


.....

Yrd. Doç. Dr. ABDULLAH ERDOĞAN


.....

Yrd. Doç. Dr. MEHMET VAHİT EREN


.....

T.C
UNIVERSITY OF GAZIANTEP
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

LITIGATION FOR THE DISSOLUTION OF PARTNERSHIP:
COMPARISON BETWEEN IRAQ AND TURKEY

RAAD SAEED SHAREEF

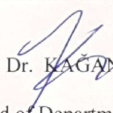
Date of exam: 03.Feb.2017

Approval of the Graduate School of Social Sciences


Assoc. Prof. Dr. ZEKİYE ANTAKYALIOĞLU

Director

I certify that this thesis satisfies all the requirements as a thesis for the degree of
Master's of LAW


Assoc. Prof. Dr. KAĞAN SUSUZ

Head of Department

This is to certify that I(we) has(have) read this thesis and that in my(our) opinion it is
fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of LAW.


Assoc. Prof. Dr. ÖZGÜR BAŞIĞIT


Supervisor

This is to certify that we have read this thesis and that in our opinion it is fully adequate,
in scope and quality, as a thesis for the degree of Master's of LAW.

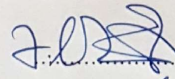
Examining Committee Members

Signature

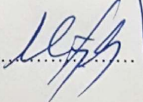
Assoc. Prof. Dr. ÖZGÜR BAŞIĞIT (Supervisor)



Assoc. Prof. Dr. ABDULLAH ERDOĞAN



Assoc. Prof. Dr. MEHMET VAHİT EREN



T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Özel Hukuk ANA BİLİM DALI

YEMİN METNİ

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi beyan ederim.

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

RAAD SAEED SHAREEF

Önsöz

Yüksek Lisans eğitimim boyunca, çalışmamın düzenlenmesi, gerçekleştirilmesi ve değerlendirilmesinde katkıları ile beni yönlendiren, bana yol gösteren ve destekleyen, bilgi ve deneyimlerinden faydalandığım Danışman Hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Özgür Başyığıte en derin saygı ve şükranlarımı sunarım.

Çalışmalarım esnasında değerli yardımlarını esirgemeyen arkadaşlarım Alı Ehsan tili ve Alan Nazar Ahmat ve Abas Ismail silo ve kahraman Ahmed ve khalid Reşid ve Siyar maaruf ve Dldar Aziz İssa teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmalarım boyunca gerek maddi ve gerekse manevi desteklerini her zaman yanımda olan ve destekleyen aileme ve Hayatımın her döneminde desteklerini esirgemeyen, hayatımı kolaylaştıran Babam Saeed Shareef ve Annem Ghorbat Tahir ve Ablamlar ve Abim Barzi Saeed ve halalarım ve Amcalarım ve kuzenelerim ve varlığıyla yaşam doyumumu arttıran sevgili nişanlım Dejeen Ali Shareef tez sürecindeki destekleri için sonsöz teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET**ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI: IRAK ve TÜRKİYE
KARŞILAŞTIRMASI****RAAD SAEED SHAREEF**

Gaziantep Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi, 94 Sayfa, Şubat 2017

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Özgür Başyığıt

Irak Medeni Kanunu esas olarak Fransa’da hukuk eğitimi almış ve Mısır Medeni Kanunu’nun da temel tasarımcısı olan Abdürrezzak Ahmed el Senhuri (1895-1971) tarafından hazırlanmıştır. Mısırlı ünlü bir hukukçu olan el Senhuri, 1943 yılında, kapsamlı bir medeni kanun hazırlanmak üzere dönemin hükümeti tarafından Irak’a davet edilmiştir. Irak hukukçular komitesinin başkanı olarak neredeyse on yıl çalışmış, Mısır Medeni Kanunu’nun bir model olarak kullanarak, Irak Medeni Kanunu olacak taslağı hazırlamıştır. Irak Medeni Kanunu 8 Eylül 1951’de kabul edilmiş ve iki yıl sonra 8 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹

Irak Medeni Kanunu, özellikle Mısır ve Fransız Medeni Kanunlarının etkisinde hazırlanmıştır. İslami unsurlar içeriyor olsa da genel yapısı ve esas olarak Kıta Avrupası Hukuku’na dayanmaktadır. Bu nedenle model olarak, Mısır, Fransa ve Etiyopya gibi ülke hukuk sistemleriyle; yasal teoriler olarak ise, İspanya, İtalya ve Louisiana eyaletinin hukuk sistemleriyle benzerlikler taşımaktadır.²

¹ARABI, Oussama, “Al-Sanhuri’s Reconstruction of the Islamic Law of Contract Defects”, **Islamic Studies**, 6.2, 1995, pp.153-172. (citing Al-Qanon Al Madani, No. 40, 1951).

²http://en.wikipedia.org/wiki/Law_of_Iraq Erişim: 10.6.2016

Irak Medeni Kanunu giriş kısmı, iki ana bölüm ve her bir bölümde iki kitap olmak üzere toplam 4 kitaptan oluşmaktadır. Kanunda toplam 1383 madde düzenlenmiş bulunmaktadır. Giriş kısmında, kanunun geri kalan kısmı boyunca uygulama alanı bulan tanımlara ve genel ilkelere yer verilmiştir. Birinci bölümde sözleşmelere, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi konulara, İkinci bölümde mülkiyet, sahiplik ve aynı haklara genel olarak yükümlülükler ve alt ögelere yer verilmiştir.

Tez çalışmamız bir giriş ve İki bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde tez konusunun takdimi, önemi ve kapsamından kısaca bahsedilmiştir. Birinci bölümde Türk hukukunda ortaklığın giderilmesi davasına, İkinci bölümde ise, Irak hukukunda ortaklığın giderilmesi davalarına ve bununla ilgili olarak ortakların hakları, görevli mahkeme ve ortaklığın sona ermesi gibi konulara değinilmiştir. Çalışmamızda her iki hukuk sistemi arasında, benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmuş ve her iki hukuk sistemi ile ilgili görüşler sunulmuştur. İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatler toplu bir şekilde çalışmamızın sonuç kısmında yer verilmiştir. Bu tezden Hedefim Irak ve Türkiye Ortaklığın Giderilmesi Davası konusunda ortak benzerlikleri çıkarmak.

Anahtar Kelimeler: Medeni Kanun, Mülkiyet, Müşterek mülkiyet, Ortaklıktan çıkarılma, Ortaklığın giderilmesi davası, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti, miras,

ABSTRACT**LITIGATION FOR THE DISSOLUTION OF PARTNERSHIP:
COMPARISON BETWEEN IRAQ AND TURKEY****RAAD SAEED SHAREEF**

Gaziantep University, Graduate School of Social Science

Department of Private Law

Master Thesis, 94 pages, Feb 2017

Supervisor: Assoc. Dr . Özgür Başıyıt

The Iraqi Civil Code was principally drafted by Abd El-Razzak El-Sanhuri, a French-educated Egyptian jurist who was also the principal drafter of the Egyptian Civil Code. In 1943, almost a decade after the push for a comprehensive modern code began in Iraq, Al-Sanhūrī was invited to Iraq by the Iraqi government and asked to complete the Civil Code. Working as the chairman of a committee of Iraqi jurists, using the Egyptian Civil Code as a model, he completed a draft of what would become the modern Iraqi Civil Code. The Iraqi Civil Code was enacted on September 8, 1951 and became effective two years later on September 8, 1953.

The Iraqi Code is based on the Egyptian and before that French Code Civil. Although it incorporates Islamic elements, its overall structure and substance is principally based on continental civil law. Therefore, it shares common substance and legal theory with other legal systems based on that model such as Egypt, France, Ethiopia, Spain, Italy, and the state of Louisiana.

The Iraqi Civil Code is divided into a preliminary part and two main parts, each main part composed of two books. The preliminary part contains definitions and general principles that find application throughout the rest of the code. Part I of the Code and its two books address obligations in general and subelements of that area of law, such as contracts, torts, and unjust enrichment. Part II and its two books address property, ownership, and real rights.

Our dissertation paper consists of one introduction and second more chapter; while the subject of the dissertation is presented in introduction, its importance and limitation are discussed. The first chapter of the partnership in Turkish law to the cause of the elimination, in the second chapter, under Iraqi law, a partnership and the partners in relation to this to be fixed in the case of rights, a court officer, and discussed issues such as the termination of the partnership. Similarities and differences between both legal systems in relation to Litigation for the dissolution of partnership were disclosed and opinions regarding both legal systems were presented throughout the paper. Opinions we had during our investigations, are presented in the conclusions section of our paper, the goal of this thesis is to extract the similarity between Iraq and Turkey in Litigation For The Dissolution Of Partnership .

Keywords: Civil Code, Property, Collection ownership, Dismissal from the partnership, Litigation for the dissolution of partnership, movable and immovable property, Inheritance

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| ÖNSÖZ..... | VI |
| ÖZET..... | VII |
| ABSTRACT..... | IX |
| İÇİNDEKİLER..... | XI |
| KISALTMALAR..... | XVI |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI ve ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA SÜRECİ

I. GENEL OLARAK TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

| | |
|--|----|
| 1. HAK KAVRAMI..... | 3 |
| 1.1. Hakkın Tanımı..... | 3 |
| 1.2. Hakkın Konusu..... | 4 |
| 1.3. Hakkın Sahibi..... | 4 |
| 1.4. Mülkiyet Hakkı..... | 5 |
| 2. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARI..... | 10 |
| 2.1. Ortaklığın Giderilmesi Davalarının Hukuki Niteliği..... | 11 |
| 2.2. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Görevli Mahkeme..... | 11 |
| 2.3. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Görev..... | 12 |
| 2.4. Ortaklığın Giderilmesine Bağlı Uyuşmazlıklara Bakmakla Görevli Mahkeme..... | 13 |
| 2.5. Satış Kararının İnfazı Aşamasında Yapılacak İtiraz ve Şikayetlerde Görevli Mahkem..... | 14 |
| 2.6. Tahkim Sözleşmesi Yapılması..... | 14 |

| | |
|--|----|
| 2.7. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Yetkili Mahkeme..... | 14 |
| 2.8. Miras Bırakanın Terekesi ile İlgili Olmayan Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Yetkili Mahkeme..... | 15 |
| 2.9. Tereke ile İlgili Davalarda Yetkili Mahkem..... | 16 |
| 2.10. Kararın İnfazı Aşamasında Yetki Durumu..... | 16 |
| 2.11. Alacaklının İcra Hakiminden Aldığı Yetki Belgesine Göre Dava Açılması..... | 16 |
| 2.12. Yetki Sözleşmesi..... | 17 |
| 2.13.Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Husumet..... | 17 |
| 3. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ TÜRLERİ..... | 18 |
| 3.1. Aynen Taksim Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi..... | 18 |
| 3.2. Kat Mülkiyeti Kurulmak Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi..... | 22 |
| 3.3. Satış Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi..... | 23 |

II. TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA SÜRECİ

| | |
|---|----|
| 1. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARINDA DAVA HAKKI..... | 24 |
| 1.1. Gerçek Kişiler..... | 24 |
| 1.2. Paydaşın Dava Hakkı..... | 25 |
| 1.3. Borçlu Ortağın Alacaklısı..... | 26 |
| 1.4. Tüzel Kişiler..... | 26 |
| 1.5. Hazine..... | 27 |
| 1.6. Vakıflar..... | 27 |
| 1.7. İl Özel İdaresi ve İl İdare Kurulu..... | 28 |
| 1.8. Belediyeler..... | 28 |
| 1.9. Köyler..... | 29 |
| 1.10. Tereke Tasfiye Memuru..... | 29 |
| 1.11. İflas İdaresi Memuru..... | 29 |

| | |
|---|----|
| 2. DAVA AÇAMAYACAK OLANLAR..... | 30 |
| 2.1. Sınırlı Aynı Hak Sahipleri..... | 30 |
| 2.2. Tereke Temsilcileri..... | 30 |
| 2.3. Vasiyeti Tenfiz Memuru..... | 30 |
| 3. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ KONUSU..... | 30 |
| 3.1. Taşınmazlar..... | 30 |
| 3.2. Gecekondular..... | 31 |
| 3.3. Gemiler..... | 32 |
| 3.4. Dalyan ve Voliler..... | 32 |
| 3.5. Kooperatif Ortaklık Payı..... | 33 |
| 3.6. Taşınır Mallar..... | 33 |
| 3.7. Telefonun Kullanma Hakkı..... | 33 |
| 3.8. Tahlil ve Hisse Senetleri..... | 33 |
| 3.9. Miras Payları..... | 34 |
| 4. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ AÇILAMADIĞI HALLER | 34 |
| 4.1. Paylı Malın Sürekli Bir Amaca Özgülenmiş Olması..... | 34 |
| 4.2. Hukuki İşlem Nedeniyle Davanın Açılmaması..... | 35 |
| 4.3. Davanın Uygun Olmayan Zamanda Açılması..... | 35 |
| 4.4. Mirasçılar Arasında Miras Taksim Sözleşmesi Yapılmış Olması..... | 35 |
| 4.5. Tapusuz Taşınmazlarda Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği..... | 36 |
| 4.6. Taşınmazın Belli Bir Payının Ortaklığının Giderilmesinin İstemeyeceği..... | 36 |
| 4.7. Bütünleyici Parça Hakkında Ortaklığın Giderilmesi İstenemez..... | 37 |
| 4.8. Kat İrtifakı Veya Kat Mülkiyeti Kurulmuş Ana Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi İstenemez..... | 37 |
| 4.9. Kamulaştırılan Taşınmazın Ortaklığının Giderilmesi İstenemez..... | 37 |
| 5. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNE DAİR KARARLARIN İNFAZI..... | 37 |
| 5.1. Ortaklığın Giderilmesine Dair Kararların Kesinleşmiş Olması..... | 37 |
| 5.2. Ortaklığın Giderilmesi Kararlarında Zamanaşımı..... | 38 |
| 5.3. Kararın İnfaz Edilebilir Olması..... | 38 |
| 5.4. Kıymet Takdiri Tebliği..... | 38 |
| 5.5. Satış İlanının Tebliği..... | 39 |

| | |
|---|----|
| 5.6. Satış Memuru Atanması..... | 39 |
| 5.7.Yetkili Satış Memuru..... | 40 |
| 5.8. Satış Müddeti..... | 40 |
| 5.9. Satış Şeklinin Belirlenmesi..... | 40 |
| 5.10. Satış Kararından Sonra Miras Taksim Sözleşmesi Yapılmış Olması..... | 40 |
| 5.11. Karardan Sonra Paydaşların Değişmiş Olması..... | 40 |
| 5.12. Kıymet Takdiri..... | 41 |
| 5.13. İlan..... | 41 |
| 5.14.Taşınır Malın Açık Artıma Şartnamesi ve Tutanağı..... | 41 |
| 5.15. Teminat..... | 41 |
| 5.16. Açık Artırmanın Yapılış Şekli..... | 42 |
| 5.17. Satış Bedelinin Dağıtılması..... | 42 |

İKİNCİ BÖLÜM**İRAK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI**

| | |
|--|----|
| 1. İRAK HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKI..... | 43 |
| 2. İRAK HUKUKUNDA BİRLİKTE MÜLKİYET HAKKI..... | 43 |
| 2.1. Müşterek Mülkiyet..... | 43 |
| 2.2. İştirak Halinde Mülkiyet..... | 45 |
| 3. ORTAKLIK MALININ MÜLKİYET HAKKI..... | 45 |
| 3.1. Ortaklık Malı Mülkiyet Hakkının Kaynakları..... | 46 |
| 4. ORTAKLIK MALININ SONA ERME SEBEPLERİ..... | 53 |
| 4.1. Ortaklık Malının Hukuki Olarak Sona Erme Sebepleri..... | 55 |
| 4.2. Ortaklık Malının Sona Erdirilmeme Sebepleri..... | 57 |
| 5. TAKSİMİN (PAYLAŞMA) TANIMI..... | 59 |
| 5.1. Taksim Biçimleri..... | 59 |
| 5.2. Taksim Hukuki Sonuçları..... | 60 |
| 6. ORTAKLIK MALI TAŞINMAZIN PAYLAŞILMA USULLERİ..... | 62 |
| 6.1. Anlaşmalı Taksim..... | 62 |
| 6.2. Yargısal Taksim..... | 66 |
| SONUÇ..... | 85 |
| KAYNAKÇA..... | 88 |
| ÖZGEÇMİŞ..... | 94 |

KISALTMALAR

| | |
|--------|---|
| age. | : Adı geçen eser |
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| çev. | : Çeviren |
| dn. | : Dipnotu |
| E. | : Esas |
| EN. | : Esas No |
| f. | : Fıkra |
| IEBİMK | : Irak Engelli Bakım İdaresi Müdürlüğü Kanunu |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK | : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| IMK | : Irak Medeni Kanunu |
| IMUK | : Irak Medeni Usul Kanunu |
| ITTK | : Irak Tapu Tescil Kanunu |
| İİK | : İcra ve İflas Kanunu |
| K. | : Kanun |
| Karş. | : Karşılaştırınız |
| mad. | : Madde |
| N. | : Numara |
| s. | : Sayfa |
| S. | : Sayı |
| T. | : Tarih |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| Terc. | : Tercüme |
| TMK | : Türk Medeni Kanunu |
| TSN | : Tapu Sicili Nizamnamesi |
| TST | : Tapu Sicili Tüzüğü |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | : Ve diğeri |

GİRİŞ

Irak Mülkiyet Hukuku, Kıta Avrupası Medeni Hukuku'na dayanmakla birlikte Osmanlı hukukundan etkilenmiş ve belli bir ölçüde geleneksel İslam Hukuk prensiplerinden beslenmiştir. Hatta daha eskilere giderek Mezopotamya hukuku ve Hammurabi kanunlarının tarihi tecrübelerinden de yararlanılmıştır.

Bu zengin karışım özel mülkiyete saygı duyulmasını, mülkiyet hukuku rejimiyle mülkiyet haklarının korunmasını sağlar. Bu güçlü özelliği mülkiyetin hukuka uygun el değiştirmesini sağlayarak, kanuna aykırı elde etmeyi zorlaştırır. Ayrıca mülkiyet haklarının kullanılması için geniş bir dizi imkanlar sağlar. Mülkiyetin tam kullanımı ve yararlanması için çeşitli yasal yollar bulunmaktadır. Mülkiyet haklarının kiralanması, kullanımı ve yerleşim, kredi gibi imkanlar Irak'ın karmaşık ve büyüleyici tarihini yansıtan kurum ve kültürel uygulamalardır.³

Irak Medeni Kanunu'nun 3. Kitabının 1. Bölümünde 1070 ve 1081. Maddeleri arasında ortaklığın sona erdirilmesi (İzale-i Şüyû) konusu düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda izale-i şüyû ya da yeni tabirle ortaklığın giderilmesi ile ilgili çeşitli durum ve konulara ilişkin geniş düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabı olan eşya hukukunun birinci kısmında mülkiyet konusu geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 683-778. maddeleri arasında ise, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti ile ilgili düzenlemelere geniş bir şekilde yer verilmiştir. Ayrıca konuyla ilgili olarak diğer kanunlarda da çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Bu çalışmamızda “Ortaklığın Giderilmesi Davası: Irak ve Türkiye Karşılaştırması” konusu incelenmiştir. Bizi bu konuda çalışmaya yönlendiren en önemli etken her iki hukuk sisteminde birbirinden farklı hukuk sistemlerinin uygulanıyor olması olmuştur. Türk hukukunda İsviçre hukuk sistemi kabul edildiği

³Stigall, Dan E. “A Closer Look at Iraqi Property and Tort Law” **Louisiana Law Review**, Volume 68 Number 3, Spring 2008.

halde, Irak hukukunda Fransız hukuk sistemi kabul edilmiştir. Bu nedenle Tez çalışmamız Türk ve Irak Hukuku arasında karşılaştırmalı bir çalışmadan ibarettir.

Tez çalışmamız bir giriş ve İki bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde tez konusunun takdimi, önemi ve kapsamından kısaca bahsedilmiştir. Birinci bölümde “Türk Hukukunda Ortaklığın Giderilmesi Davası ve Türk Hukukunda Ortaklığın Giderilmesinde Dava Süreci” başlığı altında hak kavramının tanımı yapılarak ortaklığın giderilmesi davalarının hukuki niteliği ve ortaklığın giderilmesi davalarının türleri hakkında genel bilgiler verilmiştir. Türk Hukuku’nda ortaklığın giderilmesi davalarında dava hakkı, dava konusu, dava açılmayacak haller ve davanın infazı konularına yer verilmiştir. Tezimizin İkinci bölümünde ise, “Irak Hukukunda Ortaklığın Giderilmesi Davası” başlığı altında Irak hukukunda müşterek mülkiyet hakkı, ortakların hakları, ortaklığın sona ermesinin sebepleri, ortaklığın giderilmesi davası, ortaklığın giderilmesi davalarında görevli mahkemeler, satış ve tasfiye işlemleri ile ortaklığın sona ermesi konularına değinilmiştir.

Böylece tezimizde Türk ve Irak hukukunda ortaklığın giderilmesiyle ilgili düzenlemelerin, hüküm ve sonuçları incelenerek her iki hukuk sistemi arasında, benzerlikler ve farklılıklar ortaya konulmuş ve her iki hukuk sistemi ile ilgili görüşler sunulmuştur. İncelemelerimiz sırasında vardığımız kanaatlere toplu bir şekilde çalışmamızın sonuç kısmında yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI ve ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI SÜRECİ

I. TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

1. HAK KAVRAMI

1.1. Hakkın Tanımı

Hak kavramı, hukuk biliminin en temel kavramlarından biridir. Hukukun hemen bütün alanlarında ve konularında sıkça karşımıza çıkar. Fakat hukukçular bu önemli kavramın tanımında birleşememişler; farklı kriterlerden yola çıkarak farklı tanımlar ortaya koymuşlardır. Hakkın niteliğini ortaya koymak için çeşitli teoriler geliştirilmiştir.⁴

İrade Teorisine göre: 19. Yüzyıl Alman hukukçularından özellikle Savigny ve Gierke tarafından ortaya konan ve Windscheid tarafından savunulan bu görüş hakkı tanımlarken “irade” kavramını öne çıkarır. Bu teoriye göre hak, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan bir “irade hakimiyeti” veya bir “irade kudreti” olarak tanımlanabilir. Yani, eğer bir kimse, bir başkasına kendi iradesini zorla kabul ettirebiliyor ve onu kendi iradesine uygun davranmaya zorlayabiliyorsa, hak sahibi demektir. Ancak bu görüş hakkın sadece dış görünüşüne önem verdiği, konuya şekilci yaklaştığı ve hakkın muhtevası (içeriği) ile ilgilenmediği için eleştirilmiş ve hakkın tanımında yetersiz görülmüştür. Zira, iradeyi esas alan bu görüşe bağlı kalınırsa, irade sahibi sayılamayan küçük çocuklar ve akıl hastaları hak sahibi sayılamayacaktır.

Menfaat Teorisine göre: Alman hukukçularından Jhering, irade teorisinin hakkı tanımlamadaki yetersizliğini gidermek üzere, irade yerine “menfaat” kavramını öne çıkarmıştır. Bu görüşe göre hak, “hukuken korunan menfaat” olarak açıklanır.

⁴-Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004, s. 111 vd. ; Hasan Pulaşlı, Hukukun Temel Esasları, Mimoza Yayınevi, Konya, 1992, s. 15-17; Müslim Tunaboğlu, Paylaşmanın (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, Ankara, 2009, 5. Baskı, s. 20 vd.

Özellikle, kişi iradesinin büyük ölçüde değerini kaybettiği kamu hukuku alanında kabul edilen haklar, bu teori ile iyi açıklanmaktadır. Bu teori de, kişi iradesini göz ardı ettiği için eleştirilmiştir. Eleştirilere göre, her menfaati hak olarak kabul etmek mümkün olamaz. O halde, bir menfaatten yararlanmak veya onu ileri sürmek hak sahibinin iradesine bağlı olduğu takdirde, bu menfaat hak olarak kabul edilebilir.

Karma Teoriye göre: açıklanan her iki teorinin de, tek başına hakkı tanımlamada eksik kaldığını gören (Jellinek ve Michoud gibi) bazı hukukçular, her iki görüşün de haklı olduğu noktalardan yararlanarak karma teoriler geliştirmişlerdir. Bu görüşler arasında da bazı farklar bulunmakla birlikte, karma görüşler şu noktada birleşirler: Hak, hukuken korunan ve yararlanması sahibinin iradesine bağlı bulunan menfaatlerdir⁵.

1.2. Hakkın Konusu

Hakkın konusu, hakların sahibine sağladığı iktidar ve kişinin iradesine bağlı menfaatler alanıdır. Fakat hakkın ilgili olduğu konular çok çeşitlidir ve adeta sınırsızdır. Hakkın konusu, insanın kişilik değerleri olabilir. Kişinin hayatı, sağlığı, beden tamlığı, şeref ve haysiyeti, hürriyeti, ehliyeti, adı vs. gibi. Hakkın konusu, başkalarının konumu ve davranışları olabilir. Anne-babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı gibi. Hakkın konusu eşya olabilir. Menkul mal mülkiyeti, gayrimenkul mülkiyeti, elektrik, doğal gaz gibi tabii güç ve enerji kaynakları üzerindeki mülkiyet gibi. Hakkın konusu bir başka hak olabilir. Örneğin, intifa hakkı ve rehin hakkı, bir taşınmaz mülkiyetine bağlı olarak tesis edilir. Hakkın konusu, para ile ölçülebilen hak ve borçları kapsayan malvarlığı değerleri de olabilir.

1.3. Hakkın Sahibi

Hakkın sahibi kısaca “kişi” olarak ifade edilir. Kişiler, hak edinme ve borç yüklenme yeteneği olan varlıklardır. Bu anlamda, hayvanlar ve eşya hak sahibi olamaz. Hak sahibi sayılan “kişiler”, “gerçek kişiler” ve “tüzel kişiler” olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçek kişiler, insanlardır. İnsanlar, doğumla hukuki kişilik kazanırlar.⁶

⁵ Hatemi, s.112.

⁶TMKmad. 8, 28.

Tüzel kişiler ise, doğal varlıklar değil, hukuk tarafından kendilerine kişilik tanınmış insan ve mal topluluklarıdır. İnsan topluluğu şeklindeki tüzel kişiler dernekler ve ticaret şirketleri; mal topluluğu şeklindeki tüzel kişiler de vakıflardır.

1.4. Mülkiyet Hakkı

1.4.1. Mülkiyet Hakkının Tanımı

Mülkiyet kavramının tanımına Medeni Kanunda yer verilmediği gibi, Anayasada da mülkiyetin tanımı yapılmamıştır. Ancak 1982 Anayasası'nın 35. Maddesinde mülkiyet hakkının kullanılması üzerinde durulmuştur: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Medeni Kanundaki mülkiyet kavramına ilişkin düzenlemeler ve genel hükümlerden hareketle mülkiyet, kişiye, kanunların öngördüğü sınırlar içinde, sahibi olduğu maldan ve malın hukuki ve doğal ürünlerinden yararlanma ve o mal üzerinde tasarruf etme yetkisi veren egemenlik hakkı olarak tanımlanabilir. Buna göre mülkiyet hakkı, malike hukuk düzeni sınırları içerisinde sahip olduğu mal üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerini vermektedir.⁷

Mülkiyet hakkının verdiği yetkileri, o şeyin malikinin rızası olmadan başkaları kullanamaz. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.⁸ Ancak, mülkiyet hakkının kullanımının da sınırları vardır. Bu sınırlar anayasa ve kanunlarla çizilmiştir.

Mülkiyet hakkı, bütün yetkileri bünyesine alan egemenlik hakkıdır. Oysa, sınırlı aynı haklarda hak sahibinin yetkileri gerek kapsam gerekse sürebakımından sınırlandırılmıştır. Diğer bir ifade ile sınırlı aynı haklar, hak sahibine eşya üzerinde yalnızca belirli ve sınırlı yetkiler tanır, sınırlı bir egemenlik sağlarlar.⁹

⁷Ahmet Cemal Ruhi, Ortaklığın Giderilmesi ve Ecrimisil Davaları, Ankara, 2009, s. 13.

⁸TMKmad. 683/2.

⁹ Ruhi, s. 13.

1.4.2.Mülkiyet Hakkının Konusu

Mülkiyet hakkının konusunu maddi şeyler oluşturur. Bir başka ifadeyle maddi nitelikte olmayan şeyler mülkiyet hakkının konusuna girmezler. Buna göre 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında kişilerin fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları mülkiyet hakkının konusunu oluşturamazlar. Bundan başka, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen “bağımsız ve sürekli haklar”¹⁰ ile “doğal güçler”¹¹ dışında kalan maddi nitelikte olmayan şeyler mülkiyet hakkına konu olamazlar.

1.4.3. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Mülkiyet hakkı sadece konusu olan asıl eşyayı değil, bu eşyanın bütünüyle parça ile eklentisini de kapsar.

1.4.3.1. Bütünüyle Parça

Medeni Kanunun mülkiyet hakkını tayin eden 684. maddesinde, “Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünüyle parçalarına da malik olur.” hükmü yer almaktadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası bütünüyle parçayı şöyle tanımlamaktadır: “Bütünüyle parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır.”

Bu tanıma göre bir şeyin bütünüyle parça olabilmesi için, iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Ya bir şey asıl şeye sıkı bir maddi bağlantı ile bağlanmıştır ve maddeten asıl şeyden ayrılması ancak asıl şeyin yok edilmesi, zarara uğratılması veya yapısının değiştirilmesi ile mümkün olabiliyordur. Bu durumda bağlanan şey asıl şeyin temel unsuru haline gelmiş ve bütünüyle parça olmuştur veya maddi bağlantı bu kadar sıkı değildir fakat yerel adet, bağlanan şeyi asıl şeyin temel unsuru saydığı için kanun onun bütünüyle parça niteliğini kazandığını kabul ediyordur. Böylece bir şey, asıl şeye sıkı maddi bağlantısı dolayısıyla temel unsur

¹⁰TMKmad. 704.

¹¹TMKmad. 762.

haline gelebileceği gibi, yerel adete göre temel unsur sayıldığı için de bütünleyici parça niteliğini kazanabilir. Fakat her iki halde de maddi bağlantı olması şarttır.¹²

1.4.3.2. Doğal Ürünler

Medeni Kanun, bir şeyin bütünleyici parça sayılması için gerekli şartları genel olarak 684. maddede belirtmiş ise de bazı şeyler için bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın bütünleyici parça niteliğini tanımıştır. Medeni Kanunun 685. maddesiyle “Bir şeyin maliki, onun ürünlerinin de maliki olur. Ürünler, dönemselsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir. Doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır.” hükmü getirilmiştir.

1.4.3.3. Eklenti

Medeni Kanunun 686. maddesinin ikinci fıkrası eklentiyi şöyle tanımlamaktadır: “Eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır.” Görüldüğü gibi, bütünleyici parça bağımsız bir mal olarak varlık arz etmedikleri halde, bir şeyin eklentisi bağımsız mal vasfını korumaktadır. Buna karşılık asıl şeyin taşınır veya taşınmaz mal olması mümkündür. Eklenti ilişkisi ancak iki mal arasında söz konusu olur. Ancak taşınır eşya eklenti niteliğini taşıyabilir. Dolayısıyla taşınmaz malların eklenti niteliği taşımaları söz konusu değildir. Taşınır bir şeyin eklenti sayılması için Kanunun aradığı şartlar dış bağlantı ve özgülünmedir.¹³

Özgülünme, bir taşınır malın asıl şeyin işletilmesi, korunması veya ondan yararlanılması için sürekli nitelikte ona özgülünmüş olması gerekir. Diğer bir anlatımla söz konusu taşınır malın asıl şeyin ekonomik amacına bağlı kılınmış olması gerekir.

Dış Bağlantı, asıl şeyin ekonomik amacına özgülünen taşınır malın eklenti niteliğini kazanabilmesi ve sözü geçen özgülünmenin iki şey arasındaki maddi bir

¹²Safa Reisoğlu, Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, 6. Bası, Ankara, 1980, s. 9 vd; Ruhi, s. 14.

¹³Jale G. Akipek, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İkinci Kitap:Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 35 vd.

bağlantı ile dışa karşı belirli hale gelmesi için, asıl şey ile dış bağlantı bulunması, eklentinin asıl şeye bağlı kılınması gerekir. Eklenti durumunu üçüncü kişilere bu unsur açıklar.

Özgüleme arzusu bulunsa, hatta açıklansa dahi dış bağlantı kurulmadıkça eklenti olma niteliği gerçekleşmez. Buna göre dış bağlantı çözülmüşse eklenti olma niteliği de sona erer. Fakat eklenti, asıl şeyden geçici olarak ayrılmakla bu niteliğini kaybetmez (TMKmad. 686/3). Örneğin, fabrikanın bir makinesi tamire gönderilince makine eklenti olmaktan çıkmaz.

Eklenti ve Bütünleyici Parça arasındaki esas farkları belirtmekte fayda vardır.

1.Bütünleyici parça hem taşınır hem de taşınmaz mal olabilir. Oysa, eklenti sadece menkul eşyadır.

2.Bütünleyici parça bağımsız bir eşya vasfı taşımadıkları, ayrı bir mülkiyet konusu olmadıkları halde, eklenti asıl şeyden bağımsız bir hukuki varlık olarak mülkiyet konusudur.

3.Asıl şey üzerinde yapılacak tasarruflardan bütünleyici parçayı ayrı tutmak mümkün olmadığı halde, bir şeye ait yapılacak tasarruflarda o şeyin eklentisi ayrı tutulabilir. Bu durumun taşınmaz mal rehninde büyük önemi vardır. Medeni Kanunun 862/1. maddesi bunu, “Rehin, taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileri ile birlikte yükümlü kılar.” şeklinde ifade etmiştir.

Taşınmaz malın eklentisi olan taşınır eşya, tapu siciline gösterilmiş olmasa bile rehnin kapsamındadır. Eklentinin tapu siciline yazılmasının bildirici bir anlamı vardır. Malikin açık bir şekildeki bu tahsis iradesi, alacaklı lehinde bir karine teşkil eder. Bunun neticesinde alacaklı, bunların eklenti olduğunu ispatla yükümlü olmaz.

TMKmad. 686/1 hükmü uyarınca bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar. TMKmad. 687’ye göre ise asıl şeye zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanması veya tüketmesi için özgülenen ya da asıl şeyin özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilen şeyler eklenti sayılmaz. Asıl şeyin

haczi eklentiyi de kapsar. Hacedilen eklentideki hak sahibi kişinin (intifa hakkı, hasılat kiracısı gibi) istihkak davası hakları saklıdır.

1.4.4. Mülkiyet Hakkının Çeşitleri

Eşya üzerindeki mülkiyet hakkı bir veya birden çok kimseye ait olabilir. Bu takdirde, birinci halde tek başına, ikinci halde ise ortak mülkiyetten söz edilmesi gerekir. Ortak mülkiyet de, maliklerin karşılıklı hak ve ilişkilerine göre, paylı (müşterek) mülkiyet, elbirliği ile (iştirak halinde) mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁴

1.4.4.1. Paylı (Müşterek) Mülkiyet

Birden fazla kimse, bir mala hisseleri oranında malik olup da, bu hisseleri bilfiil taksim edilmemiş bulunursa buna “*paylı (müşterek) mülkiyet*”denilmektedir. Paylı mülkiyette önemli olan husus, hissedarların kendi hisselerine müstakil olarak malik olması yani bu hisse üzerinde müstakil olarak kanunun çizdiği sınırlar dairesinde dilediği tasarrufta bulunabilmesidir.¹⁵

Paylı Mülkiyetin Sona ermesi, TMK mad. 698 ve devamındaki maddelerde anlatılan işlemlere göre paylaşırma ile sona erecektir. Paylı mülkiyet paydaşların paylaşırma talebi üzerine verilecek hükümlerle sona erer. TMK mad. 698 hükmü uyarınca hukuki bir işlem gereğince veya paylı mal sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça paydaşlardan her birisi malın paylaşırmasını isteyebilir. Paylaşırmayı isteme hakkı hukuki bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlanabilir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmi şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir. Uygun olmayan zamanda paylaşırma istenemez.

1.4.4.2. İştirak Halinde Mülkiyet

Birden fazla kimsenin bir malın tamamına sahip olmaları halinde ise “*elbirliği ile (iştirak halinde) mülkiyet*”mevcut demektir. Bu çeşit mülkiyetin özelliği, hissedarlar malın tamamına malik olduklarından, iştirak (ortaklık) devam ettiği

¹⁴Reisoğlu, s. 12.

¹⁵ Ruhi, s. 14.

müddetçe taksim ve hisselerde tasarruf edilememesidir. Diğer bir ifadeyle, elbirliği ile mülkiyette bölünmüş paylar olmayıp, ortakların (paydaşlar) eşya üzerinde hep birlikte sahip oldukları tek ve bölünmemiş bir mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Elbirliği ile mülkiyet konusunda verilebilecek tipik örnek “*miras ortaklığıdır*”. Birlikte mirasçılığın bulunduğu bu gibi bir durumda, mirasçılar arasında miras bırakanın ölümü olayının gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden doğan bir “*miras ortaklığı*” meydana gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, ölüm olayıyla birlikte miras bırakanın malvarlığı (tereke) mirasçıya ya da birden fazla mirasçılara geçmektedir.¹⁶ Mirasçılar arasındaki ortaklıktan kastedilen, birlikte mirasçılar arasında tereke üzerinde kurulan hukuksal bir ilişkinin varlığıdır. Bu hukuksal ilişki “*elbirliğiyle ortaklığı*” doğurmaktadır.¹⁷

2. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARI

Taşınmaza ortak mülkiyet olarak sahip olan hissedarların mallarının aynen taksim edilmesi veya mahkemece satılarak bedellerinin hissedarlar arasında payları nispetinde paylaşılmasına ortaklığın giderilmesi (izale-i şüyû) denir. İzale-i Şuyu veya ortaklığın giderilmesi davası ise, paylı veya elbirliği mülkiyetine konu taşınır veya taşınmaz malda ortaklar arasındaki paydaşlığa son vererek kişisel mülkiyete geçişi sağlayan, davanın tüm tarafları için benzer sonuçlar doğuran bir dava türüdür.

Ortaklık malının taksimi aynen mümkün olmuyor ise mahkemece satılarak bedellerinin paylaşılacağı TMK 628 maddesinde belirtilmiştir. Ortaklığın giderilmesi (izale-i şüyû) davasında temel amaç ortaklar (paydaşlar) arasında çıkan anlaşmazlıkların ve uyuşmazlıkların mahkeme yolu ile ortaklıklarının giderilerek çözülmesidir. Söz konusu taşınmazın bölünebilir nitelikte olması halinde mahkemece taşınmazın aynen paylaşılmasına, aksi durumda açık arttırma yolu ile satılmasına karar verilir.

¹⁶Güneş Yılmaz, “İzale-i şüyû Davası ile Miras Ortaklığının Sona Ermesi Halinde Karşılaşılan KDV Yükü”, TBB Dergisi, 2012, S. 98, s. 106.

¹⁷Erol Cansel ve Ali Naim İnan, “*Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukuku'nun Konusu*”, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse12541850.pdf., s.357.

2.1. Ortaklığın Giderilmesi Davalarının Hukuki Niteliği

Ortaklığın giderilmesi davaları paylı veya elbirliği mülkiyetine konu mallarda paydaşlar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdiren, birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan, çift taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davada taraflar hem davacı hem davalı durumundadır. Verilecek karardan, her iki taraf da yararlanır. Bu nedenle uygulanacak hükümler HUMK'nun 561-570 maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesinde asıl olan TMK mad. 698. maddesinde düzenlenen aynen taksim yoludur. Aynen taksimin mümkün olmadığı hallerde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi yoluna başvurulur.¹⁸

2.2. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Görevli Mahkeme

HUMK mad. 8'de sulh hukuk mahkemelerinin bakacağı davalar belirlenmiştir.: "Dava konusu şeyin değerine bakılmaksızın taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ait davaların" sulh hukuk mahkemesinde görülmesi karara bağlanmıştır. Yine HUMK mad. 561, 562, 569'da taksim ve izale-i şüyû davalarının sulh hukuk mahkemelerinde karara bağlanacağı belirtilmektedir.¹⁹

Ortaklığın giderilmesi davaları basit yargılama usulüne göre bir an önce sonuçlandırılmalıdır. İş yoğunluğu sebebiyle birden fazla sulh hukuk mahkemesi bulunan Ankara, İzmir, İstanbul gibi büyük şehirlerde, münhasıran miras bırakanın terekesiyle ilgili olarak açılacak davalara bakmak üzere ahkamî şahsiye mahkemesi bulunmaktadır. Bu mahkemeler ile diğer sulh hukuk mahkemeleri arasındaki görev paylaşımı işlerin çokluğu sebebiyle yapılmış iş bölümünden ibarettir. Bu sebeple bu mahkemelerin verecekleri görevsizlik kararları iş bölümünden kaynaklanan gönderme

¹⁸Yılmaz, Yılmaz, s. 2390.

¹⁹Ejder Yılmaz ve H.Ümit Yılmaz, Hukuk Rehberi, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 2390.

kararı niteliğinde olacağından HUMK mad. 193 maddesinde öngörülen on günlük süre uygulanmaz.²⁰

Mirasçılara intikal eden malın tamamı miras yoluyla kalmış ise elbirliği mülkiyetine konu olduğundan, davanın ahkamı şahsiye işlerine bakan sulh mahkemesinde görülmesi gerekir. Mirasçılar kendi aralarında elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürmüş olabilirler. Bu takdirde ortaklığın giderilmesi davası genel sulh hukuk mahkemesinde açılmalıdır. Çünkü elbirliği mülkiyeti sona ermiş olup dava konusu mal tereke malı olmaktan çıkmıştır.²¹

Miras bırakandan intikal eden mal hem elbirliği hem de paylı mülkiyete konu olan hallerde görevli mahkeme davacının malik olduğu mülkiyet şekline göre belirlenir. Davacı davaya konu malda elbirliği mülkiyeti şeklinde malikse dava ahkamı şahsiye sulh mahkemesinde görülür. Eğer davacı baylı mülkiyet hükümlerine göre malikse davaya genel sulh mahkemesinde bakılır.²²

Ahkamı şahsiye mahkemesi ile genel sulh mahkemesi arasındaki görev ayrımı işbölümü niteliğinde olduğundan bu şekilde verilecek görevsizlik kararları gönderme kararı olup temyiz edilemez. Gönderme kararı üzerine dava dosyası tarafların başvurusu beklenmeksizin görevli mahkemeye gönderilir. Gönderme kararının kesinleşmesi düşünülmemeyeceği gibi HUMK'un 193. Maddesinin uygulanması da söz konusu olamaz. Görev konusu kamu düzenine ilişkin olduğundan yargılamanın her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Ayrıca taraflar süreye bağlı olmaksızın her zaman görev itirazında bulunabilir.²³

2.3. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Görev

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Sulh hukuk mahkemelerinin görevi" başlıklı 4. maddesinin b bendinde sulh hukuk mahkemelerinin taşınır ve taşınmaz mal veya hakkın paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin davalara bakacakları

²⁰ Erdoğan, s. 195 vd; Ruhi, s. 146.

²¹ Erdoğan, s. 196; İlknur Arslan, Paydaşlığın ve Ortaklığın (Birlikte Mülkiyetin) Giderilmesi, Ankara, 2012, s. 30 vd.

²² Erdoğan, s. 196.

²³ Erdoğan, s. 196.

yazılıdır. Buna göre ortaklığın giderilmesi davaları sulh hukuk mahkemesinde açılmalıdır.²⁴

2.4. Ortaklığın Giderilmesine Bağlı Uyuşmazlıklara Bakmakla Görevli Mahkeme

Her uyuşmazlık için ayrı dava açılarak karara bağlanması temel kural olmakla beraber kanun koyucu, görülmekte olan dava içerisinde bazı uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması yolunu benimsemiştir. Görülmekte olanın davanın sonuçlanması için ön mesele teşkil eden bazı uyuşmazlıklar ayrı bir dava konusu yapılmaksızın o dava içerisinde çözülmektedir. Bu durumda uyuşmazlık ön mesele olmaktan çıkmakta, görülmekte olan dava içerisinde karara bağlanmaktadır.

HUMK'un 566. Maddesi “sulh haki değerinin tespiti mülkün olan ve yüz milyon lirayı geçmeyen uyuşmazlıkları da basit usule göre çözümler. Hakim iki tarafa ispata yarayan belgelerin ibrazı için bir süre verir” hükmünü içerir. Bu hükme göre ortaklığın giderilmesi davasına bakan hakim değeri tespit edilebilen ve değer itibarı ile sulh mahkemesinin görevine giren ek uyuşmazlıkları da birlikte görüp karara bağlayacaktır. Bu ilave uyuşmazlıklar ortaklığın giderilmesi davasında taraf olanlar arasındaki uyuşmazlıklardır. Ayrıca bu uyuşmazlıkların ortaklığın giderilmesi davasının sonucunu etkilemesi gerekir.²⁵

Dava değerinin belirlenmesi mümkün olmaz veya kıymetin belirlenmesi mümkün olup da değer, sulh mahkemesinin görevini aşarsa, bu takdirde sulh hakimi ilgisine görevli Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmak üzere önel vermesi gerekir. HUMK mad. 567/2 “Sulh hakiminin vazifesini tecavüz eden münazaralar alelade usulü muhakeme dairesinde rüyet olunur. Müddei sulh hakimi huzurunda nizanın tespit olunduğu günden itibaren on gün zarfında davasını ikameye mecburdur.” hükmünü içerir. Bu maddeye göre on günlük süre kesin olup hakim tarafından kısaltılamaz ve uzatılamaz. Kendisine önel verilen kimse bu on günlük süre içerisinde dava açmak zorundadır. Davanın süresinde açıldığı anlaşılırsa sonucu beklenir. Şayet süresinde dava açılmadığı anlaşılırsa iddia edilen konuda uyuşmazlık

²⁴ Tunaboşlu, s. 19.

²⁵ Erdoğın, s. 197; Arslan, s. 31.

yokmuş gibi yargılamaya devam edilerek ortaklığın giderilmesi davası sonuçlandırılır.²⁶

2.5. Satış Kararının İnfazı Aşamasında Yapılacak İtiraz ve Şikayetlerde Görevli Mahkeme

Ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verilmesi halinde bu kararın infazı amacıyla yapılacak işlemlere İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanır. Ortaklığın giderilmesine karar veren sulh hakimince atanan satış memurunun yapacağı bu işlemler sulh hakiminin denetimi altında cereyan eder. Bu nedenle satış memurunun bütün işlemlerine karşı yapılacak itiraz ve şikayetleri inceleme görevi icra hakimi sıfatıyla sulh hakimine aittir. Ancak bu kural sadece satış yoluyla ortaklığın giderilmesi kararının infazına ilişkin olup aynen taksim kararında uygulanması söz konusu değildir.²⁷

2.6. Tahkim Sözleşmesi Yapılması

Paydaşlar ortaklığı giderme konusunda dava açmak yerine aralarında sözleşme yaparak hakime başvurabilirler. Ortaklığın giderilmesi davasının konusu taşınmaz mal olsa da tahkim sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak tahkim sözleşmesini geçerli olabilmesi için yazılı olması ve bütün paydaşlar veya ortaklar tarafından imzalanmış bulunması gereklidir. Bir kısım paydaşların katılımıyla yapılan tahkim sözleşmesi, diğer paydaşlar için hüküm ifade etmeyeceğinden geçersizdir. Tahkim sözleşmesini imzalayacak paydaşların mirasçıları veya yasal halefleri içinde hüküm ifade edeceğinden, bu kimselerde sözleşmeyle bağılırlar. Hakemler tahkim sözleşmesinin içeriğiyle bağılırlar. Tahkim sözleşmesinde hakemlere ne gibi uyuşmazlıkları çözme görevi verilmişse bu görev sınırını aşamazlar.²⁸

2.7. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Yetkili Mahkeme

Yetki bir davaya hangi mahkemenin bakacağını belirler. Her mahkemenin yetkisi belli coğrafi bölge ile sınırlı olup yargı çevresi olarak isimlendirilir. Yargı çevresinin sınırları da idari teşkilat sınırına göre belirlenir. Bir dava hakkında

²⁶ Erdoğan, s. 198.

²⁷ Erdoğan, s. 198.

²⁸ Tunaboşlu, s. 20; Erdoğan, s. 199.

kanunlarda öngörülen kesin bir yetki hükmü bulunmadıkça genel olarak yetkili mahkeme dava açıldığı tarihteki davalının ikametgah mahkemesidir.²⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki" başlıklı 12. maddesi taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğunu belirtmiştir. Hakkında paydaşlığın giderilmesi davası açılacak olan taşınmaz hangi il ya da ilçe sınırlarında ise o yer sulh hukuk mahkemesi yetkilidir.³⁰

2.8. Miras Bırakanın Terekesi ile İlgili Olmayan Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Yetkili Mahkeme

HUMK mad. 561 "ortaklığın giderilmesi davaları yetkili sulh hakimi huzurunda görülür" hükmü gereğince bu tür davalarda yetkili mahkeme HUMK'un genel yetki kurallarına göre belirlenir. Dava konusu taşınmaz ise HUMK mad. 13 uyarınca yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Birden çok taşınmazın dava konusu yapılması halinde ise HUMK mad. 13/son hükmü uyarınca bunlardan birisinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olur. Buradaki yerden amaç taşınmazın kayıtlı bulunduğu Tapu Sicil Müdürlüğü'nün bağlı olduğu yargı dahilindeki mahkeme olmayıp taşınmazın fiilen bulunduğu yargı yeri sulh mahkemesidir. Gemiler taşınmaz mal hükmünde olduğundan bunlarla ilgili olarak açılacak davalarda yetkili mahkeme geminin sicile kayıtlı olduğu yer mahkemesidir.³¹

Ortaklığın giderilmesi davaları taşınmazın aynıyla ilgili olduğundan kamu düzeni söz konusu olup yetki konusu hakim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulur.

Taşınır mallara ilişki açılacak davalarda ise yetkili mahkeme HUMK mad. 9/1 hükmü gereğince davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir. Çünkü hakkında dava açılan paydaş doğal olarak o malı elinde bulunduran kimse olacağından

²⁹ Tunaboşlu, s. 19.

³⁰ Tunaboşlu, s. 20 vd.

³¹ Erdoğan, s. 210.

davanın bu kimsenin ikametgahının bulunduğu yerde açılması gerekir. Ancak bu her zaman böyle olmaz. Taşınır mal davacının elinde olduğu takdirde yine dava davalının ikametgahının mahkemesinde açılması gerekir. Davalıların birden çok olması ve bunların ayrı ayrı yerlerde bulunmaları halinde HUMK mad. 9/2 gereğince dava, davalılardan birisinin ikametgahı mahkemesinde açılabilir.³²

2.9. Tereke ile İlgili Davalarda Yetkili Mahkeme

Taşınır, taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın miras bırakanın terekesiyle ilgili olarak açılacak ortaklığın giderilmesi davasında yetkili mahkeme HUMK mad. 11/1 hükmü uyarınca miras bırakanın son ikametgah mahkemesidir. HUMK mad. 11’de terekenin taksiminden söz edilmiş olması bu davaların münhasıran aynen taksimi amaçlayan davaları kapsadığı söylenemez. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi amacıyla açılacak davalar için aynı kural geçerlidir.³³

2.10. Kararın İnfazı Aşamasında Yetki Durumu

Satış yoluyla ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak verilen kararlar malın bulunduğu yerden başka yerde takibe konulmuş ise İcra ve İflas Kanunu’nun 360. maddesine göre artırmayla ilgili bütün hazırlıklar ve ihale ile ilgili bütün işlemler talimat yoluyla gerçekleştirileceğinden bu gibi durumlarda artırma ve ve ihaleyle ilgili uyuşmazlıklar talimat veren satış memurluğunun bulunduğu yerin sulh mahkemesi olmayıp talimatı yerine getiren satış memurunun bağlı olduğu sulh mahkemesi yetkilidir.³⁴

2.11. Alacaklının İcra Hakiminden Aldığı Yetki Belgesine Göre Dava Açılması

Alacaklı borçlu ortağın borcundan dolayı ortaklığın giderilmesi davası açabileceği için icra takibini yaptığı yer icra müdürlüğünün bulunduğu yerdeki icra mahkemesinden İİK’nun 121. maddesine göre yetki alması gerekir. Ancak bu yetki

³² Erdoğan, s. 210; Tunaboşlu, s. 22.

³³ Arslan, s. 35; Erdoğan, s.210.

³⁴ Erdoğan, s. 210.

belgesini veren icra mahkemesinin bulunduğu yerde ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Açılacak davadaki yetkili mahkeme yine yetki kurallarına göre belirlenir.³⁵

2.12. Yetki Sözleşmesi

Yetki kuralının kamu düzeni ile ilgili olmadığı hallerde taraflar yetkili mahkemeyi belirleme konusunda sözleşme yapabilirler. Terekeyle ilgili olarak açılacak davalarda yetkili mahkeme miras bırakanın son ikametgahı mahkemesi olup bu kural kamu düzeniyle ilgilidir. Bu tür davalarda hakim yetkili olup olmadığını kendiliğinden göz önünde bulundurur. Diğer taraftan terekeyle ilgili olmamakla beraber taşınmaz mala ilişkin olarak açılacak davalar HUMK mad. 13 hükmü gereğince taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerektiğinden buna aykırı yetki sözleşmesi yapılamaz. Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve tüm paydaşların katılmış bulunmaları gerekir.³⁶

2.13. Ortaklığın Giderilmesi Davalarında Husumet

Ortaklığın giderilmesi davası davacıların dışında kalan paydaşların veya ortakların aleyhine açılır. HUMK mad. 569 “Dava alakadarlardan her birine ayrı ayrı tebliği olunur” hükmü uyarınca bütün paydaş veya ortaklarının sağ iseler kendilerinin ölü iseler mirasçılarının davada yer almaları zorunludur.

Kural olarak ölü kimse aleyhine dava açılmaz ise de ortaklığın giderilmesi davalarının özelliği gereği davanın ölü şahıs aleyhine açılmış olması davanın reddini gerektirmez. Dava hasım gösterilen paydaş veya ortakların davadan önce ölmüş olduklarının anlaşılması halinde dava reddedilmeyip mirasçılarını belirlenerek davaya katılmaları sağlanmak suretiyle yargılamaya devam edilir. Davadan önce veya yargılama sırasında ölen paydaşın mirasçılarının belirlenmesi amacıyla davacıya mirasçılık belgesi almak üzere mahkemeye başvurması için yetki verilmesi gerekir.³⁷

Paydaşlar arasında küçükler veya vasiyet altında olan kimseler varsa küçüğün velisinin veya kısıtlının vasisinin davada yer alması sağlanmalıdır. Paydaşlar arasında

³⁵Arslan, s. 133 vd; Erdoğan, s. 211.

³⁶Erdoğan, s. 211.

³⁷Tunaboğlu, s. 22 vd; Erdoğan, s. 266.

kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan gaip kimseler bulunuyorsa bu şahıslara TMK mad. 427 hükmü uyarınca atanan kayyımın huzuruyla davaya bakılır.³⁸

3. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ TÜRLERİ

TMK mad. 699/1 hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesinde paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüştürülmesi biçiminde gerçekleştirilir.

Paydaşlığın giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davalarda davalı da davacı da aynı durumdadır. Bu sebeple davacı ortak ya da paydaş, paydaşlığın satış suretiyle giderilmesini talep etse bile davalı paydaş paydaşlığın aynen paylaşma suretiyle giderilmesini talep etmeleri mümkündür.³⁹

3.1. Aynen Taksim Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi

Ortaklığın giderilmesi davaları ortaklar ya da paydaşlar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdiren toplu mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır.

Ortaklığın giderilmesi davalarında taraflar genellikle aynen paylaşma, bu mümkün olmazsa satılarak paylaşma talebini terditli olarak ileri sürerler. Paylı veya elbirliği mülkiyet hükümlerine tabi mallarda asıl olan ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesidir. Her davada olduğu gibi ortaklığın giderilmesi davalarında da hakim HUMK mad. 74 hükmü uyarınca taleplerle bağlıdır.⁴⁰

Bu haliyle dava iki safhadan oluşur. İlki ortaklar (paydaşlar) arasındaki hukuki ilişkinin aynen bölme ve satım kararı ile son verilmesi yolu ile paylaşılması safhasıdır. Aynen bölünme mümkün ise, bölünen parçaların paydaşlara tahsisi yapılır. Bu durumda dava konusu olan taşınmaza, yapılan ifraza göre yeni tapu oluşturulur. Aynen bölünme mümkün olmadığı takdirde satış kararı verilir. Hükmün kesinleşmesi ile satış memurundan infazı istenir.⁴¹ Bunun yasal dayanağını teşkil eden TMK'nın 642.

³⁸ Erdoğan, s. 266.

³⁹ Arslan, s. 136.

⁴⁰ Tunaboylu, s. 106.

⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/6-253, K.2003/270, T.02.04.2003.

maddesi, ‘her mirasçı, terekedeki belirli malların “aynen”,olanak yoksa “satış yoluyla”paylaştırılmasına karar verilmesini sulh mahkemesinden isteyebilir’ ifadesine yer vererek konuya açıklık getirmektedir.

Ortaklığın aynen taksim suretiyle giderilmesine karar verilebilmesi için bu yolda bir talep olması gerekir. Davacı ve davalı satış talebinde bulunmuşlar, aynen taksimi istememişlerse hakim kendiliğinden aynen taksime karar veremez. Davacı ve davalı aynen taksim talebinde bulunmuş, satış istememişlerse hakim incelemesini aynen taksimin mümkün olup olmadığına ilişkin olarak yapar. Aynen taksimin mümkün olduğu sonucuna varılırsa bu yolda ortaklığın giderilmesine karar verir, aksi halde dava reddedilir. Ancak genelde dava mümkünse aynen taksim olmadığı takdirde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi şeklinde terditli olarak açılır. Bu halde hakim incelmesini önce aynen taksimin mümkün olup olmadığı, daha sonra satış istemine ilişkin olarak yapar.⁴²

Paydaşlığın giderilmesi davalarında mahkemece malın aynen bölünerek paylaşılmasına karar verilebilmesi için taşınmazın yüzölçümü, niteliği, pay ve paydaş sayısı ile imar mevzuatına göre aynen bölüşmenin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Taşınmazın önemli ölçüde bir değer kaybına uğraması söz konusu ise aynen bölünerek paylaşılmasına karar verilemez. Keza paydaşlar rıza göstermedikleri takdirde taşınmazın bir bölümü paylı bırakılamaz. Aynen bölünerek paylaşımının mümkün olması durumunda bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi halinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanır. Davada paydaşlar arasında anlaşma olmadıkça hakim kendiliğinden bazı taşınmazların bir kısım paydaşlara, kalanın diğer paydaşlara verilmesi şeklinde aynen bölünerek paylaşımaya karar veremez.⁴³

3.1.1. İradi (Rızai) Taksim

Paydaşlar ya da ortaklar dava yoluna gitmeksizin kendi aralarında yapacakları anlaşma sonucu ortaklığa son verebilirler. Bu anlaşmanın konusu taşınır mal olabileceği gibi taşınmaz mallar da olabilir. TMK mad. 699/1 uyarınca paylaşma

⁴² Erdoğan, s. 679.

⁴³ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2009/5052, K. 2009/4970, T. 28.5.2009.

“malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla atılarak bedelinin bölüşülmesi” suretiyle gerçekleşir.

Paylı mülkiyete konu mal taşınır ise zilyetliğin devri suretiyle taksim gerçekleşmiş olur. Fakat paylı mülkiyete konu taşınmaz ise ancak bütün paydaşların tapu idaresine birlikte başvurarak yapacakları ferağ işlemi sonucu oluşacak tescil işlemi ile aynen taksim gerçekleştirilir.⁴⁴

Elbirliği mülkiyetine konu malların aynen taksimi TMK mad. 676 hükmü uyarınca yapacakları “paylaşma sözleşmesi” ile gerçekleştirilebilir. TMK mad. 676 “Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları oranında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler. Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.” hükmünü taşır.

3.1.2. Dava Yoluyla Aynen Taksim

TMK mad. 699 hükmü uyarınca paydaşlar maddenin birinci fıkrasında belirlendiği gibi malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi hallerinden birini tercih etmek suretiyle taksim yapmazlarsa, paydaşlardan her birinin istemi üzerine hakim malın aynen bölünerek paylaşılmasına karar verir. Ortaklığın giderilmesinde asıl olan aynen taksimdir. Ancak hakim HUMK mad. 74 hükmü uyarınca taleple de bağlıdır. Ortaklığın aynen taksimi suretiyle giderilmesi talep edilmemiş ise hakim kendiliğinden bu yolda karar veremez. Fakat satış talep edilmiş olup da, taşınmazın aynen taksimının mümkün olduğunun anlaşılması halinde davanın reddine karar vermelidir. Davada aynen taksim istenmiş ancak yapılan araştırmada aynen taksimin mümkün olmadığı anlaşılırsa satışa karar verilmeyip dava reddedilmelidir.⁴⁵

TCK mad. 699 hükmü uyarınca paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamaz ise paydaşlardan birinin talebi üzerine hakim malın aynen bölünerek paylaşılmasına karar verir. Bu takdirde her taşınmazın ayrı ayrı cinsi, yüzölçümü, pay ve paydaş sayısı

⁴⁴ Erdoğan, s. 680.

⁴⁵ Erdoğan, s. 681.

ile imar mevzuatına göre aynen paylaşmanın mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. Keza paylı malın önemli bir değer kaybına uğraması söz konusu ise aynen paylaşılmasına karar verilemez. Paydaşlar rıza göstermedikleri takdirde taşınmazın bir bölümü paylı bırakılamaz. Aynen paylaşmanın mümkün olması halinde bölünen parçaların değerinin bir birine denk olması halinde bölünen parçaların değerinin bir birine denk durumda olması halinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanır.⁴⁶

İvaz paradan başka bir şey, bir mal da olabilir. Paydaşlarca anlaşma olmadıkça bir kısım taşınmazların bazı paydaşlara kalanının diğer paydaşlara verilmesi şeklinde hakim kendiliğinden aynen paylaşmaya karar veremez. Aynen paylaşma halinde teknik bilirkişiye ifraz projesi düzenlettilerik bu projeye göre taşınmaz belediye ve mücavir alan hudutları dahilinde ise belediyeden, dışında ise il idare kurulundan İmar Kanunu ve yönetmeliğine göre aynen taksiminin mümkün olup olmadığı sorulur. İfraz projesinde hangi paydaşlara hangi yerlerin verileceği konusunda paydaşlar anlaşamamışlarsa hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir. İfraz sonucunda elde edilecek her parselin yola cephe olması zorunludur. Yola cephesi olmama durumunda ifraza imkan yoktur. Yolun ya ifrazdan önce mevcut olması ya da ifraz ile birlikte ifraz krokisinde ayrılan yol ile ana yola bağlantının kurulması gerekir. İmar mevzuatına göre taksimin mümkün olup olmadığı konusu her taşınmaz için ayrı ayrı araştırılır.⁴⁷

a) Yüzölçümü İtibari ile Bölünebilir Olması: Ortaklığın giderilmesine konu taşınmazın aynen taksim edilebilmesi için her taşınmazın en küçük pay sahibine dahi ekonomik değeri olan bir parçanın düşmesi gerekir. Pay ve paydaş sayısı itibarı ile her bir pay sahibine ekonomik değeri olan bir parça düşmüyorsa aynen taksim yoluna gidilemez.⁴⁸

⁴⁶ Erdoğan, s. 681.

⁴⁷ Erdoğan, s. 682.

⁴⁸“Bu durumda, öncelikle aynen bölünmesi istenen taşınmazın Bakanlıkça belirlenen tarımsal niteliğinin ve yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğünün Tarım ve Köy işleri Bakanlığı İl veya İlçe müdürlüğünden sorulup zirai yönden aynen taksiminin mümkün olup olmadığı konusunda görüşü alındıktan sonra, uygun görüş bildirilmesi halinde teknik bilirkişiye ifraz (taksim) projesi düzenlettilerik bu projeye göre taşınmaz Belediye veya mücavir alan hudutları içerisinde ise Belediye Encümeninden karar alınmak suretiyle belediyeden, Belediye dışında ise İl İdare Kurulundan İmar Kanunu ve Yönetmeliğine göre bölüşmenin (taksimin) mümkün olup olmadığı sorulur. İfraz projesinde kimlere nerelerin verileceği konusunda paydaşlar anlaşamazlar ise hakim huzurunda kura çekilerek belirlenir. Onay makamından olumsuz cevap gelmesi halinde paydaşlığın (ortaklığın) satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir.”Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2009/5052, K. 2009/4970, T.

b) Ekonomik Değerin Korunması: Taşınmazın paylara bölünmek suretiyle taksim edilmesi halinde kıymetinde önemli bir noksanlık meydana gelmemelidir. TMK mad. 699/3 “malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa satışa karar verilmesi” ifadesine yer verir.

Değer kaybına rağmen paydaşlar arasında anlaşma varsa bu fikir birliği hakimi bağlar. Ancak imar mevzuatına göre hukuki engel varsa bu hal gözönünde bulundurulur. Paydaşlar arasında fikir birliği yoksa hakim ekonomik değer korunmasını araması gerekir. Bu amaçla bilirkişiden bölünme halinde bölünen parçaların ekonomik yarar sağlamanın mümkün olup olmadığı bütün ile bölünen parçaların toplam değerleri arasında ne gibi değer farkı oluşacağına ilişkin görüş alınmalıdır.⁴⁹

c) Hukuki Engel Bulunmaması Koşulu: Paydaşlar TMK mad. 698 uyarınca “paylı mülkiyeti devam ettirme” sözleşmesi yapmış olabilirler. Veya paylı mal sürekli bir amaca özgülenmiş olabilir. Bu hallerde taşınmazın ortaklığın giderilmesine hukuki engel var demektir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşme resmi şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir.

3194 sayılı İmar Kanunu ve yönetmeliği ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanma Kanunu ile getirilen düzenlemelere göre taşınmazın aynen taksimi mümkün olmayabilir. Özellikle belediye sınırları içerisinde arsaların en küçük yüzölçümü yola cephe durumu gibi ölçüler aynen taksimi etkiler.⁵⁰

3.2. Kat Mülkiyeti Kurulmak Suretiyle Ortaklığın Giderilmesi

Kat Mülkiyeti Kanununun 10. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne göre kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesi davasında ortak maliklerinden birinin paylaşmanın kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin özgülenmesi yoluyla yapılmasını isteyebilir. Bu durumunda hakim, o taşınmazın mülkiyetinin 12. maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin

28.5.2009.

⁴⁹ Erdoğan, s. 683.

⁵⁰ Erdoğan, s. 684.

ortaklara ayrı ayrı özgülmesine ve bu yolla paydaşlar arasındaki ortaklığın giderilmesine karar verir.⁵¹

3.3. Satış Yoluyla Ortaklığın Giderilmesi

TMK mad. 699/III hükmüne göre “Bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa açık artırmayla satışa hükmolunur. Satışın paydaşlar arasında artırmayla yapılmasına karar verilmesi, bütün paydaşların rızasına bağlıdır.” Paydaşlığın giderilmesi davası açılan taşınmazın yukarıda açıkladığımız koşullara göre aynen bölüşme yoluyla paydaşlığının giderilmesine karar verilemiyorsa paydaşlığın taşınmazın açık artırmayla satışa sunulması yoluyla giderilmesine karar verilir.⁵²

Taşınır ya da taşınmaz hissedarları arasında taksim edilemez ise, paydaşlardan birinin ortaklığın giderilmesi talebi ile sulh hukuk hakimliği’ne müracaatı ile hukuki süreç başlar. Genellikle taşınmazlarda rastlanan bir durumdur. Mahkeme öncelikle ortaklığın giderilmesi istenen şeyin taksim edilebilir olup olmadığını inceler, teknik bilirkişileri görevlendirir, taşınmazın imar durumu, hisse ve hissedarların sayısı gibi etmenlere bakarak, paylaşırma sureti ile her bir paydaşa müstakil bir parça (daire, arsa vs.) düşebilecekse, paylaşımı seçer, değil ise satışına karar verir.

⁵¹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 2008/11693 EN. 2008/12703 K.N.

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/6-253, K.2003/270, T.02.04.2003.

II. TÜRK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE DAVA SÜRECİ

1. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARINDA DAVA HAKKI

Paydaşlığın giderilmesi davasında dava açma hakkı paydaşlara aittir. Türk Medeni Kanunu mad. 698/I'e göre paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir. Bu maddeye göre paydaşlığın giderilmesi davası açabilecek kişiler taşınmaz malın paydaşı olan kişilerdir.

Paydaşlığın giderilmesi davasını paydaşlardan her biri ayrı ayrı açabileceği gibi birden fazla paydaş diğer paydaşlara karşı da açabilir. Davanın davalısı ise diğer paydaşlardır. Davalı durumunda olan paydaşların da davacılar gibi taşınmazdaki ortaklığın ne şekilde giderilmesi gerektiğine ilişkin talepte bulunma hakları vardır.⁵³

Ortaklığın giderilmesi davaları birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan iki taraflı ve taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Paydaşlardan veya ortaklardan biri yalnız başına dava açabileceği gibi birden fazla paydaş veya ortak birlikte de dava açabilirler. Husumet davacı dışında kalan diğer paydaş veya ortaklara yöneltilir.⁵⁴

1.1. Gerçek Kişiler

TMK mad. 8 “her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler” hükmünü içerir. TMK mad. 9 “fiil ehliyeti” başlığı altında “fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir” hükmüne yer verir. Yine bu maddenin “koşulları” kenar başlığı altında, “ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır” hükmü yer alır. Kanununun 11. maddesinde ise “Erginlik” kenar başlığı altında “Erginlik on sekiz yaşının doldurulmasıyla başlar” hükmü düzenlenmiştir.

Ortaklığın giderilmesi davasında paydaşlardan her birinin dava açma hakkı vardır. Bu davada bütün ortakların davaya dahil edilmesi sağlanmalıdır. Paydaşlar

⁵³Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6- 253, K.2003/270,T.02.04.2003; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6- 731, K.2003/742.

⁵⁴ Arslan, s. 45.

arasında küçük bulunması durumunda dava küçüğü temsilen velayet hakkı sahibi anne ve babası tarafından açılır. Paydaşlar arasında vasiyet altında olan bir kimse varsa dava sulh hukuk mahkemesinin husumete izin vermesi ile vasi tarafından açılır.⁵⁵

1.2. Paydaşın Dava Hakkı

Mülkiyet hakkına sahip her paydaş veya ortak ortaklığın giderilmesi davası açma hakkına sahiptir. Malik olmayan kimse bu davayı açamaz. Malik olan paydaşın dava açabilmesi için mülkiyet hakkının tam olması gerekmez. Çünkü çıplak mülkiyet sahibi paydaş ortaklığın giderilmesini isteyebilir. Mülkiyet hakkının miras yoluyla kazanılmış olması halinde mirası reddeden veya ıskat yoluyla mirastan mahrum olan paydaşın tereke ile ilgili hakkı sona ermiş olduğundan artık ortaklığın giderilmesi davası açması düşünülemez. Mirası reddeden paydaşın açtığı davanın reddi gerekir. Yasal mirasçının mirası reddetmesi halinde bu kimsenin hakkı kendisi miras bırakandan önce ölmüş gibi mirasçılara intikal edeceğinden bu kimseler ortaklığın giderilmesi davası açabilirler.⁵⁶

Paylı mülkiyette paydaşların bir veya bir kaçının ölümü halinde mirasçılarının davada taraf olarak yer almaları gerekir. Paydaşlığın giderilmesi davasının iki taraflı dava olmasının bir sonucu olarak dava esnasında paydaşlardan birisinin ölümü halinde davaya ölen paydaşın mirasçıları dahil edilerek devam edilir.⁵⁷

Vasiyetname yoluyla paylı malda pay kazanan kimseler vasiyetnamenin açılmasıyla ölüm tarihi itibarı ile mülkiyet hakkını kazanmış olduklarından henüz tapu kaydını üzerine intikal ettirmeden dava açabilirler. Ancak dava sırasında vasiyetnamenin tenfizi ile payın lehine vasiyet edilen davacı adına tapuda tescil işleminin sağlanması gerekir.⁵⁸

⁵⁵ Ruhi, s. 67.

⁵⁶ Erdoğan, s. 223.

⁵⁷ Arslan, s. 49.

⁵⁸ Erdoğan, s. 223.

1.3. Borçlu Ortağın Alacaklısı

İİK mad. 121 hükmü uyarınca borçlu ortağın borcundan dolayı, paydaşlığın giderilmesine karar verebilmesi için dava konusu taşınmazın elbirliği halinde mülkiyete konu olması gerekir.⁵⁹

Elbirliği mülkiyetine konu mallarda borçlu ortağın alacaklısı tarafından alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takibi sonucu İİK mad. 121 gereğince icra hakiminden alınan yetki belgesine dayanılarak ortaklığın giderilesi davası açılabilir. Ancak davayı açmak için icra hakiminden izin belgesi almak yeterli olmayıp mutlaka borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir. Zira alacaklının paylı mülkiyete konu maldaki borçlu paydaşın payını bağımsız olarak haczettirip sattırmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.⁶⁰

1.4. Tüzel Kişiler

6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 1. Maddesinde "Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur." denilmektedir.

Kanunun 63. maddesinde ise "Tahsil dairesi, borçlunun haklarını tasfiye bakımından onun haiz olduğu bütün salahiyetleri kullanarak bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi malların paraya çevrilebilir hale gelmesini genel hükümler dairesinde sağlar. Bu

⁵⁹ Arslan, s. 51; Yargıtay 6. HD, 01.10.2007 T. Ve 2007/8010-101-24 sayılı kararı.

⁶⁰"Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 3.11.2004 gün ve 2004 6-509 esas 2004/569 karar sayılı ilamında " elbirliği mülkiyetine tabi malda payı bulunan borçludan alacaklı olan kişi, İcra Mahkemesinden alacağı yetkiye dayanarak borçlunun da içinde bulunacağı tüm elbirliği ortaklarına karşı dava açıp bu davayı sonuçlandıracağına, buradaki dava açma hakkının hakime veya başka bir kişiye tanınmadığına, yalnızca mirasçıya ya da icra mahkemesinden İcra ve İflas Kanunu'nun 121. maddesi hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi davasını açma yetkisini alan alacaklıya tanındığına göre, Kanun koyucunun bu davayı sadece atanın kayyımın açacağını kabul ettiğini ileri sürmenin mevcut yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığına" karar verilmiştir." YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ, E. 2006/6349, K. 2006/9442, T. 3.10.2006; Yargıtay 6. HD, 21.06.2011 T. Ve 2011/2005/6777 S.; Erdoğan, s. 223.

suretle paraya çevrilebilir hale gelen mallar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur.” şeklindeki düzenleme ile birinci maddesinde sayılan kamu tüzel kişilerinin de paydaşlığın giderilmesi davasında taraf olabileceğini hükme bağlamıştır.

1.5. Hazine

Kamu tüzel kişisi olan devlet mal ve haklara da sahip olduğundan paydaş olduğu mallarda ortaklığın giderilmesi davası açabilir.⁶¹ Dava Hazine avukatı olan yerlerde Hazine avukatı tarafından hazine avukat olmayan yerlerde, illerde defterdar, ilçelerde ise mal müdürü tarafından açılır. Ancak bu kimselerin dava açabilmeleri için merkezde muhakemat genel müdürünün illerde ise muhakemat müdürünün izin vermesi gerekir.⁶²

Hazine 6183 sayılı Kanun uyarınca vergi, harç gibi kamu alacaklarının tahsili amacıyla da icra takibi sonucu icra hakiminden izin almaksızın doğrudan vergi borcu olan ortağın elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz bakımından dava açabilir. Mirasçı bırakmadan ölen kimsenin mirası TMK mad. 501 hükmü uyarınca en son mirasçı olarak Hazine’ye intikal edeceğinden bu tür paylı mallarda tapuda tescil işleminin gerçekleşmesini beklemeden Hazine temsilcisi bu tür mallarda ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Ancak dava sırasında tescil işlemi sağlanmalıdır.⁶³

1.6. Vakıflar

TMK mad. 101 hükmüne göre vakıflar gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülenmeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Vakıf kurma iradesi resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Vakıf yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır. Vakıflar Kanunu’nun 3. Maddesine göre yürürlükten kaldırılan 743 Sayılı Medeni Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih olan 4.10.1926 tarihinden önce kurulmuş vakıflardan Vakıflar Genel Müdürlüğü’nce idare olunanlar mazbut vakıflar, vakfedenin ferileri tarafından idare edilenler ise mülhak vakıflardır. Her iki vakıf türü de Vakıflar Kanunu’na tabi olup paydaş veya ortak oldukları mallar yönünden mazbut

⁶¹ Arslan, s. 53.

⁶² Erdoğan, s. 223; Arslan, s. 53.

⁶³ Erdoğan, s. 224.

vakıflarda davacı Vakıflar Genel Müdürlüğü, mülhak vakıflarda ise temsilci vakfın mütevellisidir. Medeni Kanun'un yürürlüğünden sonra kurulan vakıflar ise diğer tüzel kişilerle aynı statüye tabidir.⁶⁴

1.7. İl Özel İdaresi ve İl İdare Kurulu

İl Özel İdare Kanunu'na göre vilayet bir takım hizmetleri gerçekleştirmek üzere taşınır ve taşınmaz mallar edinmeye yetkili ve tüzel kişilik sahibidir. Tüzel kişiliği vali temsil eder. Valinin izni olmadan il özel idare müdürünün ve ilçelerde kaymakamın temsil yetkisi bulunmamaktadır. Vilayetin malik oldukları ortak mallarda davanın valinin veya görevlendireceği kimse tarafından açılması gerekir. Valilik 6183 sayılı Kanun'un 63. Maddesi uyarınca icra takibi yapma yetki belgesi almaksızın kamu alacağını tahsil etmek amacıyla doğrudan ortaklığın giderilmesi davası açabilir.⁶⁵

Yine 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 16. maddesi hükmü uyarınca belediyeler gibi valiliğin de imar şüyulandırması yapma yetkisi bulunmaktadır. Buna göre şüyulandırma kararının tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde hak sahipleri kendi aralarında anlaşamazlar veya dava açmazlarsa il idare kurulu dava açabilir.⁶⁶

1.8. Belediyeler

Diğer tüzel kişiler gibi belediyelerin paydaşı oldukları bir mal üzerinde paydaş sıfatı ile dava açma hakları vardır. Belediyenin şahıslarla birlikte ortak olduğu taşınmazları olabileceği gibi Hazineye ait olduğu halde 775 sayılı Kanunda olduğu gibi kanun gereği belediyeye geçen taşınmazları da olabilir. Bu gibi taşınmazlarda belediye başkanı tüzel kişiliği temsilen dava açabilir. Ancak belediye başkanı temsil yetkisini bir avukat kanalıyla da kullanabilir.

Belediyeler 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 16. Maddesi gereğince imar şüyulandırması yaptıkları taşınmazlar içinde tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde anlaşamazlar veya dava açmazlarsa altı ayın sonunda ortaklığın giderilmesi davası açabilirler. Ayrıca belediyeler 6183 sayılı Kanun'un 63 maddesi gereğince kamu

⁶⁴ Erdoğan, s. 225.

⁶⁵ Erdoğan, s. 225.

⁶⁶ Erdoğan, s. 225.

alacağının tahsili amacıyla icra hakiminin iznini almadan doğrudan ortaklığın giderilmesi yoluna gidebilirler.⁶⁷

1.9. Köyler

Köyler tüzel kişiliğe sahip idari birimlerdir. Köyü muhtar temsil eder. Köye ait ortak mallarda köyü temsilen muhtar dava açabilir. Ancak muhtarında da şahsen paydaş olduğu köye ait ortak mallarda muhtar he davacı, hem de davalı olamayacağından Köy Kanunu'nun 20. Maddesi gereğince köy, köy derneği tarafından temsil olunur. Köy derneği köyü temsil etmek üzere bir şahsı yetkilendirebilir.⁶⁸

1.10. Tereke Tasfiye Memuru

Terekenin tasfiyesi TMK mad. 632 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Miras bırakanın borçları nedeniyle mirasın resmen tasfiyesi yoluna gidilebilir. Tasfiye sulh hakiminin terekeye elkoyması ile başlar. TMK mad. 634 hükmüne göre tasfiye işlemi tereke hakimi veya hakim görevlendireceği kimse tarafından yapılır. Terekenin tüzel kişiliği olmadığından tereke adına tasfiye memuru miras bırakana ait malların paraya dönüştürülmesi amacıyla başkalarıyla ortak oldukları elbirliği halindeki malları bakımından ortaklığın giderilmesi davası açabilir.⁶⁹

1.11. İflas İdaresi Memuru

İK mad. 226 hükmü uyarınca iflas eden kimse için masa oluşmasıyla masanın yasal temsilcisi iflas idaresidir. İflas edenin elbirliği halindeki payı sebebiyle ortaklığın giderilmesi davası açmak zorunlu olduğundan iflas idaresi memuru icra hakiminden alacağı yetki belgesinde dayanarak dava açması gerekir.⁷⁰

⁶⁷ Tunaboylu, s. 149; Erdoğan, s. 225.

⁶⁸ Erdoğan, s. 226.

⁶⁹ Erdoğan, s. 226.

⁷⁰ Erdoğan, s. 226.

2. DAVA AÇAMAYACAK OLANLAR

2.1. Sınırlı Ayni Hak Sahipleri

TMK mad. 779 ve devam eden maddelerinde belirtilen irtifak hakkı, intifa hakkı sahipleri gibi sınırlı ayni hak sahipleri, ortaklığın giderilmesi davası açamazlar.

2.2. Tereke Temsilcileri

Tereke temsilcisi TMK mad. 692 hükmü uyarınca ortaklığın giderilmesi davası açamaz. Ortaklığın giderilmesi davası ancak mirasçılar tarafından açılır.

2.3. Vasiyeti Tenfiz Memuru

TMK mad. 551 hükmü uyarınca vasiyeti yerine getirme görevlisi olan tenfiz memuru, sadece terekeyi resmen idare eden kimsenin olduğu haklara sahip olup, ortaklığın giderilmesi davası açamaz.

3. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ KONUSU

Paylı ve elbirliği halindeki mülkiyet hükümlerine tabi taşınır ve taşınmazlar ile haklar ortaklığın giderilmesi davalarının konusunu teşkil ederler. Birlikte mülkiyetten ferdi mülkiyete geçmeyi sağlayan ve ortaklar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdiren bu davaların konusunu daha çok tapulu taşınmaz mallar oluşturur. Az da olsa hisse senetleri ile tasarruf bonoları da bu davalara konu olabilmektedir.⁷¹

3.1. Taşınmazlar

TMK mad. 704 hükmüne göre taşınmaz mülkiyetinin konusu 1-Arazi, 2-Tapu kütüğünden ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, 3-Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler olarak belirlenmiştir.

a) Tapuda Kayıtlı Taşınmazlar: Taşınmazın ortaklığın giderilmesine konu yapılabilmesi için mutlaka tapuda kayıtlı olması gerekir. TMK mad. 705 hükmüne göre taşınmaz mülkiyeti tescille kazanılır. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar taşınır mal sayıldıklarından ortaklığın giderilmesine konu yapılamazlar. Bu sebeple tapusuz

⁷¹Tunaboşlu, s. 105.

taşınmazlar için açılan ortaklığın giderilmesi davasının reddi gerekir. Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların ortaklığın giderilmesi davasına konu yapılabilmesi için önce tapuya tescilleri sağlanmalıdır.⁷²

b) Bağımsız ve sürekli Haklar: TMK mad. 704'te öngörüldüğü üzere tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklarda taşınmaz mülkiyetinin konusunu teşkil eder. Bu şekilde arzdan ayrı bir sayfaya kaydedilen haklar devir, temlik ve iktisap bakımından taşınmaz mal sayıldıklarından cebri icra konusu yapılabileceği gibi miras veya sözleşmeye dayalı olarak üzerlerinde ortaklık da mevcut olabileceğinden, birlikte mülkiyete konu olmaları halinde ortaklığın giderilmesi davasına da konu olabilirler.⁷³

c) Kat Mülkiyeti Kütüğüne Kayıtlı Bağımsız Bölümler: 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3/1 maddesinde kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayrimenkuldeki ortak yerlerde bağlantılı özel bir mülkiyet türü olarak tanımlanmıştır. Kat irtifakı ise arsa payına bağlı bir irtifak türü olup yapı tamamlandıktan sonra arsanın malikinin veya kat irtifakına sahip ortak maliklerin veya bunlardan birinin tapu idaresine yapacağı bir istem üzerine kat mülkiyetine dönüştürülür. Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş olan ana gayrimenkulde ortaklığın giderilmesi istenemez. Ana gayrimenkul üzerinde arsa paylı birden çok bağımsız bölüm oluşturulduğu için ancak bağımsız bölümler bağımsız bir gayrimenkul gibi dava ve takip konusu yapılabilir.⁷⁴

3.2. Gecekondu

Gecekondu temelsiz basit yapılar olduklarından taşınır mal hükmündedir. Hazine veya şahıs arazileri üzerine başkaları tarafından yapılan bu tür yapıların enkaz bedeli bakımından ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilirler. Ancak mahallinde

⁷² Tunaboğlu, s. 105; Erdoğan, s. 437; "Bu itibarla, belediyenin bildirdiği şekilde alınmış şuyulandırma kararının kesinleşip kesinleşmediğinin saptanması, kesinleşmişse o kesin kararın tapuya intikâl ettirilmesi için ilgililere yetki ve mehil verilmesi, böylece şuyulandırılmış şekliyle oluşan ve müşterek mülkiyet hükümlerine tabi parsel kaydının tapudan getirilmesi ve incelemenin o parselin oluşumundaki miktar paydaş ve pay oranları dikkate alınarak yapılması gereklidir. Şuyulandırmanın kesinleştiği ve fakat tapuya geçmediği kabul edilse dahi tasarrufi işlem sonucu doğuracak bu dava için şuyulandırma durumunun tapuya tescil edilmesi zorunluluğunun gözönünde bulundurulması icap eder."Yargıtay6. Hukuk Dairesi,E. 1995/3440K. 1995/3597,T. 3.4.1995.

⁷³ Erdoğan, s. 438.

⁷⁴ Erdoğan, s. 439; Arslan, s. 113.

yapılan gecekondü temelli bir bina niteliğinde olduğu anlaşılırsa mütemmim cüz sayılacağından dava reddedilmelidir.⁷⁵

3.3. Gemiler

Gemi siciline kayıtlı gemiler TTK mad. 867 vd. 891 maddeleri uyarınca taşınmaz mal hükmündedir. Sicilde kaydı olmayanlar ise taşınır mal sayılır. Gemi siciline kayıtlı olanlar donatma iştiraki kurulmadan paylı veya elbirliği mülkiyetine konu olmaları halinde ortaklığın giderilmesi istenebilir. Ancak donatma iştiraki kurulmuşsa ortaklığın giderilmesi istenemez. Taşınmazlarda olduğu gibi yalnızca bir paydaya ait payda ortaklığın giderilmesi istenemez.⁷⁶

İİK ve TTK hükümlerine göre hukuki durumları incelenen gemiler de paydaşlığın giderilmesi davasına konu olabilir. İİK mad. 136 “Taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanır. Bu hükümlerde geçen “tapu sicili” terimi gemi sicilini, “ipotek” terimi gemi ipoteklerini ve “irtifak hakkı” terimi sicile kayıtlı gemiler üzerindeki intifa hakkını ifade eder.” hükmünce taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında uygulanır.

3.4. Dalyan ve Voliler

Yürürlükten kaldırılan TMK’nda varlıkları tanınmış olan aynı haklar Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 4722 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile kazanılmış haklar da korunmuştur. Bu bağlamda dalyan ve volilerde varlıklarını sürdürdüklerini kabul etmek gerekir. Dalyan ve voli deniz ve göllerden yararlanma hakkıdır. Dalyan ve voli 01.01.1970 tarihinde yürürlüğe giren 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu kapsamına alınmıştır. Dalyan ve voli hakkı taşınmaz mülkiyeti niteliğinde olduğundan ortaklığın giderilmesine konu yapılır.⁷⁷

⁷⁵ Erdoğan, s. 439; Tunaboşlu, s. 106.

⁷⁶ Tunaboşlu, s. 106; Erdoğan, s. 440.

⁷⁷ Erdoğan, s. 441.

3.5. Kooperatif Ortaklık Payı

Kooperatif tüzel kişiliğe sahip bir birlik olup ortaklığa dahil mal varlığı tüzel kişiliğe aittir. Ortakların doğrudan ortaklığa dahil mallarda mülkiyet hakkı olmadığından birbirlerine karşı ortaklığın giderilmesini isteyemezler. Her kooperatif ortağının en az bir payı vardır. Tek bir kooperatif payına birden çok kimsenin ortaklaşa malik olmaları söz konusu olmaz. Kooperatif ortağının ölmesi halinde, ortaklık sıfatı da sona erer. Bu durumda ortağın mirasçıları kooperatiften ayrılma payını talep edebilirler. Kooperatifin ana sözleşmesinde devri yasaklayan bir hüküm varsa hiç bir şekilde kooperatif payı için ortaklığın giderilmesi istenemez.⁷⁸

3.6. Taşınır Mallar

TMK mad. 762 hükmüyle taşınır malın konusu “nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler” olarak belirlenmiştir. Taşınır mallarda taşınmazlarda olduğu gibi mümkünse aynen, olmadığı takdirde satış suretiyle ortaklığın giderilmesi talep edilebilir. Taşınır mallarda ortaklığın giderilebilmesinin karar verilebilmesi için o malın mevcut olması ve mülkiyetinin çekişmesiz olması gerekir.⁷⁹

3.7. Telefonun Kullanma Hakkı

Bir kimsenin telefon idaresi ile yaptığı sözleşme sonucu iletişim hattından yararlanma hakkı elde etmiş olur. İletişim hattındaki ortaklığın giderilmesi davasından eğer hat paydaşlardan biri tarafından kullanılmak isteniyorsa bu hattın kendisine tahsisi, olmazsa satışın paydaşlar arasında yapılması tercih edilmeli ya da açık artırmayla satılarak bedelinin paydaşlara dağıtılması yoluna gidilmelidir.⁸⁰

3.8. Tahvil ve Hisse Senetleri

Tahvil gibi kıymetli evraklar ile hisse senetlerinin ortaklığının giderilmesi için dava açılabilir. Tahvil ve hisse senetleri taksimi mümkün değerlerdir. Ancak adetlerine

⁷⁸ Erdoğan, s. 441.

⁷⁹ Erdoğan, s. 442; Yargıtay, 6. HD., 19.11.2001 T. 2001/8782-8899 S.

⁸⁰ Erdoğan, s. 442; Tunaboşlu, s. 107.

bakılarak paydaş sayısına göre taksimleri mümkün olmadığı takdirde satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi gerekir.⁸¹

3.9.Miras Payları

Mirasçılarının tereke üzerindeki miras paylarının belirlenmesi için ortaklığın giderilmesi davası açma hakları vardır. Her mirasçı ortaklığın giderilmesi davası açabilir.

4. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVALARININ AÇILAMADIĞI HALLER

Kural olarak paylı veya elbirliği mülkiyetine konu olan taşınır, taşınmaz mallar ve hakların paydaşlarından her birinin paylaşma davası açma hakkı vardır. Ancak paylaşma, uygun olmayan bir zamanda açılmayacağı gibi, kanun ve sözleşmeden dolayı bu hakkın kullanılması belli bir süre için ertelenmiş olabilir. Bu nitelikteki kısıtlamaların bir kısmı hukuki bir işlem bir kısmı da kanundan doğar.⁸²

Paylı mülkiyette paydaşların, elbirliği mülkiyetinde ortakların her biri bazı haller dışında diledikleri zaman ortaklığın giderilmesi davası açabilirler. Paylı mülkiyetin sona ermesi TMK mad. 698’de düzenlenmiştir: “Hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir. Paylaşma isteme hakkı hukuki bir işlemle en çok on yıllık süre ile sınırlanabilir. Taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler resmi şekel bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh verilebilir. Uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz.”

4.1. Paylı Malın Sürekli Bir Amaca Özgülenmiş Olması

TMK mad. 698/1’de düzenlenen paylı maldan paydaşların tahsis edildiği gayeye uygun olarak yararlanmaları amaçlanmıştır. Mesela, paylı mülkiyete konu mal paydaşların görüş birliği ile belli bir süre için kiraya verilmiş ise bu süre dolmadan ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Ancak bu süre on yılı geçemez. Yine iki

⁸¹ Erdoğan, s. 442.

⁸²Tunaboğlu, s. 231.

taşınmaz arasındaki duvar, birden fazla taşınmaz için açılmış yol, ayrı binaların bir yerden ısınmasını sağlayan ortak tesisler sürekli bir amaca özgülümlenmiş olduklarından ortaklığın giderilmesi davası açılmaz.⁸³

4.2. Hukuki İşlem Nedeniyle Davanın Açılmaması

TMK mad. 698/2 hükmü uyarınca paydaşlar yapacakları hukuki bir işlemle en çok on yıllık süre ile ortaklığın devam ettirme konusunda yükümlülük altına girebilirler. Paydaşlar bu şekilde yapmış oldukları anlaşma ile bütün paydaşların veya belli bir paydaşın paydaşlıktan çıkma hakkını durdurmuş, başka bir deyişle dondurulmuş sayılırlar. Böyle bir anlaşma ancak yapanları ve icra yoluyla pay iktisap edenleri bağlar. Ancak daha uzun süreyle yapılmış ise bu anlaşmayı geçersiz kılmayıp on yıl süre ile yapıldığı kabul edilir.⁸⁴

4.3. Davanın Uygun Olmayan Zamanda Açılması

TMK mad. 698/son hükmü uyarınca paydaşlar uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunamazlar. Bundan amaç ortaklıktan çıkmak isteyen paydaşın bu isteğini diğer paydaş için zararlı olacak bir şekilde kullanılmasını önlemektir. Başka bir deyişle bu madde hükmü dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanından ibarettir. Ancak uygun zamanın iyi değerlendirilmesi gerekir. Örneğin taşınmaz fiyatlarının düşük olduğu bir dönemde dava açılması paydaşların zararına olacağından bu zamanda açılan davanın dinlenme olasılığı yoktur. Uygun zamanın bütün paydaşların yararları gözetilerek TMK mad. 4 hükmündeki “Hakimin takdir yetkisi” kuralından hareketle belirlenmesi gerekir.⁸⁵

4.4. Mirasçılar Arasında Miras Taksim Sözleşmesi Yapılmış Olması

TMK mad. 676. maddesi “paylaşma sözleşmesi” başlığı altında “Mirasçılar arasında payların oluşturulması ve fiilen alınması halinde veya aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesi mirasçıları bağlar. Paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar tereke mallarının tamamı veya bir kısmı üzerindeki elbirliği mülkiyetinin miras payları

⁸³Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2004/3897 K. 2004/4674 T. 13.4.2004.

⁸⁴Erdoğan, s. 465.

⁸⁵Ruhi, s. 144.

arasında paylı mülkiyete dönüştürülmesini de kabul edebilirler. Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.” hükmünü içermektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere elbirliği mülkiyetine konu mallarda ortaklar paylaşma sözleşmesi yapmış iseler bu sözleşmeyle elbirliği haline son vermiş olduklarından ortaklığın giderilmesi davası açamazlar. Taksim sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve tüm mirasçıların sözleşmeye katılmasına bağlıdır.⁸⁶

4.5. Tapusuz Taşınmazlarda Ortaklığın Giderilmesinin İstenemeyeceği

Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlarda ortaklığın giderilmesi davası açılmaz. Böyle bir davanın dinlenmesine imkan yoktur. Ancak davacı aynı zamanda taşınmazın tescili için de dava açmış ise bu takdirde dava ekonomisini de göz önünde bulundurarak tescil davasının sonunun beklenmesi gerekir. Özellikle çok taraflı davalarda taraf teşkilinin sağlanması çoğu zaman güçlük arz ettiğinden ortaklığın giderilmesi davasının reddi yoluna gidilmesi doğru olmaz.⁸⁷

4.6. Taşınmazın Belli Bir Payının Ortaklığının Giderilmesinin İstemeyeceği

Ortaklığın giderilmesi ancak taşınmazın bütünü hakkında istenebilir. Taşınmazdaki bir kısım payın ortaklığının giderilmesi istenemez. Gerek TMK'nun hükümleri gerekse genel hükümler uyarınca ancak bir taşınmazın bütününe ortaklığının giderilmesi istenebilir. Böyle bir davanın açılmış olması halinde davanın taşınmazın tamamı için ortaklığın giderilmesi istendiği kabul edilerek taraflar dışında kalan diğer paydaşların davada yer almalarının sağlanması, taraf teşkilinin yapılması ve taşınmazın tamamının taksimının mümkün olup olmadığının araştırılarak hüküm kurulması gerekir. Yoksa payın satışı suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilemez.⁸⁸

⁸⁶ Ruhi, s. 143.

⁸⁷ Erdoğan, s. 466.

⁸⁸ Erdoğan, s. 466.

4.7. Bütünleyici Parça Hakkında Ortaklığın Giderilmesi İstenemez

TMK mad. 684'te tanımlandığı gibi bütünleyici parça taşınmazın esaslı bir unsuru olduğundan bağımsız olarak ortaklığın giderilmesi davasına konu olamaz. Ancak başkasının taşınması üzerine yapılan enkaz için ortaklığın giderilmesi talep edilebilir. Örneğin hazine arazisi üzerin yapılan gecekondü enkazı için yapan kimseler ortaklığın giderilmesi davası açabilirler.⁸⁹

4.8. Kat İrtifakı Veya Kat Mülkiyeti Kurulmuş Ana Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi İstenemez

634 sayılı Kanun uyarınca ana taşınmaz üzerinde kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmakla bağımsız mülkiyete dönüşmüş olur. Bu halde ancak her bir bağımsız bölüm hakkında ortaklığın giderilmesi istenebilir. Ana taşınmaz bakımından dava açılmaz.

4.9. Kamulaştırılan Taşınmazın Ortaklığının Giderilmesi İstenemez

TMK mad. 705 ve Kamulaştırma Kanunu hükümleri uyarınca kesinleşmiş kamulaştırma kararıyla taşınmazın mülkiyeti kendiliğinden kamulaştırmayı yapan idareye geçer. Bu halde taşınmazın tapu kaydının idare adına intikal edip etmemesinin bir önemi yoktur. Taşınmaz kamulaştırma sonucu kamu malı niteliğini kazandığından artık ortaklığın giderilmesi davasına konu yapılamaz. Ancak taşınmazın tamamı değil de bir bölümü kamulaştırılmış ise kalan bölümün ifrazının mümkün olup olmadığının araştırılıp, ifrazın mümkün olması halinde geri kalan kısım için ortaklığın giderilmesine karar verilir.⁹⁰

5. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNE DAİR KARARLARIN İNFAZI

5.1. Ortaklığın Giderilmesine Dair Kararların Kesinleşmiş Olması

Aynen taksime ilişkin kesinleşmiş ilamlarda zamanaşımı işlememekle birlikte, HMK mad. 367/II hükmü uyarınca paydaşlığın giderilmesine ilişkin kararların infaz

⁸⁹ Erdoğan, s. 467.

⁹⁰ Ruhi, s. 144.

edilebilmesi için kesinleşmiş olmaları şarttır: “Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.”

5.2. Ortaklığın Giderilmesi Kararlarında Zamanaşımı

Aynen taksime ilişkin kesinleşmiş ilamlarda zamanaşımı işlememekle birlikte, satış suretiyle paydaşlığın giderilmesine ilişkin ilamlar aynı hak doğurmadığından on sene geçmekle zamanaşımına uğrar.⁹¹

5.3. Kararın İnfaz Edilebilir Olması

Karara konu malın zayi olması kararın infazını imkansız hale getirebilir. Taşınır malın yanması, deprem gibi bir doğal afete uğraması, çalınması; taşınmazın deprem veya toprak kayması gibi bir nedenle tamamen ortadan kaybolması, karara konu malın zayi olması anlamına gelir. Terekeye ilişkin bir ortaklığın giderilmesi kararının infazı söz konusu olan durumlarda sonradan ortaya çıkabilecek ölüme bağlı tasarruf, ortaklığın giderilmesine ilişkin kararın infazını kısmen veya tamamen imkansız hale getirebilir.⁹²

5.4. Kıymet Takdiri Tebliği

İcra dairesi taşınmazın kıymetini takdir ettirir. Kıymet takdirine ilişkin rapor borçluya, haciz koydurmuş alacaklılara ve diğer ipotekli alacaklılara tebligatın yapıldığı icra dosyasındaki, ayrıca bildirilmiş bulunması hali müstesna olmak üzere, tapudaki mevcut adresleri esas alınmak sureti ile tebliğ edilir. Satılmasına karar verilen taşınmaz hisseli bir taşınmaz ise kıymet takdir raporunun tüm hissedarlara tebliğ edilmesine gerek yoktur. Haciz koydurmuş alacaklı tabirinden ise hisseli taşınmazlarda sadece borçlunun hissesi üzerine konulmuş olan haciz anlaşılması gerekir. Yani hisseli taşınmaz satışlarında kıymet takdir raporu borçluya, haciz konulan hisse üzerinde başkaca hacizler varsa o dosyaların haciz alacaklılarına ve yine haciz konulan hisse üzerinde ipotek mevcut ise ipotek alacaklısına tebliği zorunludur.⁹³

⁹¹ Arslan, s. 467.

⁹² Arslan, s. 468.

⁹³ Yargıtay 12 HD 2012/29496 E. 2013/1668 K.

5.5. Satış İlanının Tebliği

İcra ve İflas Kanunu'nun 127. maddesi, kıymet takdiri tebliğine göre satış ilanının tebliğini oldukça sıkı şekil şartlarına bağlamış olup bu husustaki bir eksiklik doğrudan ihalenin feshine sebep olmaktadır. Bu sebeple taşınmaz satışlarında satış ilanının tebliği meselsi oldukça önem arz etmektedir: "İlanın birer suretiborçluya ve alacaklıya ve taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerinin tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunur. Adresin tapuda kayıtlı olmaması halinde, varsa adres kayıt sistemindeki adresleri tebligat adresleri olarak kabul edilir. Bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılmaz, gazetede veya elektronik ortamda yapılan satış ilanı tebligat yerine geçer." Bu maddeye göre taşınmazın satış ilanı borçluya, alacaklıya ve taşınmazın tapu sicilindeki tüm ilgililerine tebliğ edilmesi gerekmektedir. Satılmasına karar verilen taşınmaz hisseli bir taşınmaz ise satış ilanının tapu sicilindeki tüm hissedarlara tebliği zorunludur. Satış ilanın ilgililere usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olması ihalenin feshi sebebidir. Satılmasına karar verilen taşınmaz hisseli bir taşınmaz ise öncelikle hissedarlara ait adres ve kimlik bilgileri ilgili tapu müdürlüğünden istenilmeli, tapu müdürlüğünden adres bildirilmesi halinde satış ilanları öncelikle bildirilen bu adrese tebliğe çıkarılmalı bila ikmal iade dönmesi halinde ise ilgilinin mernis adresine tebliğe gönderilmesi gerekmektedir. Tapu Müdürlüğünce hissedarların adresleri bildirilmeyip sadece kimlik bilgileri verilir ise bu durumda satış ilanı doğrudan ilgilinin mernis adresine tebliğe çıkarılabilir. Satış ilanının usulsüz tebliğ edilmesi başlı başına ihalenin feshi sebebi olup, borçlu vekiline satış ilanının tebliğ edilmemesi de aynı hukuki sonucu doğurur.⁹⁴

5.6. Satış Memuru Atanması

Ortaklığın satış sureti ile giderilmesine karar verilirken hüküm yerinde HUMK'un 570. maddesi hükmü uyarınca bir satış memuru atanır. Satış memuru olarak icra müdürü, mahkeme yazı işleri müdürü, zabıt katiplerinden biri veya dışarıdan birisi atanabilir. Dışarıdan atanacak kişi bu işleri bilen biri olmalıdır.⁹⁵

⁹⁴Yargıtay HGK 2013/12-1604 E. 2015/1125 K.

⁹⁵ Erdoğan s. 1201; Arslan, s. 473.

5.7.Yetkili Satış Memuru

Satış kararının mutlaka hükmü veren mahkemenin bulunduğu yargı yerinde infazı gerekmez. Taraflardan biri kendi bulunduğu yer icra dairesine başvurabileceği gibi taşınır malı elinde bulunduran paydaşın bulunduğu yer icra dairesine de başvurabilir.

5.8.Satış Müddeti

İİK'nun 112. maddesi hükmü uyarınca taşınır mallar satış talebinden itibaren bir ay içinde satılır. Yetişmemiş mahsuller borçlunun muvafakatı olmadıkça satılamaz. Ancak satış memuru kıymeti süratle düşen veyahut korunması masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir.

5.9.Satış Şeklinin Belirlenmesi

Satış ya umuma açık artırma ya da paydaşlar arasında açık artırma yoluyla yapılır. Kural olarak satış İİK'nun 114. maddesi hükmü uyarınca açık artırma yoluyla yapılır. Ancak paydaşlar satışın kendi aralarında yapılmasını isterlerse TMK mad. 699/son hükmü uyarınca hakim satışın bu yolda yapılmasına karar vermelidir.

5.10.Satış Kararından Sonra Miras Taksim Sözleşmesi Yapılmış Olması

Ortaklığın giderilmesi davası sonucu verilen satış kararına rağmen mirasçılar TMK mad. 676 hükmü uyarınca miras sözleşmesi yapabilirler. Miras taksimi sözleşmesine konu olanlar bakımından mirasçılar ortaklığa son vermiş olduklarından artık bu mallar için satış kararının bir hükmü kalmamış olur. Ancak mirasçılardan biri veya bir kaçı Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre sözleşmenin iptalini isteyebilir. Bu yola gidilmemesi halinde mirasçılar miras taksim sözleşmesinin ifasını isteyebilirler.⁹⁶

5.11.Karardan Sonra Paydaşların Değişmiş Olması

Satış kararından sonra maliklerin değişmesi kararın infazını etkilemez. Zira akdi veya kanuni halefiyet esasına göre satış kararı sonradan malik olanları da bağlar.

⁹⁶ Erdoğan, s. 1203.

Bu şekilde sonradan paydaş olanlarda önceden alınan satış kararının infazını isteyebilirler.⁹⁷

5.12.Kıymet Takdiri

Satış kararının yerine getirilmesinin istenilmesi üzerine satış memuru öncelikle malın kaybolmaması ve zayi olmaması amacıyla gerekli tedbirleri alması ve mala elkoyması gerekir. İşte bu sırada malın kıymeti de belirlenmelidir.⁹⁸

5.13.İlan

İİK'nun 114. maddesi hükmü uyarınca taşınır mallarla ilgili ilanın şeklini, ilgililerin yararları gözetilerek satış memurunca ilan edilir. Satış gazete ilanı ile olabileceği gibi, radyo ve televizyon aracılığıyla veya mahallinde mutad vasıtalarla yapılabileceği gibi mahkemeye asılarak da yapılabilir.⁹⁹

5.14.Taşınır Malın Açık Artıma Şartnamesi ve Tutanağı

İcra ve İfla Kanunu Yönetmeliğinin 43. Maddesinde şartnamede bulunması gerekli bilgiler ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Buna göre, dosya numarası, tarafların ad ve soyadları, ilan şekli, artırmanın yapılacağı yer, gün ve saat, birinci ve ikinci artırma tarihleri artırma şartları taşınırın cinsi ve takdir edilen kıymet yazılır ve satış memuru tarafından mühürlenip imzalanır.

5.15.Teminat

Kanunda taşınır malların satışında ihaleye katılacak kimselerden teminat alınmasına ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Ancak taşınır malların ihalesinde teminat alınmasını öngören İİK'nun 124/3 maddesi hükmünden hareketle satış memuru taşınır malların ihalesinden de teminat alınmasına karar verebilir.¹⁰⁰

⁹⁷ Erdoğan, s. 1203.

⁹⁸ Erdoğan, s. 1203.

⁹⁹ Erdoğan, s. 1203.

¹⁰⁰ Erdoğan, s. 1204; Ruhi, s. 69.

5.16.Açık Artırmanın Yapılış Şekli

Satış memuru artırmaya katılanların yaptıkları teklifleri sırasıyla bir tutanağa geçirir ve teklif sahiplerine imzalatır. İlk artırmada tahmini kıymetin %60'ını bulduğu takdirde satış gerçekleşmiş olur. Müşteri çıkmaz veya tahmini kıymetin %60'ı bir bedel teklif eden olmaz ise ikinci ihale gününde tekrar satışa başlanır. İkinci ihale tahmini kıymetin %40'ı olduğu takdirde satış gerçekleşir.

5.17.Satış Bedelinin Dağıtılması

Taşınır mal ihale sonucu paydaşlardan biri tarafından alınmışsa, malda bu paydaşın da payı bulunduğundan satış bedeli padaşın payı düşüldükten sonra geriye kalan bedeli olur. Taşınır mal üzerinde rehin varsa satış bedeli içinde rehin alacak kısmı da vardır. Satış bedelinden öncelikle rüçhanlı alacaklar istenir.¹⁰¹

¹⁰¹ Erdoğan, s. 1204.

İKİNCİ BÖLÜM

IRAK HUKUKUNDA ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

1. IRAK HUKUKUNDA MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet hakkı konusunda günümüz modern hukuk sistemlerinde pek çok düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte dokunulamaz bir hak değil sınırlandırılabilir bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle mülkiyet konusu, genellikle tüm medeni kanunlar tarafından düzenlenmiş konulardan biridir. Mülkiyet hakkı, taşınır ya da taşınmaz bir eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren, mutlak ve aynı bir haktır. Bu hak mutlak nitelikte olduğundan herkese karşı ileri sürülebilir. Bir malın mülkiyetine sahip olan, onu dilediği gibi kullanabilir. Malik olan, malını satabilir, bağışlayabilir, ödünç verebilir ve dilediği sürece dilediği gibi kullanabilir. Taşınır veya taşınmaz malın kendisinden veya gelirinden istediği şekilde faydalanabilir. Ancak müşterek mülkiyette iki kişiden daha fazla kişi taşınmaz veya taşınır mülkiyetin ortak sahibi olur.¹⁰² Mülkiyet hakkı, hak sahibine bağlı olarak, tek kişi mülkiyeti ve birlikte mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir eşyanın tamamı üzerinde tek bir kişinin yalnız başına malik olması konusunu oluşturan tek kişi mülkiyeti tez konumuzu oluşturmadığı için burada fazlaca ele alınmayacaktır.

2. IRAK HUKUKUNDA BİRLİKTE MÜLKİYET HAKKI

Mülkiyet, hak sahiplerinin sayısına göre Tek Kişi Mülkiyeti ve Birlikte Mülkiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Birlikte mülkiyet ise, kendi içinde Müşterek Mülkiyet (Ortak-Paylı-Elbirliği Mülkiyeti) ve İştirak Halinde Mülkiyet (Paylı Mülkiyet) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.1. Müşterek Mülkiyet

Müşterek mülkiyet, birden fazla kişinin aynı eşya üzerinde fiilen taksim edilmemiş paylara sahip olmasıdır. Müşterek mülkiyette maliklerden her birinin payı

¹⁰² Mustafa Mehmet Al Cemal, **Mülkiyet Sistemi**, 1. Basım, İskenderiye, s.73.

belli olmasına rağmen bunlar fiilen bölünmemiştir. Aksine bir hüküm yoksa paylar birbirine eşit sayılır. Maliklerden her biri kendi payı üzerinde diğerlerinden bağımsız olarak tasarrufta bulunabilir (payını satabilir, rehin edebilir, haczettirebilir). Buna karşın pay, maddi kullanmayı hedef alan haklara (Geçit irtifakı, sükna hakkı, kira sözleşmesi) konu olamaz. Mülkiyete konu olan eşyanın tamamı üzerindeki tasarruf işlemleri için ise bütün ortakların rızası gerekir.

Müşterek mülkiyeti; birden fazla kişinin bir taşınmaz mal üzerinde pay oranları açıkça gösterilmeden malik olmaları durumuna denilmektedir. Müşterek mülkiyet genel olarak birden çok kişi arasında oluşan ve kişisel bir ilişkiye dayanan mülkiyet çeşididir. Müşterek mülkiyette, paylı mülkiyetten farklı olarak ortaklar arasında ortaklığı sağlayan hukuki bağ zorunlu olarak kurulmaktadır.

Irak Medeni Kanunu'nun 1081. maddesine göre, "Ortaklık malının ortakları mülkün her zaman müşterek mülkiyetinde kalmasını gerektiren mülkün temel unsurlarının mülkiyetten çıkarılması durumunda ortaklar izale-i şüyû talebinde bulunabilir." Ortaklar ortak mülkiyetin temel unsurlarının izale-i şüyûnu talep edemezler. Bu temel unsurların ortaklık malının bünyesinde bulunmasının zorunlu olması nedeniyle bunların paylaşılması ortaklar tarafından istenemez. Dolayısıyla ortak mülkiyetindeki ortak sahipler, mülkün her zaman ortak mülkiyetinde kalmasını gerektiren, mülkün temel unsurları olan yol, ortak duvar gibi nesnelere mülkiyetinin ortadan kaldırılması için başvuramazlar.

Ortaklık malı üzerinde tüm ortakların hakkı olduğu ve tamamı üzerinde ortakların payları belli olmadığı için ortaklık malının kalıcı olarak ortaklar arasında kalmak zorundadır. Hangi sebeple ortak mülkiyet kurulmuş olursa olsun ortakların bu ortaklık malının taksimine hakları bulunmamaktadır.¹⁰³

¹⁰³ Abdul Muinim Ferç, **Lübnan ve Mısır Kanununda Asıl Hak Araştırması**, 1. Basım, 1974, s. 145.

2.2. İştirak Halinde Mülkiyet

Aralarında kanun ya da sözleşme gereğince ortaklık bağı kurulmuş kimselerin bir şeyin tamamına hep birlikte malik olmalarıdır. Ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir.

İştirak halinde mülkiyette, paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay, devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir. İştirak halinde mülkiyette, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına birden çok kişinin belirli paylarla malik olması esastır.

Irak Medeni Kanunu gibi Mısır, Suriye ve Ürdün medeni kanunlarında müşterek mülkiyet ile ilgili düzenlemelere ayrıntılı bir şekilde yer verilmemiş, ancak diğer kanunlarda bu konuyla ilgili çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Irak Medeni Kanunu'nun 1063. maddesinin 1. fıkrasına göre, ortaklar ortaklaşa sahip oldukları şeyin tamamından yararlanabilirler. İki veya daha fazla kişi ortak (şüyû) olursa, o kişilerin ortak oldukları mal üzerindeki hisseleri belirtilir.¹⁰⁴ Ancak müşterek mülkiyetin taksimi ile ilgili önemli düzenlemelere başka kanun kitaplarındayere verilmiştir. Mesela, Tapu Sicil Kanunu'nda ortaklık malının taksimi çok geniş bir şekilde, tüm icraatlar en ince ayrıntısına kadar anlatılmıştır. İcra ve İflas Kanunu, İspat Kanunu, Medeni Usul Kanunlarında müşterek mülkiyette ortakların hissesinin ortaklık malının belirli bir kısmı olarak belirlenemeyeceği, ortakların ortaklık malının tüm kısımlarında hakkı olduğu, ortakların ortaklık malında sahip oldukları hisselerin tam maliki olduğu ve bu hisselerini satabilecekleri, kiraya verebilecekleri, rehin edebilecekleri ve bu hakları kullanırken diğer ortakların onayının gerekmeyeceği gibi birçok husus düzenlenmiştir.¹⁰⁵

3. ORTAKLIK MALININ MÜLKİYET HAKKI

Irak Medeni Kanunu'nun 1073. maddesinin 1. fıkrasına göre, “ortak mülkiyetin bölünme yeteneğine sahip olmadığı mahkemeye intikal ettirilirse mahkeme

¹⁰⁴ **Irak Medeni Kanunu**, 9.8.1951 tarih ve 40 sayılı kanun, Yayınlandığı Resmi Gazete Irak Resmi Mecellesi No. 3015.

¹⁰⁵ Ali Hadi Al Ebedi, **Irak Medeni Kanunda Ayni Mülkiyet Hakkı Şerhi**, 8. Basım, 2011, s.64.

o malın satılmasına karar verir". Buna maddeye göre taşınmazın ortaklarından biri ne zaman isterse taşınmaz ortaklık malının taksimini izale-i şüyû davası açarak ortaklığın sona erdirilmesini talep etme hak vardır. Eğer taşınmazın ayrılması mümkünse yani bu taşınmaz taksim edilebilir, ayrılabilir bir mal ise, mahkeme onun satılmasına karar veremez.¹⁰⁶ Mahkeme ve avukat masrafları ile diğer satış masrafları satılan taşınmazın kıymetinden kesildikten sonra kalan meblağ her ortağın hissesine göre ortaklara dağıtılır. Eğer ortaklık malı bir sözleşmeye göre kurulmuşsa ortakların hissesi sözleşmeye yazıldığı gibi dağıtılır.¹⁰⁷

Ortaklık malı vasiyet yoluyla kazanılmışsa vasiyin belirttiği hisseye göre hisseler dağıtılır. Ancak ortaklık malının mülkiyet miras yoluyla kazanılmışsa ortaklara dağıtılacak meblağ, yani mirasçılardan miras payları, medeni kanun ve İslamın şer'i hükümlerine göre belirlenerek dağıtılır.

3.1. Ortaklık Malı Mülkiyet Hakkının Kaynakları

Ortaklık malının mülkiyet hakkının kaynakları da aynı mülkiyet hakkının kaynakları gibidir. Burada ortaklık malının mülkiyet hakkının kazanılmasına sebep olan sözleşme, miras, vasiyet ve haiz (zilyetlik) gibi en önemli dört kaynağa değinilecektir.¹⁰⁸

3.1.1. Sözleşme

Buradaki sözleşmeden kasıt satış sözleşmesidir. Buna göre mülkiyet hakkı, taşınmazın maliki olan satıcıdan yeni maliki olan alıcıya geçer. Böylece satıcının o şeyin üzerinde olan tüm hakları bir meblağ karşılığında alıcıya devredilir. Sözleşme tarafların rızasına dayanan kanuni bir tasarruftur. Sözleşme ile sözleşmenin her iki tarafına sözleşmeye bağlı kalmayı zorunlu kılar. Sözleşmenin rıza, sebep ve konu olmak üzere üç şartı (rüknu) vardır. Bu şartlardan her hangi birisi sözleşmede bulunmuyorsa sözleşme batıl olur. Sözleşme ferdi mülkiyetin kazanılmasının

¹⁰⁶ Velid Necip Al Kas vaz, **Ortaklığın Giderilmesi Malının**, 1993, 1. Baskı, s.88.

¹⁰⁷ Hassen Kiri, **Medeni Kanunun Hükümlerinin Şerhi**, 1. Baskı, İskenderiye, 1998, s.237.

¹⁰⁸ Mehmet Vahiye Din Suvar, **Medeni Kanunda Mülkiyet Hakkı**, Umman, 2010, s.181.

sebebiyse aynı zamanda ortak mülkiyet hakkının sebebi de olmuş olur.¹⁰⁹ Ancak sözleşmeyle ferdi mülkiyet hakkı satıcıdan bir başka alıcıya geçerken, ortak mülkiyette sözleşmeyle satıcıdan birden fazla alıcıya ortak mülkiyet hakkı olarak geçmiş olur.¹¹⁰

Irak Medeni Kanunu'nun 1126. maddesine göre, "Taşınır ve taşınmaz şeylerin mülkiyeti sözleşme ile nakledilir. Mülkiyet devir sözleşmesi, yasal olarak öngörülen prosedür izlenmedikçe sonuçlandırılmaz." Mülkiyetin satıcıdan alıcıya geçebilmesi için prosedürüne uygun bir sözleşmenin yapılması gerekir. Satış sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin nakilini sağlar. Bu nedenle sözleşmenin kanunun belirlemiş olduğu usullere göre yapılması gerekir ki aksi takdirde sözleşme batıl olur.

Satış sözleşmesi ortak mülkiyet hakkının kazanılma sebeplerinden biridir. İki kişiden fazla alıcı taşınmazın mülkiyetini bir satıcıdan almaktadır. Bu alım satım işlemi sözleşmeye göre yapılmaktadır. Taşınmaz mülkiyetini satış sözleşmesine göre alıcılara geçer. Bu taşınmazın mülkiyeti bir satıcıdan, iki ayrı (ifraz) mülkiyet olarak iki alıcıya geçemez. Taşınmazın mülkiyeti ortak mülkiyet (şüyû) olarak bu iki alıcıya geçer ve bu kişiler ortaklık malına ortak olmuş olurlar.¹¹¹ Taşınmazın maliki taşınmazın yarısını başka bir kişiye satarsa, satan kişi o malın asıl maliki olur ve alan kişi de taşınmazın ortağı olur. Bu durumda taşınmazın eski sahibi taşınmazın yarısının sahibi olurken, taşınmazın diğer yarısını alan kişi ise yeni sahip olmuş olur. Her iki kişi taşınmazın şüyû malına yani ortaklık malına ortak olmuş olur. Ortak mülkiyet hakkının kazanılması, hakkın alıcıya geçmesi için satan kişinin hissesinin Tapu Sicil Müdürlüğü'nde alan kişi üzerine tescil edilmesi gereklidir.¹¹²

3.1.2. Miras

Miras mülkiyet hakkının kazanılma sebeplerinden birisidir. Gerçek kişinin ölümü veya gaipliği halinde, bu kişinin malvarlığı miras olarak başka kişilere intikal eder. Mirasçılar, miras bırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer mal varlığı

¹⁰⁹ Abdul Macit Al Hekim, **Medeni Kanununun Şerhi**, 4. Basım, C.1, s. 58.

¹¹⁰ Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut, C.1, s. 150.

¹¹¹ Adnan İbrahim Al Serhan ve Nuri Mehmet Katır, **Medeni Kanununun Şerhi**, 1. Basım, 2009, s.24

¹¹² **Taşınmaz Malında Tasarruf Kanunu**, 1.3.1953 tarih ve 49 sayılı kanun, 1135 sayılı Irak Resmi Mecellesinde yayımlanmıştır.

haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar. Böylece vasiinin ölmesiyle mirasın sebebi taşınmaz üzerinde ortak mülkiyet hakkı doğmuş olur. Miras,ferdi mülkiyetin ortak mülkiyete geçmesinin ve taşınır ve taşınmazın ortak mülkiyetinin kazanılmasının sebebidir. Miras sadece ortak mülkiyet hakkının kazanılmasının sebeplerinde birisi değil, aynı zamanda tasarruf hakkı, kamulaştırma hakkı ve irtifak hakkı gibi hakların kazanılma sebeplerindedir. İstisna olarak kullanma, oturma ve intifa hakları gibi vasiye bağlı olan haklar vasiinin ölümüyle sona ermektedir.¹¹³

Miras nadir olarak görülen mülkiyet hakkının kazanılma sebeplerinden biridir. Eğer vasi ölürse ve mirasçı tekse mirasın tamamı o şahsa kalır ve tüm mülkiyet hakkı ferdi mülkiyet olarak o mirasçıya geçer.

Irak Medeni Kanunu'nun 1106. maddesine göre,“Mirasçı, murisin taşınır ve taşınmaz mülklerinin mülkiyetini ve bunların haklarını miras yoluyla edinebilir. Mirasçılardan tespiti, mülkiyet haklarının devralınması ve mülkiyetinin taşınması hususunda İslam Şeriatının ve özel kanunların hükümleri uygulanacaktır.”Mirasçı miras yoluyla taşınır ve taşınmaz mülkiyet hakkını elde eder. Mirasçı vasiinin öldüğü andan itibaren mülkiyet hakkını kazanır. Ancak tasarruf ve kullanma haklarını tapu sicilinde tescil edildikten sonra kazanır.

Bazı görüşlere göre taşınmazın mülkiyet hakkının miras yoluyla mirasçıya geçebilmesi (intikal) için malın intikal işlemlerinin tapu sicilinde tescil edilmiş olması, ölen kişinin üzerinde olan taşınmazın mirasçılardan ismine kaydedilmesi, mirasçılardan ismine yeni mülkiyet senetlerinin çıkarılması gerekir. Ancak Irak Yargıtay'ı mirasçılardan birinin ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü'ne başvurarak miras davası yani izale-i şüyû davası açabileceğini, hatta intikal işlemleri tamamlanmamış olsa da mirasçılardan dava açarken şeri kesem mahkemeye sunabilir.¹¹⁴

Tapu Sicil Kanunu'nun 189. maddesine göre, mirasçı vasiinin ölümünden sonra malın mülkiyetini kazanır ama tasarruf hakkını kazanamaz. Tasarruf hakkı malın mülkiyeti tapu sicilinde tescil edildikten sonra kazanılır.

¹¹³ Mustafa Ahmet Al Zerke, **Miras Kanununun Şerhi**, 1. Basım, Şam, 1961, s. 229.

¹¹⁴ Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut , C.9, s. 81.

Irak Medeni Kanunu'nun 1107. maddesine göre, "Mülkün sıradan alacaklıları ve imtiyaz sahipleri, mirasçılar tarafından üçüncü bir kişiye aktarılan mülkiyet haklarını kazanmak için bu mülkün üzerinde haklarının olduğunu ispatlamaları gerekir. Bu hak, borçlunun ölümünden itibaren üç yıl geçtikten sonra ortadan kalkacaktır. Bu zaman sınırı sona erdiği zaman, mirasçıların mülk üzerinde yapmış oldukları tasarruf işlemleri üçüncü bir şahsa zarar vermek üzere yapılmadığı sürece geçerli olacaktır." Irak kanun koyucusu alacaklıyı mirası takip etme konusunda özgür bırakmamıştır. Alacaklı üç sene ile sınırlandırılmıştır. Böylece kamu düzeni gözönünde bulundurularak alacaklının alacağı dolayısıyla üçüncü kişilere zarar vermesi önlenmek istenmiştir.¹¹⁵

Alıcaklıların alacak haklarını mirastan alma hakları vardır. Alacaklının mirastan alacağını almak için üç senelik zaman aşımı süresi vardır. Hatta miras üçüncü kişinin eline geçmiş olsa bile üç senelik zaman aşımı süresi içerisinde alacağını üçüncü kişiden isteyebilir. Aksi takdirde alacak zaman aşımına uğrar ve alıcı mirastan olan alacak hakkını kaybeder.¹¹⁶

3.1.3. Vasiyet

Vasiyet tek taraflı kanuni bir tasarruftur ve vasinin ölümünden sonra ortaya çıkar. Aynı hakkın kazanılmasının sebeplerinden biridir. Vasiyetname aynı hakkın ve mülkiyet hakkının kazanılmasının sebebini oluşturur. Irak Medeni Kanunu'nun 1108. maddesine göre, "Mirasçı vasiyet yoluyla vasiden malın mülkiyetini kazanır. Vasi mirasın üçte birine kadar olan kısmını varis dışında başkalarına vasiyetname yoluyla miras bırakabilir. Vasi malının 1/3'ünden daha fazlasını vasiyet etmişse diğer mirasçılar kabul etmediği takdirde bu hüküm geçerli olmaz."Ayrıcairtifa hakkı, kullanmahakkı ve oturma hakkı gibi haklar,vasinin ölümüyle birlikte sona erdiğinden mirasçıya geçmez.Vasiyet sözleşmesi yazılı olarak düzenlenir ve özel kanun hükümleri ve İslam Şeriat hükümleri uygulanır.

¹¹⁵ Mehmet Vahiye Din Suvar, **Medeni Kanunda Mülkiyet Hakkı**, 2. Basım, Umman, 2010, s.69-71

¹¹⁶ Abdul Macit Al Hekim, **Medeni Kanununun Şerhi**, 4. Basım, C.1, s.318.

Aslında gelecekte kullanan tüm tasarruflar batıldır ama vasiyet istisnadır çünkü vasi kendi iradesiyle mirasta tasarruf eder İslam şeri yeti bu tasarrufa onayı göstermiştir. Vasiyet bir resmi evrakta yazılmalı ve onaylamalı bu da Tapu Sicili Kanunu'nun 250. maddesinin 1. fıkrasına gelmiştir, eğer mirasçılar vasiyete karşı çıkartabilir. İlgili mahkemeye gidebilirler ve bu vasiyetin doğru olmadığını ispat edebilir.

Tapu Sicil Kanunu'nun 249. maddesinin 2. fıkrasına göre, vasiyet itiraz edilen olursa ve elinde ispat edilecek evraklar varsa ilgili mahkemeye tebliğin öbür gününden 30 gün içerisinde ilgili mahkemeye başvurulmalı gerekir eğer süre biterse mahkemeden Tapu Sicil Müdürlüğü'ne yazı gelmesi ki tescili doldurular tescil olduğu gibi devam ede tescil tüm icraatlarını yerine getirir.

Vasiyet tek taraflı sözleşme olduğu için ve bu tek taraflı iradeyi yerine geçirmek için vasiyetin neticeleri niteliklerini yerine getirmeli vasiyette tüm belirttirilen şartı olmalı. Mesele, vasinin ehliyeti yerinde olmalı akıllı olmalı akıldan noksan olmalı eğer akıldan noksansa ehliyeti kalmadıysa vasiyet doğru olmaz bu vasiyet batıl olur.¹¹⁷

Irak kanun koyucusu özel hükümleriyle vasiyeti anlamış. Vasiyette iki önemli konudan geniş olarak anlatmış çünkü kanun mirasçılarının vasiden korumak istemiş vasi ölüm düşeyinde oldu için mirasçıya zarar vermek isteyebilir kanunda ölüm düşeyinde olan vasinin vasiyeti geçersiz kılar.

Irak Medeni Kanunu'nun 1109. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Ölüm sırasında, bir kişi tarafından yapılan ve ölüm sonrasında etkili olacak bağış, borcunun silinmesi veya yardımlaşma amaçlı mülkiyetin devriyle ilgili tüm tasarruflar, her ne adla yapılmış olursa olsun batıl olur ve geçersiz sayılır.¹¹⁸

Kişiler hukukun belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde mallarını diledikleri gibi tasarruf edebilirler. Ancak ölüm döşeyinde olan kişinin yaptığı tasarruflar istisna edilmektedir. Çünkü öleceğini anlayan kişinin gerek mirasçılara zarar vermek

¹¹⁷ Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut, C.1, s.207.

¹¹⁸ **Irak Medeni Kanunu**, 9.8.1951 tarih ve 40 sayılı kanun, 3015 sayılı Irak Resmi Mecellesinde yayımlanmıştır.

gerekse sağlıklı düşünemeyeceğinden dolayı kişinin yaptığı tasarrufa bakılır, şayet bu tasarruftaki kasıt herhangi bir şahsa bağışta bulunmaksa tasarruf geçerlidir. Ancak tasarrufun amacı mirasçılardan birine mülkiyetin devredilmesi ise, bu tasarruf kanuna aykırıdır. Çünkü vasi satış sözleşmesinin arkasına sığınarak bağış işleminde bulunabileceği gibi başka türlü tasarruflarda bulunarak mirasçılarından bazılarını kayırmış olabilir. Bu nedenle bu işlemler kanunda batıl sayılmıştır.¹¹⁹

3.1.4. Zilyetlik (Haiz)

Irak Medeni Kanunu'nun 1145-1162 maddeleri arasında zilyetlik konusu düzenlenmiştir. Zilyetlik, kişi ile eşya arasındaki bilinçli bir şekilde kurulup sürdürülen fiili hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanan ve kişi lehine bir takım hak ve yetkilerle aleyhine bazı ödevler getiren hukuki bir durumdur.¹²⁰ Zilyetlik asıl aynı hakkı mülkiyetinin hakkının kazanmasının sebeplerinde biridir yani bir kişinin maddi bir şeyin üzerine elkoymasıştır ve o şeyin üzerinde aynı hak, intifa hakkı ve rehin hakkı kazanmasıdır.

Bir eşya üzerindeki hakimiyet durumunun zilyetlik olarak nitelendirilebilmesi için, fiili hâkimiyetin yanında ayrıca zilyet olma iradesinin varlığı da gereklidir.¹²¹ Bunlardan ilki zilyetliğin maddi unsurunu, diğeri ise manevi unsurunu oluşturmaktadır.¹²²

3.1.4.1. Zilyetliğin Maddi Unsuru

Maddi unsurdan yanifiili hâkimiyetin varlığından söz edilebilmek için; eşya ile kişi arasında yer bakımından maddi bir ilişkinin olması ve eşya ile kişi arasındaki bu ilişkinin belirli bir sürekliliğinin olması gerekir.¹²³ Fiili hâkimiyetin tekrar

¹¹⁹ Mehmet Vahiye Din Suvar, *Asıl Aynı Hak*, 1. Basım, Umman, C.2, 1991, s.69.

¹²⁰ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Mimoza Yayınevi, Konya, 2004, s.39.

¹²¹ Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983. s.11.

¹²² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Mimoza Yayınevi, Konya, 2004, s.40.

¹²³ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Mimoza Yayınevi, Konya, 2004, s.41.

kurulabilecek şekilde geçici kaybı, zilyetliğin kaybına yol açmaz.¹²⁴ Maddi unsurun gerçekleştirilmesi için haizin o şeyi kullanması, kendisi egemenliği altında tutması gerekir. Mesela , evde oturmak gibi.

Zilyetlikle ilgili olarak bazı farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı görüşlere göre zilyetlik sahibine tasarruf hakkı verir.¹²⁵ Eğer hiç kimse mülkiyetin kendisine ait olduğunu ispat edemiyorsa mülkiyet hakkı mülkiyeti elinde bulundurana aittir. Bazılarına göre zilyetlik sürekli hak bazılarına göre ise sürekli hak değil belki bir maddi hakdır ve bu hak mülkiyet hakkının kazanılmasının sebeplerinden biridir. Zilyetliğin maddi ve manevi iki unsuru yerine gelmişse bu durumda mülkiyetinin kazanılmasının sebepleri gerçekleşmiş olur. Şüyu malında hiyazetin (birşeyin kendine mal edilmesi) gerçekleştirilmesi için iki veya daha fazlazilyetlik olmalıdır.¹²⁶

Irak Medeni Kanunu'nun 1145. maddesine göre, “Zilyetlik bir kişinin fiilen kendisi veya bir arabulucu aracılığıyla gerçek anlamda bir hakka sahip olduğu veya egemenlik kurduğu (kontrol ettiği) maddi bir durumdur. Sahiplik bir kişinin yapmış olduğu bir eylemden kaynaklanmaz, çünkü yalnızca üçüncü bir tarafça izin verilmiş olması veya hoşgörölmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda tekrar eden fiiller sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır.” Zilyetlik maddi bir durumdur bu nedenle bir kişinin maddi bir şeyin üzerine fiilen elkoyması, kullanması ve o şey üzerinde tasarruf hakkı olmasıdır. Irak Medeni Kanunu'nun 1147. maddesine göre, “Bir maddi şey üzerinde birden fazla kişi zilyetlik iddiasında bulunuyor, sahiplik konusunda bir anlaşmazlık bulunuyorsa, fiili mülk sahibiningerçek mülk sahibi olmadığı ispat edilenene kadar mülk sahibi sayılır” Bir maddi şeyin üzerinde iki veya daha fazla kişi zilyetlik iddiasında bulunuyorsa, hangi kişi o şeye haiz ise, zilyetliği elinde bulundurur. Eğer haiz doğru olmayan yollarla o şeyin zilyetliğini kazanmışsa ilk haizden ikinci haize geçer ama ikinci haizin iyi niyetli olması gerekir. İkinci haizde kötü niyetli çıkarsa üçüncü haize geçer.¹²⁷

¹²⁴Şeref Ertaş, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.75.

¹²⁵ Hassen Kiri, **Medeni Kanunun Hükümlerinin Şerhi**, 1. Basım, İskenderiye, 1998, s.434.

¹²⁶ Ramazan Aba Al Suudi, **Asıl Aynı Hakkı Şerhi**, 1. Basım, İskenderiye, 1997, s.367.

¹²⁷ Mustafa Mehmet Cemal, **Mülkiyet Sistemi**, 1. Basım, İskenderiye, s.259.

Irak kanunun koyucusu zilyetliği taşınmaz mülkiyet hakkının kazanılmasının sebeplerinden birisi olarak saymıştır. Irak kanun koyucusu haize taşınmazı bir yıl tam zilyet ederse mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır.¹²⁸

Irak Medeni Kanunu'nun 1155. maddesinin 1. fıkrasına göre, mülkiyeti tehdit eden yeni işlerin yapılması korkusuyla mahkemeye başvurulabilir. Zilyetliği sıkıntıya sokanlara karşı dava açılabilir ve bu yeni işlerin durdurulması, verilmiş olan zararın telafî edilmesi mahkemeden istenebilir. Ancak dava açılırken bu yeni işlerin tamamlanmış olması ya da bir yılı geçmemiş olması gerekir.

3.1.4.2. Zilyetliğin Manevi Unsuru

Zilyetliğin unsurlarından bir diğeri de manevi unsur yani zilyet olma iradesinin mevcut olmasıdır. Eşyanın sadece egemenlik alanında bulunması, zilyetliğin var olması için her zaman yeterli değildir.¹²⁹

Bir kimse eline geçirdiği malda ancak zilyet olma, yani fiili hâkimiyeti ele geçirme iradesine sahip olduğu durumda hâkimiyeti ele geçirmiş olur. Kişinin böyle bir iradesi mevcut değilse, hâkimiyeti ele geçirmesi de söz konusu olmaz. Ayrıca zilyetlik iradesi bir defa doğduktan sonra, zilyedin bilinçli bir şekilde devamlı olarak zilyetlik iradesini taşımasına da gerek yoktur.¹³⁰

4. ORTAKLIK MALININ SONA ERME SEBEPLERİ

Ortaklık malının taksiminin istenmesi her ortak açısından bir mülkiyet hakkıdır. Ortaklar ortaklık malının paylaşılmamasından dolayı zarar görebilir ve ekonomik açıdan sıkıntı çekebilirler. Bundan dolayı ortaklık malının sona erdirilmesini isteyebilirler. Ortaklar açısından ortaklık malının sonlandırılmasını gerektiren birçok sebep de bulunmaktadır.

Paylı mülkiyete konu olan mal ya da eşya üzerinde paydaşlar arası ekonomik amaçlı bir ilişki mevcuttur. Bu nedenle paydaşlardan herhangi birisinin isteği ile ya da tümünün ortak talepleri sonucunda paylı mülkiyet ilişkisi sona erdirilebilir. Ekonomik

¹²⁸ Abdul Nasır Al Atar, **Mülkiyet Hakkını Şerhi**, 1. Basım, s.254.

¹²⁹ Nuşin Ayiter, **Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 1983. s.11.

¹³⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 52.

amaçlı bu ilişki; paydaşlardan herhangi birisinin kendi payını temlik etmesi, yine bu payın cebri ihale yolu ile başkasına geçmesi gibi bir nedenle ve sadece o paya sahip olan yönünden sona erebileceği gibi müşterek malın bütün paydaşlar tarafından bir paydaşa ya da üçüncü bir kişiye temlik edilmesi, terki, cebri icra sonucu başkasına ihale olunması veya kamulaştırılması sonucunda da tüm paydaşlar yönünden sona erdirilebilir. Bunların dışında paylı mülkiyeti sona erdirme konusunda uygulamada en çok başvurulan yöntem ise taksimdir. Taksim paydaşların anlaşmalarına bağlı olarak rızaen olabileceği gibi paydaşlığın giderilmesini dava yoluyla istemek suretiyle yargısal yolla da olabilir.¹³¹

İştirak halinde mülkiyet, miras şirketinde mirasçıların yaptığı sözleşme veya mahkeme kararıyla; mal ortaklığında eşlerden birinin ölümü, iflası, alacaklısının talebi veya mahkeme kararıyla; uzatılmış mal ortaklığında sağ kalan eşin veya çocukların ortaklıktan çıkması, sağ kalan eşin ölümü veya evlenmesi, ortaklardan birinin iflası, ortakların ya da bir ortağın alacaklısının talebi üzerine mahkeme kararıyla; aile şirketinde ortakların rızası, sürenin bitmesi, ortaklardan birinin iflası, haklı sebeplere dayanarak ortaklardan birinin talebiyle; adi şirkette, şirketin kurulmasında güdülen amacın elde edilmesi veya imkansız hale gelmesi halinde, ortaklardan birinin ölümü, hissesinin haczi veya iflasıyla, sözleşme ile belirlenmiş sürenin bitmesi, ortakların oybirliği veya haklı sebeplerden dolayı mahkeme kararıyla sona erebilmektedir. İştirak halinde mülkiyet, iştirak halini doğuran sebeplerin ortadan kalkmasından başka ortaklık malının devredilmesi, kamulaştırılması, cebri icra yoluyla satışı, mahkeme kararı ve ortakların anlaşarak müşterek mülkiyete geçme yönünde Tapu Sicil Müdürlüğü'ne talepte bulunmalarıyla da sonbulur.¹³²

Görüldüğü gibi gerek paylı mülkiyette gerekse iştirak halinde mülkiyette ortaklık malının sona ermesinin birçok sebebi bulunmaktadır. Ancak ortaklık malının sona erme sebepleri hukuki sebepler ve iradi sebepler olmak üzere iki genel başlık altında incelenecektir.

¹³¹<http://emlakkulisi.com/istirak-halinde-mulkiyet-satis/201373>Erişim: 10.6.2016

¹³²<http://emlakkulisi.com/istirak-halinde-mulkiyet-satis/201373> Erişim: 10.6.2016

4.1. Ortaklık Malının Hukuki Olarak Sona Erme Sebepleri

4.1.1. Satış Sözleşmesi

Irak Medeni Kanunu'nun 1126. maddesine göre, "Taşınır ve taşınmaz şeylerin mülkiyeti sözleşme ile nakledilir." Ortaklık malı taşınır ve taşınmazlar ortakların (paydaşların) kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmeye veya yapmış oldukları satış sözleşmelerine göre şekillenerek sona erer.

4.1.2. Miras

Irak Medeni Kanunu'nun 1106. maddesine göre, "Mirasçı, murisin taşınır ve taşınmaz mülklerinin mülkiyetini ve bunların haklarını miras yoluyla edinebilir." Mirasçılar murisle olan akrabalık ilişkilerine bağlı olarak murisin taşınır ve taşınmaz malları üzerinde mülkiyet hakkı elde ederler. Böylece mirasçılar hukuki bir durumun ortaya çıkması nedeniyle mülkiyet hakkı sahibi olarak terekeyi paylaşarak mal ortaklığını sona erdirirler.

4.1.3. Vasiyet

Irak Medeni Kanunu'nun 1108. maddesine göre, "Mirasçı vasiyet yoluyla vasiden malın mülkiyetini kazanır. Vasi mirasın üçte birine kadar olan kısmını varis dışında başkalarına vasiyetname yoluyla miras bırakabilir." Vasi malını sağlığında mirasçılara miras bırakabilir. Ancak bu vasiyet vasiyin ölümünden sonra hukuki sonuçlar doğurur. çünkü vasiyetin geçerli olması için vasiyin vefatı gereklidir. Böylece mirasçılar ortaklık malını, vasiyetnameye bağlı olarak, gerek özel kanunlara gerekse şer'i hükümlere uygun bir şekilde paylaşarak sone erdirirler.

4.1.4. Zamanaşımı

Zamanaşımı hukuk kurallarının kişilere tanıdığı hakların, getirdiği yaptırımların yine hukuk kuralları ile belirlenen süreleri aşmasıdır. Diğer bir deyişle bir hak hukuk kuralında öngörülen sürede kullanılmadığında hukuk düzeninde birtakım sonuçlar doğmaktadır. Bununla birlikte zamanaşımı borcu sona erdirmez, sadece borçluya ödemekten kaçınma hakkı verir. Eğer şartlar yerine gelmişse zaman aşımı da ortaklık malının hukuki sona erme sebeplerinden birisidir.

4.1.5. Şufa Hakkı

Şufa hakkı (önalım hakkı) paylı mülkiyette herhangi bir paydaşın payını üçüncü kişilere satması halinde diğer paydaşlara söz konusu payı öncelikle satın alma hakkı veren bir haktır.¹³³ Önalım hakkı ile paydaşlara getirilen kısıtlama kanundan doğan ve özel hukuka dayanan bir kısıtlamadır.¹³⁴ Şufa hakkı, ancak bir paydaşın payını satın alan alıcıya karşı kullanılabilir. Şufa hakkını kullanan ortakla payı satın alan arasında kapsam ve şartları satıcı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin aynı olan bir satım ilişkisi kurulmuş olur.

Irak Medeni Kanunu'nun 1128. maddesine göre, “Şufa hakkı, alıcının satın alma fiyatı ve her zamanki normal masraflarını ödeyerek satılan taşınmaz malın mülkiyetinin ortaklar tarafından geri alınması hakkıdır”. Taşınmazın satışına rağmen mülkiyetin sahibi alıcı olamamaktadır. Gayrimenkulün paydaşı olan herhangi bir paydaş taşınmazı satın alan alıcıya karşı dava açarak ortaklık malını geri alabilir. Ortaklardan biri ortaklık payını yabancı birine satarsa, ortaklar bu satışa rağmen ortaklık payını alan kişiden payı geri alabilirler ve şüyu hissesine sahibi olurlar.

Irak Medeni Kanunu'nun 1129. maddesine göre, “Şufa hakkı öncelikli olarak müştereken mülk edinilen bir taşınmazın ortakları için tanınmıştır. İkinci olarak satılan taşınmaz üzerinde ortak hakları olanlar için üçüncü olarak ise, komşular için tanınmıştır”. Şufa hakkı sadece ortak oturulan evlerde kısıtlanmıştır.

4.1.6. Ortaklık Malının Engeli

Vasi öldükten sonra ortaklık malı olan evinde vasinin çocukları ya da vasinin eşi yaşıyorsa bunlar hayatta oldukları müddetçe ortaklık malı olan bu gayrimenkulün izale-i şüyû istenemeyecektir. Vasinin eşi ve çocukları bu evde oturmamaya başladığı zaman ortaklık malının paylaşılmasını engelleyen husus ortadan kalktığı için paylaşma yoluna gidilebilecektir.

¹³³ Jale G.AKİPEK, Türk Eşya Hukuku II. Kitap Mülkiyet, Ankara 1971, s.215.

¹³⁴ Fikret EREN, Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2012, s. 401.

4.1.7. Fidan Dikenin Hissesi

Ortaklık malı gayrimenkulün üzerinde daha önceden fidan dikmiş olan kişiler, mahkeme huzurunda bu fidanlara bağlı sahip oldukları haklarını aldıklarını onaylarsa arazi, üzerinde dikili bulunan ağaç ve fidanlarla birlikte alıcıya geçer ve ortaklık malı hukuki olarak sona ermiş olur.¹³⁵

4.2. Ortaklık Malının Sona Erdirilmeme Sebepleri

Ortaklık malı, ortakların pay talep etmelerine müsaade edilmemesi, ortaklığa yeni ortakların alınmaması veya pay telebinde bulunmaya kanuni bir engelin bulunması gibi nedenlerle sona ermeyebilir.

4.2.1. Ortağın Pay Talep Hakkının Engellenmesi

Ortaklar kendi aralarında yapmış oldukları bir anlaşmayla ve hukukun belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde olmak kaydıyla ortaklık malıyla ilgili çeşitli kararlar almış olabilirler. Bu anlaşmaya bağlı olarak ortaklık malının devamı hususunda da kararlar alınmış olabilir. Böyle bir anlaşmaya bağlı olarak ortaklık malından ortakların pay isteyebilmesi belirli şartlara veya süreye tabi tutulmuş olabilir. Ortaklar bu şartlara bağlı olarak pay talebinde bulunamazlar. Ortaklık malının paylaşılması ancak şartların gerçekleşmesiyle veya sürenin sonunda gerçekleşecektir.

4.2.2. Ortaklık Malına Yeni Ortakların Alınmaması

Ortaklar ortaklığın iyi bir şekilde devam etmesi için ortaklık malına yeni ortakların alınmaması yönünde anlaşmalar yapabilirler. Böylece ortakların izni olmadan dışardan üçüncü kişilerin ortak olması engellenmiş olur. Genellikle ortaklığın selameti açısından ortaklar böyle anlaşmalar yapabilmektedirler. Irak Medeni Kanunu'nun 1073. maddesine göre, bütün ortaklar ortaklık malının taksimini isteyebilir, ancak ortaklar kanuna uygun olarak yapmış oldukları bir anlaşmayla ortaklık malının paylaşılmamasına karar verebilirler. Böylece ortaklık malı taksim edilmez ve ortakların müşterek mal üzerindeki ortaklığı devam ettirilmiş olur. Ancak bu süre beş yılı geçmemelidir. Mesela, ortaklardan biri 18 yaşını doldurmadığı için

¹³⁵ Mehmet Azmi Al Bekri, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 4. Basım, 1995, s.12.

ehliyet sahibi değilse, ortaklar ortaklık malını taksim edemezler hatta ehliyeti olmayan ortak ehliyetini kazana kadar taksim ertelenir.

4.2.3. Ortağın Payını Talep Etmesinde Kanuni Engel Bulunması

Irak Medeni Kanunu'nun 1081. maddesine göre, ortaklık malının ortakları mülkün her zaman müşterek mülkiyetinde kalması gereken mülkün temel unsurlarının paylaşılmasını isteyemezler. Ortaklık malını başka işlerde kullanamaz sadece ortaklık malının yararına işlemler yapabilirler. Bu konu taşınmaz ortaklığın giderilmesi davasına bağlıdır ve üç biçimde görülür.

4.2.3.1. Alt ve Üst Kat Mülkiyet Sahipleri Arasındaki Ortaklık İlişkisi

Alt ve üst kat mülkiyet sahiplerinin arasında bir ortaklık ilişkisi vardır. Irak Medeni Kanunu'nun 1082 maddesine göre, "Bir kişi üst katın diğeri alt katın sahibi ise üst katın alt kat üzerinde sürekli kalıcı olma hakkı vardır ve tavan alt kata aittir. Alt katın sahibinin ise, üst katın sahibinden güneşten ve yağmurdan korunma hakkı vardır." Alt katın mülkiyetinin sahibi alt katın tadilatını yaparak üst katın sürekli kalıcı olmasını sağlamalı, üst katı çökmekten korumalıdır. Üst katın sahibi eğer dairesinin çökmesinden korkuyorsa mahkemeye başvurarak alt katın sahibinin tadilat yapmasını isteyebilir. Alt kat malikide yağmur ve güneşten korunmak için üst kattan gerekli tamiratı ve bakımı yapmasını isteyebilir.

4.2.3.2. Ortak Duvar Mülkiyeti

Irak Medeni Kanunu'nun 1087. Maddesine göre, "Bir ortak duvarın sahipleri, her ikiside destek kapasitesini yitirmiş ahşap veya direkler yerine eşit sayıda ahşap veya direkler koyabilir. Duvarın ahşap veya direk sayısını arttırabilir. Bunun için diğlerinin iznini almasına gerek yoktur. Duvarın bir tarafı hizmet veremez duruma gelmişse tamir edildiğinde veya onarıldığında masraflar iki tarafça eşit olarak karşılanır." Ortak duvar mülkiyetinde, ortak duvar binayı iki ayırır ve bu duvar iki tarafın ortaklık malı sayılır. Duvarın her ortağı ona tahsis edilmiş olan duvarı kullanabilir ancak ortaklar ortak duvarın taksimini talep edemezler.

4.2.3.3. Kat Mülkiyeti

Bir binanın kat, daire, iş yeri, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı bir şekilde kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde, o taşınmazın sahibi veya ortak sahipleri tarafından, kurulan mülkiyet hakkına kat mülkiyetidir. Maliklerin ana gayrimenkuldeki duvar, koridor veya asansör gibi ortak malların üzerindeki haklarından oluşur ve ortaklar bu malların taksimini ve satışını isteyemezler.¹³⁶

5. TAKSİMİN (PAYLAŞMA) TANIMI

Ortaklığın giderilmesi (izale-i şüyû), herhangi bir ortaklık malının ortaklar arasında paylaşılması veya mahkeme yoluyla satılarak paylaşılması sonucu bu mal üzerindeki ortaklığın (paydaşlığın) sona erdirilmesidir. Herhangi bir ortaklık malının kendisinin veya satılarak bedelinin paylaşılması suretiyle ortaklık sona ermektedir. Ortakların biri veya tamamı ortaklık malının taksimini talep edebilir. Taksim ise, ortak mülkiyete konu olan mallarda ortaklığın sona erdirilmesi amacıyla, her ortağa en azından bir mal düşecek şekilde paylaşılması işlemine denilmektedir.

5.1. Taksim Biçimleri

Taksim, tapuda müşterek veya iştirak halinde kayıtlı taşınmaz mallardaki ortaklığın sona erdirilmesi amacıyla yapılan paylaşma işlemidir. Ortakların anlaşmaları sonucu taksim yapılabileceği gibi anlaşmazlık olması durumunda mahkeme kararıyla taksim gerçekleştirilebilir. Bu konuda Irak Medeni Kanunu'nun 1071. maddesinde şu şekilde düzenleme yapılmıştır:

- 1.Ortak mal sahipleri, ortak mülkiyeti kendi aralarında uygun gördükleri bir şekilde, karşılıklı rızalarıyla paylaşabilirler.
- 2.Ortakların rızasına dayanan taksimin geçerli olabilmesi için Tapu Sicil Müdürlüğü'nde tescil edilmesi gerekir.
- 3.Herbir ortağın alacaklısı, taksimin kendi çıkarlarına zarar veren hile ve sahtekarlık içeren kısımlarına itiraz edebilirler

¹³⁶ Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut, C.8, s.888.

Irak Medeni Kanunu'nun 1073. maddesine göre, "Ortak mülkiyetin bölünme yeteneğine sahip olmadığı mahkemeye sunulursa, mahkeme ortaklık malının satılmasına karar verir."

Ortaklık malının taksimi anlaşma yoluyla çözülüyorsa buna anlaşmalı taksim denilir. Genellikle taraflar anlaşma yoluna giderek ortaklık malının taksimi yolunu tercih etmektedirler. Şayet ortaklar taksim konusunda anlaşamamışlar veya müşterek mal taksime müsait olmayan bir niteliğe sahipse o zaman mahkeme kararıyla müşterek malın satılmasına ve ortakların hisseleri oranında satış gelirinin taksimine karar verilir.¹³⁷ Bu şekilde ortaklardan birinin ortaklığın sona erdirilmesi amacıyla mahkemeden şüyu malın taksimini talep etmesiyle ortaklık sona erdirilirse buna yargısal taksim adı verilir. Irak Medeni Kanunu'nun 1073. maddesine göre, ortak mülkiyetin tamamı yasal olarak öngörülen şekilde satılır ve fiyat herbir taksime göre ortaklar arasında paylaşılır. Böylece ortakların anlaşması yoluyla ya da yargı kararıyla ortak malların ifraz ve taksim gerçekleştirilerek, herbir ortağın şüyu malı üzerindeki ortaklık hissesi belirlenir ve ortaklık sona erdirilir.¹³⁸

5.2. Taksimin Hukuki Sonuçları

Pay talep hakkı sürekli bir haktır ve bu hak zaman aşımına uğramaz. Ortakların ortaklık paylarını istedikleri zaman talep etme hakları bulunmaktadır. Bu hakkın kullanılmamasından dolayı ortaklık malından düşmez. Ortaklık pay hakkı kamu düzeniyle ilgiliyse ortaklar ortaklık payından vazgeçmemeliler hatta ortaklar bu haklarından vazgeçme hususunda anlaşamazlar.¹³⁹ Ortaklık malının bazı hisseleri üzerinde rehin ya da haciz varsa bu işlemler pay hakkı talebini etkilemez.¹⁴⁰

Pay talep hakkının taşınmazın düzeni ve işleyişiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Ortaklık malının düzeni, ortak mal üzerinde bulunan irtifak hakları ortaklığın sona erdirilmesine bir manisi olmaz. Eğer ortaklık malında vakıf hissesi bulunuyorsa bu durumda ortaklardan biri izale-i şüyû davası açabilir, mahkeme payların taksimi

¹³⁷ Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut, C.8, s.888.

¹³⁸ Mağı Mun Al Kızbırı, **Medeni Kanununda Asıl Ayni Hak ve Sınırlı Ayni Hakkın Şerhi**, 1. Basım, Şam, 1962, s.364.

¹³⁹ Abdul Muinim Ferç, **Lübnan ve Mısır Kanunda Asıl Yani Hak Araştırması**, 1. Basım, 1974, s.145.

¹⁴⁰ Mehmet Kâmil Murisi, **Asıl Ayni Hakkı**, 2. Basım, Yüksek Matbaa, 1951, s.199.

amacıyla taşınmazın aynı taksimine ya da satışına karar vererek ortaklığı sona erdirebilir. Daha sonra Diyanet İşleri Müdürlüğü satılan vakıf hissesiyle başka taşınmaz satın alır.¹⁴¹

Ortaklık malından pay isteme hakkı paydaş olan ortaklara aittir. Çünkü pay talep hakkı ortak mülkiyet üzerinde hakkı olan ortağın çıkarına uygundur.

Ayrıca mirasçılar da pay taksimi için talepte bulunabilirler. Çünkü ortaklık malının mirasçılarının Irak Medeni Kanunu'nun 1106 maddesine göre, "Mirasçı, mirasın taşınır ve taşınmaz mülklerinin mülkiyetini ve bunların haklarını miras yoluyla edinebilir." Mirası kabul etmiş varisler mirasçının taşınır ve taşınmaz mülklerinin taksimini isteyerek bunlar üzerinde mülkiyet hakkı elde etmiş olur. Bazılarının ortaklık malıyla bir ilgisi olmasına rağmen payın taksimi talebinde bulunamaz. Alacaklının ortak mal üzerinde pay sahibi olabilmesi için ortaklık malı üzerindeki hakkın tapu siciline kaydedilmiş olması gerekir. Alacaklı adına tescil yapılmadan pay talebinde bulunamaz.¹⁴²

Irak Medeni Kanunu'nda ortakların ortaklığı devam ettirme yönünde belli bir süreliğine anlaşabilecekleri ancak bu sürenin beş yılı geçemeyeceği düzenlenmiştir.¹⁴³ Bu süre kapsamında ortaklar mal ortaklığını devam ettirerek pay taksiminde bulunmazlar.

Ortaklar bazı ortaklık mallarının taksimini isteyemezler. Mesela, aile mezarı gibi izale-i şüyû talebinde bulunamazlar. Çünkü bu kamu düzenine aykırıdır.

Irak Medeni Kanunu'nun 1081. maddesine göre, ortaklık malının ortakları mülkün her zaman müşterek mülkiyetinde kalması gereken mülkün temel unsurlarının izale-i şüyû talebinde bulunamazlar. Ayrıca ortaklık malını başka işlerde kullanamaz sadece ortaklık malının yararına kullanabilirler.¹⁴⁴

¹⁴¹ Hassen Kiri, **Medeni Kanun Hükümlerinde Asıl Aynı Hak**, 1. Basım, İskenderiye, 1975, s.195.

¹⁴² Mehmet Azmi Al Bekri, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 4. Basım, 1995, s.13.

¹⁴³ Sahip Abdul Fetlavi, **Kanuna Giriş Şerhi**, 1. Basım, Umman, C.1, 2011, s.373.

¹⁴⁴ Mehmet Vahiye Din Suvar, **Asıl Aynı Hakkı**, 1. Basım, Umman, C.2, 2010, s.385.

6. ORTAKLIK MALI TAŞINMAZIN PAYLAŞILMA USULLERİ

Tüm ortakların ortaklık malı taşınmazlarında yapacakları bir anlaşmayla veya aralarında anlaşamadıkları takdirde yargı yoluna başvurarak paylaşma hakları vardır. Ortaklık malını aralarında anlaşarak paylaşırlarsa bu taksime anlaşmalı taksim, yargıya başvurarak paylaşırlarsa yargısal taksim denir.

6.1. Anlaşmalı Taksim

Ortakların tamamının ortaklık malını her ortağın kendi hissesine göre taksim ederek ortaklık malını sona erdirmelerine anlaşmalı taksim denir. Ortaklar ortaklık malında ortak olarak kalmanın menfaatlerine çok büyük zarar vereceğini düşünüyorlarsa bu durumda ortaklık malını her ortağın hissesine göre taksim edilmesi hususunda anlaşarak ortaklık malının taksimi yoluna gidebilirler. Irak Tapu Sicil Kanunu'nun 217. maddesine göre, her ortağın hissesi tapu sicilinde belirtilmelidir. Ortaklık malının aynı hakkı ve her ortağın kendisine ayrılan kısmı tapu sicilinde belirtilir. Taksim işlemi belirli bir süre veya belirli bir yer ile sınırlı bir şekilde de yapılabilir. Ancak bu taksim geçici süreli bir taksim olduğu için ortaklığı kesin bir şekilde sona erdirmez, ortaklığın sona erdirilmesini belirli bir süre için erteletmiş olur.

6.1.1. Geçici Taksim

Ortaklar geçici taksim yoluna ortaklık malının taksiminde anlaşamamalarından dolayı veya paylaşım ile ilgili meselelere çözüm bulmak amacıyla başvururlar. Geçici taksim yoluna tüm ortaklar başvurabilir. Böylece her ortak tek başına ortak taşınmaz malın bir kısmını veya tamamını belirli bir süreliğine kullanabilir.

Ortakların hepsinin menfaatleri nedeniyle ortaklık malının taksim edilmesini istemesi üzerine başvurdukları bir sözleşmedir. Her ortağın ortak taşınmazın taksiminden fayda görmesi ve geçici taksim sözleşme süresi beş yılı geçmemesi gerekir. Eğer ortaklar sözleşmede ortak taşınmazın geçici taksim süresiyle ilgili belli bir süre belirtmemişlerse kanuni süre olan bir yıl gözönünde bulundurulur. Eğer ortaklardan biri geçici taksim sözleşmesini yenilemek istemiyorsa diğer ortaklara bunu üç ay öncesinden bildirmesi gerekir.

Geçici taksim bir mülkiyet taksimi değil ortak taşınmaz mal üzerindeki menfaatlerin taksimidir. Tüm ortaklar ortaklık malından geçici bir süre, hatta ortaklık malının taksim edileceği son güne kadar bir menfaat görürler. Geçici taksim zaman taksimive yer taksimi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁴⁵

6.1.1.1. Zaman Taksimi

Ortaklık malında hissesi olan her bir ortak, ortaklık malının payıyla orantılı bir kısmını kendi menfaati için belirli bir süre kullanmayönünde anlaşabilirler. Diğer ortaklar belirtilen süre boyunca ortaklık malından kendi paylarına düşen kısımdan faydalanırlar. Irak Medeni Kanunu'nun 1078. maddesine göre, ortaklardan her biri ortak mülkiyetin kendi payına eşit parsellenmiş bir parçasından ayrı ayrı faydalanmak hususunda görüş birliğine varabilirler. Beş yıldan fazla süreli sözleşmeler geçerli değildir. Ortak malın bu değişimli kullanılan bölümü için herhangi bir zaman belirlenmemişse, ortaklara haber verilmediğinde bir yıllığına yenilenmiş kabul edilir. Cari yılın sona ermesine 3 üç ay kala sözleşme süresi yenilenmeye başlamalıdır. Bu şekilde zaman esaslı dönüşümlü kullanım bölüşümü, ortakların payları ile orantılı olarak ortak mülkiyetin belirli bir kısmını belirli bir süre boyunca kullanmayı kabul ettiği durumlarda geçerli olur. Geçici zaman taksimi konusunda tüm ortaklar anlaşılır

Ortaklar dönüşümlü kullanım konusunda birbirleriyle anlaşabilirler. Her ortak kendi hissesiyle orantılı olarak ortaklık malından faydalanabilir. Mesela, iki ortağın bir ortak ziraatarazisi var. Bir ortağın 1/3 hissesi, diğer ortağın çeyrek hissesi var ise ortaklar aralarında anlaşarak biriiki yıl diğeri bir yıl araziye eker, zirai menfaat elde edebilir.¹⁴⁶ Bu durum böylece bir kaç defa tekrarlanabilir ama bu süre her defasında beş yılı geçmemelidir.

6.1.1.2. Yer Taksimi

Her ortak kendisine ifraz edilmiş olan kısmı, hissesine göre kullanabilir ve bu kısımdan kendine özel menfaat sağlayabilir. Ortakların bu şekilde ortaklık malını kullanmaları ve yarar sağlamaları için yapılmış olan sözleşme süresi beş yılı geçemez.

¹⁴⁵ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.73-74.

¹⁴⁶ Ayman Said Abdul Macit, **Malikin Ortaklık Malının Kullanılmasındaki Yetki ve Hakları**, 1. Basım, 2000, s.137.

6.1.2. Anlaşmalı Taksimın İcra Edilmesi

Irak kanun koyucusu anlaşmalı taksimın icrasını kolaylaştırmış, bununla ilgili olarak sadece iki şart koymuştur. Birincisi anlaşmalı taksimın yapılması yönünde tüm ortakların anlaşmış olması ve taksim konusunda rızalarının bulunması gerekir. İkinci olarak ortakların arasında reşit olmayan (minör) bir ortağın bulunmaması gerekir.

Taşınmaz ifraz edilerek her ortağın hissesi belirtilir. Daha sonra ifraz edilen kısımlar her ortağın hissesine göre dağıtılır.

Ortakların hissesi aynı isegenellikle ortaklar taşınmazın taksiminde anlaşılır. Bu anlaşma sözlüya da yazılı olabilir.

Ortakların hissesi aynı değilse, yani bazı ortakların hissesi çok ve bazılarının hissesi az ise, şayet ortaklık malında bir sorun yoksa az hisseden çok hisseye kadar tüm ortakların hisseleri taksim edilir.

Ortaklar ortaklık malınının Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından taksim edilmesi yönünde anlaşabilirler. Böyle bir durumda kanunun belirlemiş olduğu şekilde her ortağın kendi hissesine göre hisseler taksim edilir. Tapu sicilinde gerekli işlemler yapılarak ortak taşınmaz mülkiyeti sona erdirilmiş olur.¹⁴⁷

6.1.2.1. Anlaşmalı Taksimın İcraasına Alacaklının Dahil Olması

Borçlunun bütün mal varlığı borçlarının bir garantisidir. Bu tüm alacaklılar için geçerlidir. Ancak her alacaklının başka alacaklıya karşı bir öncelik hakkı vardır. Alacaklı anlaşmalı taksimın icraasını takip edebilir. Çünkü bu taksim alacaklının haklarına zarar verebilir.

Irak Medeni Kanunu'nun 1071. maddesine göre, "Herbir ortağın alacaklısı, taksimın kendi çıkarlarına zarar veren hile ve sahtekarlık içeren kısımlarına itiraz edebilirler" Ortakların tüm alacaklıları dava açarak alacak haklarının korunmasını mahkemeden isteyebilir. Eğer taksim yapılırken alacaklının çıkarına, malın zararına bir işlem gerçekleştirilmiş ya da hileli bir durum varsa alacaklı bunlara itiraz ederek alacak haklarını koruyabilir.

¹⁴⁷ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.78-79.

Irak Medeni Kanunu'nun 1077. maddesine göre, Alacaklı, anlaşmalı taksimin icrasından dolayı zarar görürse bu işlemlerin iptal edilmesi ve tüm haklarının korunması için mahkemeye başvurabilir.”Alacaklı, ortaklık malının taksimi işleminde hile yapıldığını ve bu hilenin alacak haklarına zarar verdiğini ispat ederse taksimin icrasından itibaren altı ay geçmeden taksimin düşmesidavası açabilir.Daha sonra davalılarortaklık malı taşınmazın taksimini yeniden yapmak zorunda kalacaklardır.¹⁴⁸

Alacaklının ortaklık malı taşınmaz üzerindeki hakları rehin ve teminat gibi bir işlemle güvence altına alınmış ve bu işlemler tapuda tescil edilmişse,alacaklının ortaklık malı üzerindeki aynı hakkı tescil edildiğinden, alacaklızale-i şüyû davasına katılma hakkına sahip olur. Böylece alacaklılar taksimin icrasını takip edebilirler veya taksimde hile varsa taksimin icrasının hileli kısmına karşı çıkabilirler.¹⁴⁹

6.1.2.2.Anlaşmalı Taksimde Adaletsizlik

Anlaşmalı taksimin adaletsiz olması yani sözleşmeyi yapan kişinin verdiği şeyin veya o şeyi alan kişinadaletsiz olması ya da sözleşmeyi yapan kişinin adaletsizliği neticesinde zarara uğranmasıdır. Böyle durumlarda menfaatleri zarar gören kişiler haklarını alabilmek için dava açabilmektedirler. Ancak Irak kanun koyucusu bazı durumlarda adaletsizlik davası açmayı yasaklamıştır. Örnek aleni müzayedede taşınmazın alacaklısı aleni müzayedede adaletsizlik olduğunu hissediyorsa o müzayedeye katılmayabilir. Irak Medeni Kanunu'nun 124. maddesine göre “Sadece yararlanma olduğu ölçüde, yararlanmanınaldatmayla bir bağlantısı olmadığı, hileyle birleşmediği sürece, sözleşmenin uygulanmasını engellemez”. Hükmü gereğince müzayedede adaletsizlik davası açılmaz. Adaletsizlik davası açılabilmesi için sözleşmede sadece adaletsizlik olması yeterli değildir. Bununla birlikte adaletsizlik anlaşmalı taksimi değiştirmiş olmalıdır.

Bazı durumlarda ise, adaletsizlik sözleşmenin butlanı için yeterli görülmekte ve sözleşme geçersiz sayılmaktadır. Taksim sözleşmesi genel kurallara uygun olmazsa sözleşme butlana tabi olur. Sözleşme şartı doğru olsa ancak taksim şartlarından biri yerine getirilmemişse sözleşme batıl olmaktadır.

¹⁴⁸Irak Medeni Kanunu.

¹⁴⁹ Mustafa Mehmet Cemal, **Mülkiyet Sistemi**, 1. Basım, İskenderiye, s.169.

Irak Medeni Kanunu'na göre, ortaklar anlaşmalı taksimde adaletsizlik olduğunu ileri sürebilir veya taksim şartları yerine getirilmemiş mahkemeden taksimin düşmesini talep edebilirler. Mesela, vasinin ölmeden önce mirasın taksim edilmesi ya da taksim edenin ehliyetinin olmaması durumunda bu mala ortak olanlar adaletsizlik davası açabilir ve taksimin durdurulmasını isteyebilir. Irak Medeni Kanunu'nun 1077. maddesine göre, anlaşmalı taksimde ortaklık malında büyük adaletsizlik varsa ve bu adaletsizlik ispatlanmış olursa taksimin düşmesini talep edebilir. Ancak taksimin sona ermesinden itibaren altı ay içinde dava açılmazsa dava açma hakkı kaybedilir.

Bu dava sonucunda taraflar taksimin durdurulmasını veya düşmesini, ortaklık malının taksimden önceki haline getirilmesini talep edebilirler. Ortaklar butlandan sonra ortaklık malını yeniden taksim edebilirler.¹⁵⁰

6.2. Yargısal Taksim

Ortaklar anlaşmalı taksimde tüm yolları denemiş, taksimin yapılabilmesi için hiçbir yol kalmamışsa ortaklık malının taksimi için yargıya başvurabilirler. Ortakların arasında ehliyeti bulunmayanlar varsa ya da ehliyeti noksansa, ilgili Engelli Bakım İdaresi Müdürlüğü'nün (IEBİM) anlaşmalı taksime onayı yoksa bu durumda ortaklar yargıya başvurmaktadırlar. Çünkü ortaklar arasındaki sorunların çözülebilmesi ve ortaklık malının paylaşılması açısından yargı yolu taraflar açısından en son yol olarak görülmektedir.¹⁵¹

Bu durumda ortaklardan birisi ya da birkaçı ortaklığın giderilmesi davası açarak ortaklık malı taşınmazın taksim edilmesini isteyebilirler. Ortaklık malı küçük hisselerle ayrılarak ortaklara aynı taksim yapılabilir ya da taksim gerçekleştirilemiyorsa ortaklık malı satılarak bedeli ortaklar arasında paylaşılır. Ancak mahkeme harçları, vergiler ve avukat masrafları kesildikten sonra kalan kısım ortakların hisselerine göre dağıtılır. Bu işlemler ortaklığın giderilmesi davasına bakan bidayet mahkemesi tarafından yerine getirilir.

¹⁵⁰ Hassen Kiri, **Medeni Kanunu Hükümlerinde Asıl Ayni Hak**, 1. Basım, İskenderiye, 1975, s.202.

¹⁵¹ Mehmet Vahiye Din Suvar, **Asıl Ayni Hak**, 1. Basım, Umman, C.2, 2010, s.390.

Ortaklık malının ortakları, ortaklığın giderilmesi davasını bidayet mahkeme huzurunda açabilirler. Dava ortaklardan biri ya da çoğunluğu tarafından açılabilir. Davaya bakan mahkemenin konuyla ilgili uzmanlığı olmalıdır. Ortaklık malı bilir kişi raporu doğrultusunda küçük hisselerle taksim edilebiliyorsa mahkeme ortaklık malının taksimine karar verir ve her ortağın hissesine göre ortaklık malını paylaşır. Küçük hisselerle ayrılarak taksim yapılamıyorsa ortaklık malı satılarak bedeli ortaklar arasında paylaşılır.

Mahkeme ortaklığın giderilmesi davasında bazı sorunlarla karşı karşıya gelebilir. Bu durumda izale-i şüyû kararı başka bir güne ertelenebilir. Ortaklardan biri mahkemeden ortaklığın sona erdirilmesini isteyebilir ama bu hak diğer ortaklara ekonomik yönden zarar vermemelidir. İzale-i şüyû davası devletin ekonomisinin krizde olduğu ve taşınmazların kıymetlerinin çok düşük seviyede olduğu bir dönemde açılması durumunda mahkeme bu davayı reddedebilir veya ortaklık malının kıymeti yükseleneye kadar ertelenmesine karar verebilir.

Mahkeme bazı izale-i şüyû davasında ortaklardan birinin hissesi devlet tarafından haciz edilmiş olursa bilir kişi raporu isteyerek ortaklık malını küçük hisselerle ayırır.¹⁵² Eğer bilir kişi raporuna göre ortaklık malı küçük hisselerle taksim edilebiliyorsa mahkeme ortaklık malının küçük hisseden en büyük hisseye kadar taksim ederek her ortağın hissesini verir. Mahkeme, devlet tarafından haciz konulan ortağın hissesi için haciz kararı çıkarttırır ve tapu sicilinden tescil ettirir. Eğer bilir kişi raporuna göre ortaklık malı taşınmaz küçük hisselerle taksim edilemez ise, mahkeme o taşınmazın izale-i şüyûna karar veremez, ortaklık malı aynı kalır ve satılamaz.¹⁵³

6.2.1. Ortaklığın Giderilmesi Davası

İnsanların sosyal, ekonomik hatta sağlık durumları günden güne değişebilir. Taşınmaz sahipleri durumlarının kötüye gitmesi durumunda, ihtiyaçlarını gidermek

¹⁵² Abdul Nasır Tefik Atar, **Mülkiyet Hakkı Hükümlerinin Şerhi**, 1. Basım, s.144.

¹⁵³ Faisal Şet nevi, **Anayasa ve Siyaset Sistemi**, 2. Basım, 2004-2005, s.48, Naman Ahmet Ketib, **Anayasa ve Siyaset Sistemi**, 1. Basım, 1999, s.33.

amacıyla ortak oldukları taşınmazların satılmasını isteyebilirler.¹⁵⁴ Bazı durumlarda ise, ortaklar ortaklık malını taksim ederek herkesin kendi hissesini bağımsız bir şekilde kullanmasının daha doğru olacağını düşünebilirler. Bu gibi durumlarda ortakların açacağı ortaklığın giderilmesi yani izale-i şüyû davası ilk mahkemenin en önemli davalarından biri olur. Ortaklığın giderilmesi davası taşınır ve taşınmaz mallar için açılabilir. Ortaklığın giderilmesi davası hak ispatına bağlı değildir. Dava açan ortağın, taşınmazın mülkiyetini ispatlama yükümlülüğü olmadığı gibi, taşınmazın fiyatını belirleyemez ve taşınmazın fiyatı ne kadarsa az ya da çok ortaklık malı taşınmazı taksimini isteyebilir. Örnek, mirasçı miras hissesi tapu sicilinde kendi ismine tescil edilmeden ortaklığın giderilmesi için dava açabilir. Vasinin ölüm raporunun mahkemeye sunulmuş olması davanın açılması için yeterlidir. Mirasçı taşınmazın mülkiyetini ispatlamak zorunda değildir.

Ortaklığın giderilmesi davasını ortaklık malında hissesine kadar olursa olsun tüm ortaklar açabilir. Dava iki aşamadan geçerek neticelenir. İlk aşama, ilk mahkeme huzurunda dava açılmasıyla başlayıp mahkeme karar verene kadar geçecek süreçtir ki buna yargı aşaması denir. İkinci aşama ise, dava taraflarından birinin mahkemeden izale-i şüyû kararının infaz edilmesini istemesiyle başlayıp, mahkemenin izale-i şüyû kararını infaz ederek, ortaklara hisselerin paylaşılmasıyla sona eren aşamadır.

Davalı ortaklığın giderilmesi davası açıldıktan sonra bu davanın iptalini isteyemez. Davanın iptal edilebilmesi için diğer tarafın yani davacıların bunu onaylaması gerekir. Bunun sebebi diğer ortakların da bu davada haklarının olmasıdır.

İlgili mahkeme davaya maddi yönden yani şekil açısından bakar. Eğer ki bir kanun maddesinde yer alan şekle ilişkin bir hükme aykırılık varsa, sürenin geçmiş olması gibi şekli sebepten dolayı davayı reddedebilir. Bazı hallerde ortaklığın giderilmesine mani olacak durumlar ortaya çıkabilir. Taşınmazın ortak duvar, ortak özel yol olması durumunda izale-i şüyûna karar verilemez.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Mehmet Kalad ve Yusuf Kalad, **Medeni ve Ticari Davalarda Temyiz Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Kararları Araştırması**, 1. Basım, 2000, s.504.

¹⁵⁵ Cuma Sadun Al Rebiği, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 1. Basım, Kahire, 2000, s.15.

6.2.1.1. Ortaklığın Giderilmesi Davasına Bakmaya Yetkili Mahkeme

Irak Medeni Usulü Kanunu'nun¹⁵⁶31. maddesinin 1. fıkrasına göre, davaya bakan yetkili mahkeme ilk mahkemedir. Bu kanunun 2. fıkrasına göre ise, taşınmaz ve taşınırın kıymeti ne olursa olsun izale-i şüyû davasına konu olabilir. İlk mahkemenin verdiği kararlar temyiz edilebilir. İlk mahkemenin yetkili bulunduğu yerin istinaf mahkemesi temyiz mahkemesi yerine geçer ve ilk mahkemeden çıkan izale-i şüyû davası kararları burada temyiz edilebilir.

İlk mahkeme kararının açıklanmasını izleyen günden itibaren on gün içerisinde yada izale-i şüyû kararının taraflara tebliğ edilmesini izleyen günden itibaren on gün içerisinde tarafların mahkeme kararlarını temyiz etme hakları bulunmaktadır.¹⁵⁷

Yargıtay, ilk mahkemenin izale-i şüyû davasında yer ve görev yönünden yetkili olup olmadığıyla ilgili davalara bakar. İzale-i şüyû davası yer yetkilisi olan ilk mahkeme huzurunda açılabilir, ancak taşınmazların bulunduğu herhangi bir mahkemede izale-i şüyû davası açılabilir.

Davalı ya da davacı davanın ilk celsesinde davanın içeriğine girilmeden önce mahkemenin yer yönünden yetkili olmadığına itiraz edebilir ve davanın iptalini mahkemeden isteyebilir. Eğer ilk celse tamamlanır ve davanın içeriğine girilmiş olursa bu hakkını kaybederler. Eğer mahkemenin görev yönünden yetkisi yoksa, mahkeme bu davayı kendiliğinden reddeder, dava açılmadan kapanmış olur.¹⁵⁸

6.2.1.2. Ortaklığın Giderilmesi Davası İşlemleri

Genel olarak dava bir kişi tarafından açılabilir ve mahkeme yoluyla hak talebinde bulunulur. Dava kişinin kendisi ya da vekili tarafından açılabilir. Devlet tüzel kişiliği mahkeme huzurunda ilgili müdürler, onların avukatları ya da hukuk diploması olan devlet memurları tarafından temsil edilir.

¹⁵⁶ **Irak Medeni Usul Kanunu**, 1969 yılında kabul edilen 83 sayılı kanun, 1766 sayılı Irak Resmi Mecellesinde yayımlanmıştır.

¹⁵⁷ **Irak Medeni Usul Kanunu**

¹⁵⁸ **Irak Yargıtay Kanunu** 17.12.1979 tarih ve 160 sayılı kanun, 2746 sayılı Irak Resmi Mecellesinde yayımlanmıştır.

İzale-i şüyû davası icraatları ortaklık malının ortaklarından birinin ilk mahkeme huzurunda dava açmasıyla başlar. Ortaklardan biri mahkemeden taşınmaz ortaklık malının izale-i şüyûnu ister. Mahkeme ortağın dilekçesini dosya içerisine koyarak davacının ismini, davalının ismini ve herbirinin adresini yazar. Dava taraflarına yapılacak tebligatlar duruşmadan üç gün önce davalı ve davacıya ulaşmalıdır. Dosyada taşınmaz senedi, taşınmazın numarası ve yeri yazılmalıdır. Ortakların taşınmaz üzerindeki hisseleri en küçükten en büyüğüne kadar taksimedilerek belirlenmeli. Eğer aynı taksim yapılamıyorsa ortaklık malının satış bedeli ve miktarı belirtilerek ortakların hissesine göre ne kadar miktar düştüğü belirtilmelidir.¹⁵⁹

Irak Medeni Usul Kanunu'nun 48. maddesine göre, dava dilekçesi hakim tarafından imzalanır ve davanın görüleceği gün belirlenir. Hakimin kalemiya da yardımcısı tarafından mahkeme siciline tescil edilir. Tescil tarihi ve davanın ilk celse tarihi davalı ve davacıya tebliğ edilir. Davalı ve davacı tebliği imzalamak zorundadır. Eğer alacaklı, davanın açıldığı mahkemeden uzak bir yerde ise bulunduğu yerin mahkemesi görevlendirilir. Davanın tebliğ edilebilmesi için ortakların ehliyetinin olması gerekir. Eğer ortaklardan ehliyeti olmayan bulunuyorsa bunun davada belirtilmesi gerekir. Mahkeme ehliyeti olmayan ortağın yerine velisinin mahkemeye gelmesini isteyebilir. Ancak ehliyeti olmayan ortağın temsil edebilmesi için Irak Engelli Bakım İdaresi Müdürlüğü'nün onayı gereklidir. IEBİM'nün yetkili avukatları duruşmaya gönderilir.¹⁶⁰

6.2.1.2.1. Davaya Bakan Mahkemenin Usule İlişkin İşlemleri

Duruşma gününden önce mahkeme tarafından bazı işlemlerin yerine getirilmiş olması gerekir. Mahkeme taşınmazın üzerindeki bazı tasarrufları (haciz edilmesi) ve izale-i şüyû'nun tapu sicilinde tescil edilmesi gibi işlemleri duruşmadan önce yerine getirmelidir.

¹⁵⁹ **Irak Avukat Kanunu** 15.07.1997 tarih ve 10 sayılı kanun, 3700 sayılı Irak Resmî Mecellesinde yayımlanmıştır.

¹⁶⁰ **Irak Medeni Usul Kanunu**'nun 44-48. maddeleri

Mahkeme tebligatların doğru olarak yapıldığını teyit etmeli çünkü tebligat yanlış yapılmış olursa dava hangi aşamada olursa olsun iptal edilir.

Mahkemede dava görülürken bazı icraatların yapılması gerekmektedir. Taşınmazın üzerinde tasarruf edilmesi, davanın taraflarının mahkeme huzuruna getirilmesi, vergilerin ödenip ödenmediğinin belirlenmesi, taşınmazın tespit edilmesi, bilir kişiyle birlikte taşınmazın en küçük hisseye taksim edilip edilmediğinin belirlenmesi, üçüncü kişilerin davaya dahil edilmesi gibi dava sürecinde çeşitli işlemler yerine getirilmektedir.

Mahkeme bu işlemleri yerine getirirken çeşitli kanun hükümlerine bağlıdır. Irak Medeni Kanunu, Medeni Usul Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, Kira Kanunu ve Engelli Bakım İdaresi Müdürlüğü Kanunu (IEBİMK) hükümlerine bağlı olarak hareket eder. Taşınmaz üzerinde çeşitli tasarruf işlemlerinin yapılması, yargı kararlarının tebliği, duruşmanın seyri, veli, vasi ve kayyımın reşit olmayanın (minör) malını tasarrufu ve ortaklık malının taksimi gibi işlemler bu kanunlara göre yapılmaktadır.

Ortaklığın giderilmesi davalarında karar verildikten sonra kararlar ilgililere tebliğ edilerek bildirilir. En son aşamada mahkeme izale-i şüyu kararını verir. Eğer ortaklık malı taşınmazın taksimi yapılabiliyorsa mahkeme ortaklık malının taksimine karar verir ve her ortağın hissesine göre ortaklık malını paylaşır. Şayet ortaklık malı taşınmazın taksimi mümkün değilse mahkeme taşınmazın satılmasına karar verir ve satış bedelini her ortağın hissesine göre dağıtır. Davalı veya davacı mahkemenin kararına karşı çıkarsa bu kararın kendilerine tebliğ edilmesini izleyen günden itibaren on gün içerisinde istinaf mahkemesine başvurarak kararın temyiz edilmesini isteyebilirler.¹⁶¹

6.2.1.2.2. Ayni Taksimın İcra Edilmesi

Davanın taraflarından biri mahkemeye dilekçe sunarak tapu sicil müdürlüğünün taşınmazın taksimi kararını infaz etmesini mahkemeden talep eder. Mahkeme tapu siciline resmi yazı göndererek hükmün uygulanmasını, ortakların hissesine düşen taşınmazın ifraz edilen kısmın her ortağın ismine tescil edilmesini

¹⁶¹ Irak Medeni Usul Kanunu.

ister. Tapu sicilinde taşınmaz üzerinde olan hacizin kaldırılmasını ister. Mahkeme yazısı tapu siciline geldiğinde tescil edilir. Tüm işlemler bittikten sonra Tapu Sicili Müdürlüğü ortağın her birine mülkiyet senedini verir. Böylece aynı taksimin izale-i şüyû sona erer.¹⁶²

Kanuni taksim, ortaklık malının ortaklarından birinin ortaklığı sona erdirmek amacıyla mahkemeye başvurusuyla, ortakların birbirlerine karşı izale-i şüyû davası açarak mahkemeden ortaklık malı taşınmazın aynı taksimini istemesiyle gerçekleştirilebilir. Eğer ortaklık malı en küçük hisseye taksim edilemez ise, aleni müzayedede satılır.

Ortaklar bilir kişi raporuna karşı çıkarlarsa mahkeme kararı üç ay ertelenebilir. Bu durum ortakların sorunlarını çözmelerine veya karşı çıktıkları raporu onaylamalarına kadar devam edebilir. Taşınmazın en küçük hisseye taksim edilemediği durumlarda mahkeme taşınmazın aleni müzayedede satılmasına karar verecektir. İzale-i şüyû davasında taşınmaz arazi 750 metre ise üç ortağın arasında eşit olarak dağıtılır. Ancak bu ortakların birinin ölmesi üzerine vâri sayısı yedi kişiye çıkmış olursa bu durumda arazinin en küçük hisseye taksim edilmesi sözkonusu olamayacağından mahkeme aleni müzayedede ortaklık malı taşınmazın satılmasına karar verir.¹⁶³ Eğer mahkeme ortak ölmeden önce karar vermiş ve bu karar temyiz edilerek nihai karar haline gelmişse ortaklardan birinin ölmesi kararı etkilemez, bu karar tüm ortaklar hakkındageçerli olur.

6.2.1.2.3. Ortaklık Malının Satış İşlemleri

Taşınmazın en küçük hisseye taksim edilememesi durumunda, ortaklık malı taşınmaz aleni müzayedede satılarak meblağı ortaklar arasında hisselerine göre paylaşılır.¹⁶⁴

¹⁶² Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.85-88.

¹⁶³ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.181-184.

¹⁶⁴ Talat Mehmet Didar, **Yargıtayın İcra ve İflas Yolları**, 1. Basım, İskenderiye, 1994, s.447.

6.2.1.2.3.1. Taşınmaza Elkonulması

Mahkeme, ortakların taşınmaz üzerindeki tüm tasarruf haklarını durdurarak, ortakların talebi doğrultusunda müzayedenin ortakların arasında sınırlandırılmasına karar verebilir. Mahkeme ilk önce izale-i şüyû davasına bakarak bu dava ile ilgili bir karar verir. İkinci aşamada bidayet mahkeme infaz müdürlüğünün yerine geçerek izale-i şüyû kararını yerine getirir. Irak kanun koyucusu ortaklara aleni müzayedeye kendilerinden başkasını almama hakkı tanımıştır. Ortaklar yabancı birinin müzayedeye girmesini engelleyerek aleni müzayedeyi kendi aralarında sınırlandırmış olurlar. Böylece ortaklar yabancı birinin ortak olmasını engelleyerek taşınmaz mülkiyetinin kendi aralarında kalmasını sağlarlar.

Taşınmaz üzerindeki tasarruf haklarının mahkeme tarafından sınırlandırılarak haciz edilmesi çok önemlidir. Böylece taşınmaz mahkemenin elinde teminat altında ve güvende olur. Ortaklardan hiç kimse ortaklık malında tasarruf edemez, kullanamaz ve tüm kanuni tasarruf haklarından mahrum bırakılırlar. Davanın tarafları mahkemeden davanın iptalini ve mahkemenin yaptığı elkoyma icraatlarını durdurmayı isteyemezler. Sadece iki tarafın onayı olursa mahkeme tüm icraatlarını durdurabilir.

Mahkeme elkoyduğu taşınmazın tüm bilgilerini ve taşınmazın durumunu dava dosyasının içerisinde rapor eder. Hatta taşınmazın boş olup olmadığı, taşınmazda kiracı olup olmadığına da ortaklardan birinin taşınmazı kullanıp kullanmadığı gibi taşınmazın bir çok bilgisi raporda yer alır. Tüm bu unsurların belirlenmesi taşınmazın aleni müzayedeye hazırlanmasında, taşınmazı kullanan kişilerin haklarının korunmasında etkili olur. Kiracıların hakları korunur, devlet müdürlüğü yetkilileri ve mahkeme ortaklık malı taşınmazdan kiracıları çıkaramaz, kiracı isterse taşınmazdan çıkabilir.¹⁶⁵

6.2.1.2.3.2. Taşınmaz Satışının İlan Edilmesi

Mahkeme, ortakların taşınmaz üzerindeki tüm tasarruf haklarını durdurduktan sonra, taşınmaza elkoyarak taşınmazın satılması için satışın ilanına karar verir. Satışın

¹⁶⁵ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.193-205.

ilan edilmesiyle birlikte aleni müzayedede satılacak olan taşınmazın tüm vasıfları, taşınmazın nerede, ne zaman satılacağı ve taşınmazla ilgili başka bilgilerilgililere duyurulmuş olur. Böylece isteyen herkes taşınmazla ilgili bilgilere sahipolmuş olur.

6.2.1.2.3.2.1. Satış İlanınınHazırlanması

Bilir kişinin raporunu mahkemeye sunmasından sonra mahkeme taşınmaza elkoyarak satışına karar verir. Mahkeme taşınmazın en önemli unsurlarını belirterek satılmasını günlük bir gazetede ilan eder. İlandan 30 gün sonra aleni müzayede yapılır.

İlanda taşınmazın tüm vasıfları belirtilir. Taşınmazın yeri, kaç metre kare olduğu, binada ne tür inşaat malzemesinin kullanıldığı, kaçınca katta olduğu yani en küçük bilgiye kadar taşınmazın tüm unsurları ilanda yazılıdır. Ayrıca binada kiracı olup olmadığı, eğer kiracı varsa kirası ve kiracı olarak devam edip etmeyeceği belirtilir.

Mahkeme müzayedeyi her zaman saat 12:00'de yapar. Böylece müzayedeye katılmak isteye tüm kişiler müzayedeye gelebilir.

Ortak olmayan kişilerin müzayedeye katılabilmesi için taşınmazın kıymetinin %10'unu mahkemeye teminat olarak koyması gerekir. Bu teminat nakit olabileceği gibi çekolarak da mahkeme kasasına konulur. Müzayede katılmak isteyen ortağın teminat koymasına gerek yoktur.

İlanı izleyen 30. gün tatile denk gelmiş ise, müzayede için yeni bir gün belirlenir. İlanda mahkemenin verdiği ortaklığın sona erdirilmesi kararı, davanın numarası, tarihi, hangi bölge mahkemesince çıkarıldığı belirtilir.

İlandan taşınmazın üzerinden olan tüm haklar, ortakların tüm hissesi belirtilmeli. Davanın taraflarında kimse kararın infaz mahkemeden istemesi ilanın icraatları o üstlenir ilanın tüm masraflarını da öder. Müzayede bitikten sonra masraflar birlikte paylaşılır. Gazete ilanı dava dosyasına konulur.¹⁶⁶

6.2.1.2.3.2.2. Satış İlanında Hata Yapılmış Olması

Taşınmaz satışının ilanında dikkat edilmesi gereken önemli hususlar vardır. Satış ilanı gerçekleri yansıtmalı, kişileri yanıltmamalı ve tarafların hak kaybına sebep

¹⁶⁶ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.212-213.

olmamalıdır. Bu nedenle mahkeme satış ilanına bakarak kontrol etmelidir. Mahkeme ilanda ne yazılı olduğunabakarak, yazılması gereken unsurların olup olmadığı, bilgilerin eksik veya yanlış olup olmadığını öğrenmelidir. İlandaki hatalar basım hatasından kaynaklanıyorsa mahkeme bunların düzeltilmesini sağlar.¹⁶⁷

Mahkeme bu hatayı en kısa sürede çözmek zorundadır. Çünkü bu hata aleni müzayedede taşınmazın satılmasını olumsuz yönde etkileyerek ilgili kişilerin menfaatlerinin zarar görmesine neden olabilecektir.

Mahkeme hatayı anladığında yeni bir ilan daha çıkararak ilk ilanın hatasını düzeltir. Bu ikinci ilan yine aynı gazetede çıkarılır. Düzeltme ilanını izleyen gün 30 günlük aleni müzayedede süresinin kalan süresi başlamış olur. Bu önemli hata 30 gün geçtikten sonra mahkeme tarafından tespit edilmiş olursa mahkeme aleni müzayedeyi yapamaz. Mahkeme aynı gazetede düzeltme ilanı çıkararak yanlışlığı düzeltme yoluna gider. İlanı izleyen gün, 30 günlük aleni müzayedede süresinden kalan süre başlamış olur. Mahkeme bu hatayı 30 gün sonunda ve müzayedede işlemleri bitikten sonra anlarsa bu durumda müzayedede batıl olur. Çünkü temel bir hususta hatanın yapılmış olması müzayedeyi geçersiz kılar. Mahkeme yeniden müzayedeyi ilan edererek aynı işlemlere yeniden başlar.

Ortaklardan biri mahkeme hakimine bir dilekçe vererek ilanın hatalı olması nedeniyle mahkemenin kararına itiraz eder ve mahkemeden müzayedenin durdurulmasını isteyebilir. Mahkeme bu itirazı reddederse bu durumda itiraz eden ortak mahkemenin bu kararının kendisini mağdur ettiğini belirterek (tazallüm) şikayette bulunur. Mahkeme üç gün içerisinde tazallüme bir cevap verir. Şayet mahkemenin cevabı ortağın lehine değilse tebligatı izleyen yedi gün içerisinde mahkemenin bu kararını temyiz edilebilir. Dava temyizden döndükten sonra mahkeme yeniden taşınmazın satılmasının ilan eder. 30 günlük aleni müzayedede süresi kaldığı yerden işlemeye başlar. Eğer ortaklar yeniden müzayedeye itiraz ederse yeniden işlemler başlar böylece müzayedede bir kaç defa ertelenmiş olur. Hakim bu itirazlara

¹⁶⁷ Cabir Mahcup Ali, **Sınırsız Aynı Hakta Mülkiyetin Kazanılması**, Kahire, s.602.

karşı hiç bir şeyi yapamaz. Irak kanunda bu çok büyük bir boşluktur, irak kanun koyucusu soruna hele edilmemiş.¹⁶⁸

6.2.1.2.3.3. Taşınmazın Aleni Müzayede Yoluyla Satılması

Irak kanun koyucusunun mahkeme yoluyla taşınmazın aleni müzayedede satılmasını zorunlu kılmasının bir kaç amacı vardır. Bunlardan ilki taşınmazın en yüksek fiyattan satılmasıdır. Taşınmazın almak isteyenler müzayedeye katılır, bir birine rekabet ederek en yüksek parayı öderler. Böylece taşınmaz haksız fiyata ya da ucuz fiyat satılmamış ortaklar zarar görmemiş olur. Kanun koyucu müzayedenin ortaklar arasında sınırlandırılmasına izin vermektedir. Ortakların aleni müzayedenin kendi aralarından yapılmasını istemelerinin nedeni taşınmazı aile içerisinde bırakmak istemeleri ve yabancı birinin aileye katılmasını istememeleridir. Başkasının müzayedeye katılması engellenerek taşınmazın yabancıya gitmemesi sağlanmış olur. Ancak ortaklar yabancı birinin müzayedeye katılmasını isterlerse yabancı kişiler müzayedeye katılabilecektir.

6.2.1.2.3.3.1. Aleni Müzayedenin Yapılma Süreci

Aleni müzayede süreci ilanla birlikte başlar ve ilanı izleyen 30 gün sonra müzayede gerçekleştirilir. Müzayedeye katılmak isteyen herkes taşınmazın %10'unu mahkemeye teminat olarak teslim eder. Aleni müzayede 30 günün sonundan saat 12:00'de başlar ve mahkeme katılmak isteyen kişileri mahkeme salonuna davet eder.

Mahkeme taşınmazın kıymetinin %70'ibir fiyatla müzayedeyi açar. Müzayede %80'dendaha fazlaya ulaşmış ve açık artırmada bulunan kişiler arttırmayı durdurmuşsa mahkeme müzayedeyi üç gün sonrasına erteler. Üç günün sonunda hiç kimse en son fiyatı verendendaha fazlasını vermemişse taşınmaz en son fiyatı verende kalır.

Eğer müzayede sonunda taşınmazın kıymetinin %80'ine ulaşılammışsa mahkeme müzayedeyi on beş gün sonraya erteleyerek gazetede ilan eder. Müzayedenin ilanını izleyen günden itibaren on beş gün sonra müzayede tekrar açılır. Eğer bu müzayedede taşınmazın kıymetinin %80'ine yine ulaşılamazsa bu durumda ortaklar

¹⁶⁸ İsmet Abdul Macit Bekir, **Kira Taşınmazın Boşaltması Hükümleri ve Ortaklığın Giderilmesi Davasında Ortaklık Malında Ortakların Hisselerin Belirttirilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 1988, s.225.

taşınmazın satılmasını erteler.Bu erteleme süresi altı ayı geçmemelidir.Bu erteleme tarihi mahkemeceyeniden ilan edilir.

Eğer ertelenme altı ay geçerse mahkemenin yaptığı tüm işlemler geçersiz kalır.Davanın taraflarından biri daha sonra müzayedeisterse mahkeme işlemlere yeniden başlar.Süreç yeniden tekrarlanır, mahkeme taşınmaza elkoyar,taşınmaz hacedilir, taşınmazın satışı ilan edilir. Eğer müzayede sonunda taşınmazın fiyatı %70’dendaha fazlaysa en son fiyatı veren kişitaşınmazı satın alır.Ancak o kişiye on beş gün süre verilerek taşınmazın bedeli ve masraflarının yanı sıra mahkeme masrafları, vergi borçları ve avukat masraflarınınödenmesi istenir. Daha sonra mahkeme tapu siciline bir yazı göndererek taşınmazın o kişinin adına tescil edilmesini sağlar. Taşınmazın satış bedelinden arta kalan gelir ortakların hisselerine göre dağıtılır. Ama paylar dağıtılmadan önce vergi borcu ödenmelidir. Eğer o taşınmaz ticari bir mal ise vergi ödenmesi gerekir ama taşınmaz mesken olarak kullanılıyorsa vergi ödenmez. Her iki durumda da ortaklar vergi dairesine uğramak zorundadır.¹⁶⁹

6.2.1.2.3.3.2. Satın Almaktan Vazgeçilmesi

En son müzayededetaşınmazın satılmış olmasıyla infaz süreci bitmiş sayılmaz. Bazen taşınmazı alan alıcı taşınmazın bedelini ödemekten vazgeçebilir.Bu durumda mahkeme en yüksek fiyatı veren ikinci kişiye taşınmazı satın almasını teklif eder. İkinci kişi bu teklifi kabul ederse taşınmazın bedelini, mahkeme masraflarınıve diğer masrafları ödeyerek taşınmaza sahip olabilir. Ancak bu kişinin ödeyeceği bedel, ödemekten vazgeçilen fiyat ile en son verdiği fiyat arasında kalan bedel olacaktır. Mahkeme, Tapu Sicili Müdürlüğü’nden taşınmazın o kişin ismine tescil edilmesini ister.

Eğer en son fiyatı veren ikinci kişi de taşınmazı almaktan vazgeçerse bu durumda mahkeme yeniden gazetede satış ilanı yapar. İlanı izleyen on beş günün sonunda müzayede yeniden başlatılır. Eğer müzayedenin sonunda iki fiyat arasındaki bedel en yüksek fiyatı veren kişinin daha altındaysa o kişi bedeli ödeyerek taşınmazın sahibi olur. Eğer taşınmazı almaktan vazgeçerse ve o kişi ortaklardan biriye bedel farkı onun hissesinden kesilir.Hissesi yeterli olmazsa başka malından alınır. Satılan

¹⁶⁹ Tüfek Hösen Ferç, **Sınırsız Aynı Hak**, Darıl Camiye, s.100.

taşınmazın fiyatı ile ödemekten vazgeçilen bedeldendahayüksekse bu durumda o fazlalık ortaklara kalır. Eğer satın alan kişi ortaklardan biriysebu fiyat farkından faydalanamaz.¹⁷⁰

6.2.1.2.3.3.3. Aleni Müzayedenin Yeniden Yapılması

Aleni müzayede sonrasında bazı şartların gerçekleşmiş olması aleni müzayedenin yeniden yapılmasına neden olur. Yeniden bir müzayedenin yapılmasını gerektiren durumlar kısaca şunlardır:

a)Müzayedenin sonundan taşınmazın fiyatı %80 olursa mahkeme taşınmazın satılmasını üç gün sonrasına erteleyerek gazetede ilan eder.

b)Müzayedenin sonunda taşınmazın fiyatı %80'e ulaşamamışsa on beş gün sonrasına müzayede ertelenir ve gazetede ilan edilir.

c)Müzayedenin sonunda taşınmazın fiyatı %70'e ulaşamamışsa taşınmazayeniden bir kıymet takdir edilir, on beş gün sonrasına müzayede ertelenir ve gazetede ilan edilir.

d)En yüksek fiyatı veren kişi taşınmazı almaktan vazgeçerse mahkeme ilandan on beş gün sonrayeniden müzayede yapar ve taşınmazın ilk iki yüksek fiyat arasındaki bedelle satılacağı gazetede ilan edilir.

e)Taşınmaz mal müzayedede satılamamışsaortaklar taşınmazın satılmasını erteleyebilirler. Bu erteleme süresi altı ayı geçmemişse ilandan on beş gün sonra müzayede yapılır,taşınmazın satılması gazetede ilan edilir. Bu erteleme süresi altı ayı geçerse ortaklardan bir mahkemeye dilekçe vererekmüzayedenin yeniden açılmasını isteyebilir. Bunun üzerine mahkeme müzayedenin tüm işlemlerini yeniden başlatır.¹⁷¹

6.2.1.2.3.4. Aleni Müzayededen Sonraki İşlemler

Bidayet mahkemenin hakimi aleni müzayededen sonra taşınmazın en yüksek fiyatı veren alıcı adına tescil edilmesi için gerekli evrakları hazırlayarak imzalar.

Mahkeme alıcıdan taşınmazın bedelini ve tüm masraflarını tebligattanitibaren on gün içerisinde ödemesini ister. Mahkemenin yazısı tapu siciline ulaştıktan sonra

¹⁷⁰ Kutsiyi Süleyman, **Sınırsız Ayni Hakta Mülkiyetin Kazanılmasının Sebebiyle ve Mülkiyetten Ayrı Sınırsız Ayni Hakkın Karşılaştırması**, 1. Basım, C.1, Cihan Üniversitesi, Erbil, 2011, s.120.

¹⁷¹ Fayız Seyit Al Kısması, **Sözleşmeler**, 1. Basım, 2009, s.88.

Tapu Sicili Müdürlüğü taşınmazın alıcının adına tescil edilmesi işlemlerini başlatır. Tapu Sicili Müdürlüğü işlemlerini tamamladıktan sonra mahkeme taşınmazın bedelini ortaklara dağıtmadan önce mahkeme masraflarını, vergilerini, avukatlık masraflarını aldıktan sonra kalan meblağı ortaklara dağıtır.¹⁷²

Aleni müzayededen sonraki işlemler dört aşamadan oluşmaktadır. Bu sürecin sonunda ortakların hisselerine düşen payları almasıyla ortaklık sona ermektedir.

6.2.1.2.3.4.1. Taşınmazın Alıcı Adına Tescil Edilmesi

Müzayede sonunda taşınmaz en yüksek fiyatı veren kişiye kalır. Mahkeme tapu siciline yazı göndererek taşınmazın alıcının ismine tescil edilmesini ister. Alıcı on gün içerisinde taşınmazın bedelini ve mahkeme masraflarını ödemek zorundadır. Tapu Sicili Müdürlüğü taşınmazı alıcının adına tescil eder ve tüm işlemler tamamlandıktan sonra taşınmaz mülkiyeti yeni sahibine geçer. Daha sonra mahkeme alıcıdan aldığı taşınmazın bedelini ortaklar arasından dağıtarak ortaklığı sona erdirir.

6.2.1.2.3.4.1.1. Müzayede Taşınmazın Temlik Zamanı

Aleni müzayedede taşınmazın satılmasının ardından, mahkeme taşınmazın alıcıya temlik edilmesi için tescil işleminin yapılmasını resmi bir yazıyla Tapu Sicili Müdürlüğü'ne bildirir. Aleni müzayedede satılan taşınmazın mülkiyeti, müzayede sona erdikten sonra tüm şartları yerine getirmiş olması kaydıyla alıcının adına geçer. Irak Medeni Kanunu'nun ve Irak Temyiz Mahkemesi'nin kararlarının aksine işlemler yapılmış olursa tüm bu işlemler batıl sayılacağından taşınmazın mülkiyeti kazanılmış olmaz.¹⁷³

6.2.1.2.3.4.1.2. Taşınmazın Alıcının Adına Tescil Edilmesi

Taşınmazın alıcısından, aleni müzayeden sonraki gün içerisinde, mahkeme aleni müzayedeyi üç gün ertelemişse bu süreden sonraki gün içerisinde, müzayedenin tüm icraatları bittikten sonra veya müzayedenin sona ermesinden sonra taşınmazın en yüksek fiyatı veren kişinin adına taşınmazın tescil edilmesine karar verildikten sonra, alacaklıya tebligat gönderilmişse tebligatın yapıldığı günden sonra

¹⁷² Mensur Mustafa Mensur, **Mısır Kanununda Mülkiyet Hakkı**, Kahire, 1965, s.40.

¹⁷³ Velit Nayman Al Kösüz, **Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, 1993, s.150.

on gün içerisinde taşınmazın kıymetini, vergilerini, avukatlık masraflarını ve diğer masraflarını ödemesi istenir. Alacaklı taşınmazın satış bedelini ve diğer masrafları ödedikten sonra mahkeme tapu siciline yazı gönderir ve taşınmazın alacaklı adına tescil edilmesini ister. Mahkeme bu yazıyı aldıktan sonra taşınmazın üzerindeki hacizi kaldırır ve taşınmazın mülkiyetinin alacaklının adına geçmesi için gerekli işlemleri yapar. Taşınmazın üzerindeki hacizi Tapu Sicili Müdürlüğü kendiliğinden kaldıramaz. Bunun yapılabilmesi için mahkemenin yazısı gerekir. Mahkemenin yazısına istinaden taşınmazın üzerindeki haciz kaldırılır.

Mirasçılar intikal işlemlerinden önce izale-i şüyû davası açabilir. İzale-i şüyû davasından sonra intikal işlemleri tapu sicilinde yapılabilir.¹⁷⁴ Tapu sicilinde intikal ve satış işlemleri birlikte yürütülür. Tapu sicilinde iki form ve iki dosya açılır. Birinci dosya intikal işlemleri için ikinci dosya mülkiyetin nakli için açılır. Tapu Sicili Kanunu'na göre taşınmazın tescil edilebilmesi için iki formun da doldurması gereklidir. Formun içeriğinde taşınmazın yeri ve cinsi, türü, kaç metre kare olduğu, maliklerin isimleri, taşınmazın numarası, sokağı ve bölgesi yer alır.

Form üç sayfadan oluşmaktadır. İlk sayfada senet bilgileri, ikinci sayfada vasinin ve mirasçılarının isimleri yer alır. Üçüncü sayfa iki bölüme ayrılmıştır. Sayfanın sağ tarafında vasinin ismi ve hissesinin ne kadar olduğu yazılıdır. Sahifenin sol tarafında mirasçılarının isimleri ve hisselerinin ne kadar olduğu yazılıdır. Bu form bir dosyanın içerisine konulur ve tapu sicilinin özel siciline kayıt edilerek saklanır.¹⁷⁵

6.2.1.2.3.4.2. Taşınmazın Alıcıya Teslim Edilmesi

Müzayede işlemlerinden sonra taşınmaz yeni sahibi adına tescil edilmelidir. Müzayede işlemlerinden sonra Tapu Sicil Müdürlüğü'nde tescil işlemleri yapılarak taşınmaz yeni alıcı adına kaydedilir. Böylece tescil işlemi ile taşınmazın yeni sahibi belirlenmiş olur. Taşınmaz alıcının adına tescil edildikten sonra alıcı bu durumu 30 gün içinde noter aracılığıyla taşınmazda oturan kiracıya bildirmelidir. Eğer taşınmazın

¹⁷⁴ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.193-205.

¹⁷⁵ Mülhemde Şakir Sürür, **Mülkiyet Hakkı**, 1. Basım, 1988, s.200.

yeni sahibi kiracıyı önceden bilgilendirip uyarmadıysa kiracıya karşı mahkemede dava açamaz.

Görüldüğü gibi taşınmazın satış icraatlarından birisi de taşınmazın alıcıya teslim edilmesidir. Taşınmaz boşsa mahkeme hiç bir sorunla karşılaşmadan taşınmazı alıcı adına tescil ettirebilir. Ama taşınmaz boş değil ve içinde bir kiracı oturuyorsa mahkeme sorunla karşılaşabilmektedir. Böyle durumlarda Mahkeme genellikle iki farklı sorunla karşı karşıya gelmektedirler. Bunlardan birincisi mal ortaklığının herhangi bir tarafı olmayan yabancı bir kiracının taşınmazın kiracısı olması durumudur. Diğer ikinci bir durum ise, ortaklardan birinin taşınmazın kiracısı olması durumudur.¹⁷⁶

6.2.1.2.3.4.2.1. Taşınmazın Ortak Tarafından Kiralanmış Olması

Ortak taşınmazda oturmakta olan kiracı aynı zamanda taşınmazın ortaklarından biri de olabilir. Taşınmazda oturmakta olan bu kiracı ortak, ortak taşınmazın izale-i şüyû talep eder ve izale-i şüyû sonunda mahkeme taşınmazın üzerine elkoyma icraatlarını yaparken mahkemeye taşınmazda kiracı olacak oturma istediğini mahkemeye bildirirse, mahkeme bu ortağın taşınmazda oturmasına izin vermeyeceği gibi o ortakta taşınmazı boşaltmasını ister. Çünkü ortağın iki imtiyazı birarada olamaz.

Taşınmazda oturmakta olan ortak, taşınmazın izale-i şüyû davasını açmamış ve taşınmazın izale-i şüyûnu istememişse, mahkeme elkoyma icraatı yaparken taşınmazda kiracı olarak oturmayı istediğini mahkemeye bildirirse alacaklı ondan taşınmazı boşaltmasını isteyemez.¹⁷⁷

6.2.1.2.3.4.2.2. Taşınmazın Yabancı Tarafından Kiralanmış Olması

Irak Kira Kanunu'nun 15. maddesine göre, mahkeme ya da satım işlemlerini yapan kurum ortaklığın giderilmesi işlemlerinden sonra taşınmazın üzerinde elkoyma işlemlerini başlatır. Bu işlemlerin başlatılmasını izleyen 15 gün içerisinde kiracıya

¹⁷⁶ Ali Heady Obeyed, **Medeni Kanunda Sınırsız Aynı Hakkın Şerhi**, 1. Basım, Umman, 2009, s.96.

¹⁷⁷ Hassen Kiri, **Medeni Kanunun Hükümlerinde Asıl Aynı Hakkı**, 1. Basım, İskenderiye, 1975, s.306.

taşınmazın satılacağına tebliğ edilmesi gerekir. Böylece kiracı ve taşınmazın eski sahibi arasında kira sözleşmesi varsa kiracıya taşınmazda oturmak isteyip istemediği sorulmuş olur. Kiracı taşınmazda oturmayı düşünüyorsa bu istediğini mahkemeye bildirmesi gerekir.

Taşınmazın yeni sahibi kiracıdan taşınmazı boşaltmasını ve taşınmazın boş olarak satılmasını isteyemez; kiracıya karşı böyle bir dava açamaz. Çünkü mahkeme elkoyma icraatlarını yaparken kiracı kirada oturmayı istediğini mahkemeye bildirmiştir. Sözleşme süresince kiracı kirada oturmaya devam edebilir. Mahkeme taşınmaza elkoyma işlemlerini yaparken, kiracı taşınmazda oturmayacağını mahkemeye bildirirse ortaklığın sona erdirilmesi ve satış işlemlerinden sonra taşınmazın yeni sahibi kiracıdan taşınmazı boşaltmasını isterse kiracı taşınmazın yeni sahibine karşı çıkamaz ve taşınmazı boşaltmak zorunda kalır. Şayet kiracı taşınmazı boşaltmak istemiyorsa mahkeme taşınmazı zorla boşalttırıp yeni sahibine teslim eder.¹⁷⁸

6.2.1.2.3.4.3. Taşınmazın Satılması

Tapu Sicil Müdürlüğü'nde tescil işlemi gerçekleştirilerek taşınmaz alıcının üzerine kaydedilir. Taşınmazın alıcının üzerine geçtiği resmi bir yazıyla mahkemeye bildirir. Mahkeme bu yazıyı aldıktan sonra taşınmazın satış bedelini herbir ortağın hissesine göre ortaklara dağıtır. Ancak bu taksim yapılmadan önce mahkeme masrafları, vergiler ve avukat masrafları ödenir, daha sonra mahkeme meblağı ortaklara dağıtır.¹⁷⁹

6.2.1.2.3.4.3.1. Taşınmazın Ortaklara Satılması

Mahkeme izale-i şüyû taşınmazın satılmasına karar verirse ortaklarda taşınmazı satın almak için aleni müzayedeye katılabilir. Ortaklardan biri taşınmazı satın alırsa mahkeme taşınmazın kıymetinin ve masrafların ödenmesi için o ortağa on beş gün süre verir. Busüre içerisinde ortak ödemeyi yaparsa mahkeme taşınmazın ortak adına kaydedilmesine karar verir. Eğer taşınmaz ticari bir taşınmazsa, ortağın üzerinde

¹⁷⁸Salah Din Nahif, **Kendine Ait Mülkiyet Hakkı Taşınmaz Mülkiyetin Kazanılması**, Bağdat Üniversitesi, 1961, s.430.

¹⁷⁹Marwan Kari Kirby ve Sami Bede Mansur, **Taşınmazda Sınırsız Ayni Hak**, 2009, s. 388.

başka taşınmazlar varsa ortak vergi dairesine başvurmak ve bunların vergilerini ödemek zorundadır. Vergisi ödenmediği takdirde taşınmaz onun adına tescil edilmez. Şayet taşınmaz ticari değilse meskenler vergiden muaf olduğu için ortak vergi ödemez.¹⁸⁰

6.2.1.2.3.4.3.2. Taşınmazın Yabancıya Satılması

Ortak olmayan tüm kişiler mahkemenin ilan ettiği ortaklık malı taşınmazın aleni müzayedesine katılabilir. Müzayedeye katılmak isteyen kişiler ilanı gördükten sonra mahkemeye gidebilir ve taşınmazın şartlarını ve niteliklerini mahkemeden öğrenebilirler. Taşınmazı almak isteyen kişinin müzayedeye katılmasına mani olacak bir şey olmamalıdır. Mesela, mahkeme çevresinden biri, mahkeme görevlileri müzayedeyi yürüten mahkeme görevlileri müzayedeye katılamaz. On beş yaşını tamamlayan daha küçük olan çocuklar mahkemenin izni olmadan müzayedeye katılamaz. Müzayedeye katılmak isteyen kişi taşınmazın kıymetinin %10'unu teminat olarak mahkemeye sunar. Daha sonraki süreçte Tapu Sicil Müdürlüğü taşınmazı yabancı alacaklının adına tescil işlemlerini başlatır. Taşınmaz alacaklının adına tescil edildikten ve mülkiyetin nakil işlemleri tamamlandıktan sonra Tapu Sicil Müdürlüğü işlemlerin bittiğini mahkemeye bildirir. Mahkeme, vergileri, mahkeme masraflarını, avukatlık masraflarını ve diğer masrafları tahsil ettikten sonra taşınmazın satışından kalan geliri tüm ortaklara hisseleri oranında dağıtır. Mahkeme ortakların hisselerine göre bu satış gelirini dağıtıttıktan sonra izale-i şüyû davası ve şüyû malımülkiyeti sona erer. Ancak ortaklardan ikiden fazlası ortaklık malı mülkiyetini almış olursa taşınmaz yeniden şüyû malı olur ve şüyû durumu devam eder.¹⁸¹

6.2.1.2.3.4.4. Taşınmazın Satış Bedelinin Ortaklara Paylaştırılması

Aslında yargı taksimi aynı taksimden oluşmaktadır. Ortaklık malı taşınmazın taksimi yapılarak ortakların hissesi belirtilir. Mülkiyet senedine göre hisseler eşit ya da farklı olabilir. Mesela, ortak mülkiyet üç ortağa aitse birinci ortak taşınmazın 1/2'sine, ikinci ortak taşınmazın 1/3'üne ve üçüncü ortak taşınmazın 1/6'sına sahipse bu durumda taşınmaz en küçük hisse olan 1/6 hisseye taksim edilir. Ortaklık malı

¹⁸⁰ Muhammed Husyen Mensur, **Sınırsız Ayni Hakta Mülkiyetin Kazanılması**, İskenderiye, 2007, s.646.

¹⁸¹ Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013, s.252.

satılarak bedeli ortaklar arasında paylaşılır. Ancak mahkeme harçları, vergiler ve avukat masrafları kesildikten sonra kalan kısım ortakların hisselerine göre dağıtılır. Bu işlemler ortaklığın giderilmesi davasına bakan bidayet mahkeme tarafından yerine getirilir. Ortaklık malı taşınmaz her ortağın hissesine göre taksim edilerek ortak mülkiyete son verilir.



SONUÇ

Mülkiyet hakkı, toplumsal düzen içinde sınırlandırılmış ve belirlenmiş alanda bireyin sahip olduğu yetkilerin toplamıdır. Ortaklığın giderilmesi (İzale-i Şüyû) ise, bir taşınmaz maldaki ortak mülkiyet veya kullanım haklarının ortaklar arasında paylaşılması veya satılması suretiyle sona erdirilmesidir. Taşınmaza ortak mülkiyet olarak sahip olan hissedarların malları aynen taksim edilerek veya mahkemece satılarak bedelleri hissedarlar arasında payları nispetinde paylaşılır. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davalarının konusunu topluluk mülkiyeti oluşturmaktadır.

Irak Medeni Kanunu'nun 3. Kitabının 1. Bölümünde 1070 ve 1081. Maddeleri arasında ortaklığın sona erdirilmesi (İzale-i Şüyû) konusu düzenlenmiştir. Bu konuda Irak Medeni Kanunu'nun kaynağı sayılan Fransız ve Mısır hukuk sistemlerinde uygulanan hukuk sistematığına bağlı kalınmıştır. Bugün İsviçre-Türk hukukuna hakim olan görüş, paylı mülkiyete konu eşya üzerinde tek bir mülkiyet hakkının olduğu ve bu tek mülkiyet hakkına bütün paydaşların sahip bulunduğu yönündedir. Mülkiyet hakkı, paydaşlar arasında bölünmemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda izale-i şüyû ya da yeni tabirle ortaklığın giderilmesiyle ilgili çeşitli durum ve konulara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabı olan eşya hukukunun birinci kısmında mülkiyet konusu geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 683-778. maddeleri arasında ise, taşınır ve taşınmaz mülkiyeti ile ilgili düzenlemelere geniş bir şekilde yer verilmiştir. Ayrıca konuyla ilgili olarak diğer kanunlarda da çeşitli hükümler bulunmaktadır.

Her iki hukuk düzenine göre paydaşlığın giderilmesi davasında dava açma hakkı paydaşlara aittir. Paydaşlar, kendi aralarında malı nasıl pay edeceklerine dair bir anlaşma yaparak ortaklığa son verebilirler. Anlaşma yoluyla ortaklık sonlandırılmaz ise, paydaşlardan biri diğer tüm paydaşlar aleyhine izale-i şüyû davası açarak dava yoluyla ortaklığın giderilmesini isteyebilir. Ortaklığın giderilmesi davasını açabilecek kişiler taşınmaz malın paydaşı olan kişilerdir. Davanın davalısı ise diğer paydaşlardır.

Irak Medeni Kanunu'nda ortaklık malı vasiyet yoluyla kazanılmışsa vasiyin belirttiği hisseye göre hisseler dağıtılırken, ortaklık malın mülkiyeti miras yoluyla kazanılmışsa mirasçılarının miras payları, İslamın Şer'i hükümlerine göre ve özel kanununagöre belirlenerek dağıtılır. Irak Medeni Hukuku'na göre miras paylarının dağıtılmasında Türk Medeni Hukuku'nun aksine İslam Şer'i hükümleri uygulanabilmektedir.

Gerek Türk Hukuku'na gerekse Irak Hukuku'na göre, taşınmaz üzerindeki haciz kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Türk Hukuku'na göre, İcra müdürlüğü, bu hususta kendisine bir talep gelmedikçe, icra dosyasında konulan hacizlerin kaldırılması (fekkedilmesi) için resen işlem yapmaz. Gayrimenkul haczinde haciz, müzekkere ile konulduğundan, yine müzekkere ile kaldırılması gerekir. Irak Hukuku'na göre ise, alacaklı taşınmazın satış bedelini ve diğer masrafları ödedikten sonra mahkeme tapu siciline resmi bir yazı göndererek taşınmazın alacaklı adına tescil edilmesini ister. Mahkeme bu yazıya istinaden taşınmazın üzerindeki hacizi kaldırır ve taşınmazın mülkiyetinin alacaklının adına geçmesi için gerekli işlemleri yapar. Yetkide paralellik ilkesi gereğince, taşınmazın üzerine haciz konulması mahkeme istediği için hacizin kaldırılmasını da yine mahkemenin istemesi gerekir.

Gerek Türk Hukukunda gerekse Irak Hukukunda taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler, resmi şekle bağlıdır ve tapu kütüğüne şerh edilir, ayrıca ortakların ortaklığı devam ettirip ettirmeme yönünde seçimlik hakları bulunmaktadır. Türk Hukukunda ortakların paylaşmayı isteme hakkı, hukuki bir işlemle en çok 10 yıllık süre ile sınırlandırılabilirken, Irak Medeni Kanunu'nda ortakların ortaklığı devam ettirme yönünde belli bir süreliğine anlaşabilecekleri ancak bu sürenin beş yılı geçemeyeceği düzenlenmiştir

Ortaklığın sona erdirilmesiyle ilgili olarak her iki kanunda da benzer gerekçelere yer verilmiş, tüm ortaklara ortaklığı sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. TMK 698. maddesine göre "Hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, paydaşlardan her biri malın paylaşılmasını isteyebilir." Irak Medeni Kanunu'nun 1081. maddesinde bu durum yine aynı doğrultuda, "Ortaklık malının

ortakları mülkün her zaman müşterek mülkiyetinde kalmasını gerektiren mülkün temel unsurlarının mülkiyetten çıkarılması durumunda ortaklar izale-i şüyû talebinde bulunabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki hukuk sisteminde de paylaşma biçimi malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi şekillerinde olur. Paylaşma biçiminde uzlaşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hakim, pay miktarı ve ortak sayısı imkan verdiği takdirde aynen taksim suretiyle, aksi takdirde satılarak satış bedelinin ortaklara payları oranında dağıtılması suretiyle ortaklığın giderilmesini karar verebilmektedir.

Türk Hukuk düzenine göre, bu davalar, davaya konu olan taşınır veya taşınmaz malın değerine bakılmaksızın bu malın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinde açılır. Irak Hukuk düzenine göre ortaklığın giderilmesi davalarına bakmakla görevli mahkeme taşınmazın bulunduğu yerdeki bidayet mahkeme'dir. Bu mahkemenin kararlarına karşı istinaf mahkemelerinde temyiz edilebilirken Türk Hukuku'na göre ortaklığın giderilmesine ilişkin kararların düzeltilmesi istenemez. Ancak maddi hataların tashihi talep edilebilir.

Her iki hukuk düzenine göre, taşınmazın aynen taksimi mümkün değilse ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilir ve satış açık arttırma yoluyla yapılır. Ancak tüm ortaklar bir araya gelerek satışın kendi aralarında yapılması hususunda oybirliğiyle anlaştıkları takdirde satış yalnızca ortaklar arasında yapılır. Ancak Türk Hukukuna göre taşınmaz malın satışı, mahkeme vasıtasıyla değil satış memurluğu veya icra dairesi marifetiyle yapılırken Irak Hukukuna göre açık arttırma mahkeme tarafından, ilandan sonraki 30. gün saat tam 12:00'de yapılmaktadır.

Görüldüğü üzere her iki hukuk sisteminde de birbirine çok yakın uygulamalar olduğu gibi birbirinden farklı uygulamalar da sözkonusudur. Ortak uygulamalardaki yoğunluk ortak bir coğrafyada bir arada yaşamanın ve aynı değerleri paylaşmış olmanın etkili olduğunu söyleyebiliriz. Aynı şekilde farklı uygulamalara gelindiğinde her iki hukuk sisteminin İsviçre ve Fransa gibi iki farklı Avrupa ülke hukuk sistemlerinden faydalanmalarının etkili olduğunu söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

TÜRK KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İkinci Kitap: Mülkiyet, İkinci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

AKİPEK Jale G; Türk Eşya Hukuku II. Kitap Mülkiyet, Ankara, 1971, s.215.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 21.7.1953 tarihinde kabul edilen 6183 sayılı kanun. 28.7.1953 tarihli Resmi Gazete

ARABI, Oussama, “Al-Sanhuri’s Reconstruction of the Islamic Law of Contract Defects”, **Islamic Studies**, 6.2, 1995, pp.153-172. (citing Al-Qanon Al Madani, No. 40, 1951).

ARSLAN, İlknur, Paydaşlığın ve Ortaklığın (Birlikte Mülkiyetin) Giderilmesi, Ankara, 2012.

AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku I Zilyedlik ve Tapu Sicili**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2004.

AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1983.

CANSEL, Erol ve İnan Ali Naim, “*Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukuku’nun Konusu*”, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/12541850.pdf, s.357.

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Ankara ,2012.

ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004.

http://en.wikipedia.org/wiki/Law_of_Iraq Erişim: 10.6.2016

<http://emlakkulisi.com/istirak-halinde-mulkiyet-satis/201373> Erişim: 14.6.2016

Irak İcra ve İflas Kanunu, 1980 yılında yürürlüğe giren 45 sayılı kanun.

İcra ve İflas Kanunu, 9.6.1932 tarihinde kabul edilen 2004 sayılı kanun.

Irak Engelli Bakım İdaresi Müdürlüğü Kanunu, 1980 yılında kabul edilen 78 sayılı Kanun.

Irak Medeni Kanunu, 9.8.1951 tarih ve 40 sayılı kanun, Yayınlandığı Resmi Gazete Irak Resmi Mecellesi No. 3015, S. 243.

Irak Medeni Kanununda İltizam Hükümleri Şerhi, 1.Basım, Bağdat, 1952.

Irak Tapu Tescil Kanunu, 1971 yılında yürürlüğe giren 43 sayılı kanun.

Mısır Medeni Kanunu, 1948 yılında yürürlüğe giren 131 sayılı kanun.

OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer ve OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

PULAŞLI, Hasan, Hukukun Temel Esasları, Mimoza Yayınevi, Konya, 1992.

REİSOĞLU, Safa, Türk Eşya Hukuku, Cilt 1, 6. Bası, Ankara, 1980.

RUHİ, Ahmet Cemal, Ortaklığın Giderilmesi ve Ecrimisil Davaları, Ankara, 2009.

STIGALL, Dan E. "A Closer Look at Iraqi Property and Tort Law" **Louisiana Law Review**, Volume 68 | Number 3, Spring 2008. pp.766-822.

TUNABOYLU, Müslim, Paylaşmanın (Ortaklığın Giderilmesi) Davaları, 5. Baskı, Ankara, 2009.

Türk Borçlar Kanunu, 11.1.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı kanun. 4.2.2011 tarihli Resmi Gazete

Türk Medeni Kanunu, 8.2.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı kanun. 8.2.2001 tarihli Resmi Gazete

Türk Tapu Kanunu, 22.12. 1934 tarihinde kabul edilen 2644 sayılı kanun. 29.12.1934 tarihli Resmi Gazete

Ürdün Medeni Kanunu, 1976 yılında yürürlüğe giren 43 sayılı kanun.

Yargıtay 12. HD 2012/29496 E. 2013/1668 K.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 2008/11693 E.N , 2008/12703 K.N.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2004/3897 K. 2004/4674 T. 13.4.2004.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 01.10.2007 T. ve 2007/8010-101-24 sayılı kararı.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 1995/3440K. 1995/3597, T. 3.4.1995.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2006/6349, K. 2006/9442, T. 3.10.2006; Yargıtay 6. HD, 21.06.2011 T. ve 2011/2005/6777 S.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2009/5052, K. 2009/4970, T. 28.5.2009.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2009/5052, K. 2009/4970, T. 28.5.2009.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 19.11.2001 T. 2001/8782-8899 S.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2013/12-1604 E. 2015/1125 K.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/6-253, K.2003/270, T. 02.04.2003.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2003/6-253, K.2003/270, T. 02.04.2003.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6- 253, K.2003/270, T. 02.04.2003.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2003/6- 731, K.2003/742.

YILMAZ, Ejder ve Yılmaz, H. Ümit, Hukuk Rehberi, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

YILMAZ, Güneş, "İzale-i şüyu Davası ile Miras Ortaklığının Sona Ermesi Halinde Karşılaşılan KDV Yüğü", TBB Dergisi, 2012, S. 98.

IRAK KAYNAKÇA

- Abdul Macit Al Hekim, **Medeni Kanununun Şerhi**, 4. Basım, C.1.
- Abdul Muinim Ferç, **Lübnan ve Mısır Kanununda Asıl Hak Araştırması**, 1. Basım, 1974.
- Abdul Nasır Al Atar, **Mülkiyet Hakkını Şerhi**, 1. Basım.
- Abdul Nasır Tefik Atar, **Mülkiyet Hakkı Hükümlerinin Şerhi**, 1. Basım.
- Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut , C.1.
- Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut, C.8.
- Abdul Razakı Al Sen huri, **Medeni Kanununun Şerhi**, 3. Basım, Beyrut , C.9.
- Adnan İbrahim Al Serhan ve Nuri Mehmet Katır, **Medeni Kanununun Şerhi**, 1. Basım, 2009.
- Ali Hadi Al Ebedi, **Irak Medeni Kanunda Ayni Mülkiyet Hakkı Şerhi**, 8. Basım, 2011.
- Ali Heady Obeyed, **Medeni Kanunda Sınırsız Ayni Hakkın Şerhi**, 1. Basım, Umman, 2009.
- Ayman Said Abdul Macit, **Malikin Ortaklık malın Kullanılmasındaki Yetki ve Hakları**, 1. Basım, 2000.
- Cabir Mahcup Ali, **Sınırsız Ayni Hakta Mülkiyetin Kazanılması**, Kahire.
- Cuma Sadun Al Rebiği, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 1. Basım, Kahire, 2000.
- Faisal Şet nevi, **Anayasa ve Siyaset Sistemi**, 2. Basım, 2004-2005.
- Fayız Seyit Al Kısması, **Sözleşmeler**, 1. Basım, 2009.
- Gazven Mahmut Genavi, **Taşınmazda Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, Bağdat, 2013.
- Hassen Kiri, **Medeni Kanunun Hükümlerinde Asıl Ayni Hakkı**, 1. Basım, İskenderiye, 1975.
- Hassen Kiri, **Medeni Kanunun Hükümlerinin Şerhi**, 1. Basım, İskenderiye, 1998.
- Irak Avukat Kanunu** 15.07.1997 tarih ve 10 sayılı kanun, Yayınlandığı Resmi Gazete Irak Resmi Mecellesi No. 3700.
- Irak Medeni Kanunu**, 9.8.1951 tarih ve 40 sayılı kanun, Yayınlandığı Resmi Gazete Irak Resmi Mecellesi No. 3015.

Irak Medeni Usul Kanunu, 1969 yılı 83 sayılı kanun, 1766 sayılı Irak Resmi Gazetesinde İlan edilmiştir.

Irak Yargıtay Kanunu 17.12.1979 tarih ve 160 sayılı kanun, 2746 Irak Resmi Gazetesinde İlan edilmiştir.

İsmet Abdul Macit Bekir, **Kira Taşınmazın Boşaltması Hükümleri ve Ortaklığın Giderilmesi Davasında Ortaklık malında Ortakların Hisselerin Belirttirmesi**, 1. Basım, Bağdat, 1988.

Kutsiyi Süleyman, **Sınırsız Ayni Hakta Mülkiyetin Kazanılmasının Sebebiyle ve Mülkiyetten Ayrı Sınırsız Ayni Hakkın Karşılaştırması**, 1. Basım, C.1, Cihan Üniversitesi Erbil, 2011.

Mağı Mun Al Kızbırı, **Medeni Kanununda Asıl Ayni Hak ve Sınırlı Ayni Hakkın Şerhi**, 1. Basım, Şam, 1962.

Marwan Kari Kirby ve Sami Bede Mansur, **Taşınmazda Sınırsız Ayni Hakta**, 2009.

Mehmet Azmi Al Bekri, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 4. Basım, 1995.

Mehmet Azmi Al Bekri, **Ortaklığın Giderilmesi Davası**, 4. Basım, 1995.

Mehmet Kalad ve Yusuf Kalad, **Medeni ve Ticari Davalarda Temyiz Mahkemesi Kararları ve Yargıtay Kararları Araştırması**, 1. Basım, 2000.

Mehmet Kâmil Murisi, **Asıl Ayni Hakkı**, 2. Basım, Yüksek Matbaa, 1951.

Mehmet Vahiye Din Suvar, **Asıl Ayni Hakkı**, 1. Basım, Umman, C.2, 2010.

Mehmet Vahiye Din Suvar, **Medeni Kanunda Mülkiyet Hakkı**, 2. Basım, Umman, 2010.

Mehmet Vahiye Din Suvar, **Asıl Ayni Hak**, 1. Basım, Umman, C.2, 1991.

Mehmet Vahiye Din Suvar, **Asıl Ayni Hak**, 1. Basım, Umman, C.2, 2010.

Mensur Mustafa Mensur, **Mısır Kanununda Mülkiyet Hakkı**, Kahire, 1965.

Muhammed Husyen Mensur, **Sınırsız Ayni Hakta Mülkiyetin Kazanılması**, İskenderiye, 2007.

Mustafa Ahmet Al Zerke, **Miras Kanununun Şerhi**, 1. Basım, Şam, 1961.

Mustafa Mehmet Al Cemal, **Mülkiyet Sistemi**, 1. Basım, İskenderiye.

Mustafa Mehmet Cemal, **Mülkiyet Sistemi**, 1. Basım, İskenderiye.

Mülhemde Şakir Sürür, **Mülkiyet Hakkı**, 1. Basım, 1988.

Naman Ahmet Ketib, **Anayasa ve Siyaset Sistemi**, 1. Basım, 1999.

- Ramazan Aba Al Suudi, **Asıl Ayni Hakkı Şerhi**, 1. Basım, Mısır İskenderiye, 1997.
- Sahip Abdul Fetlavi, **Kanuna Giriş Şerhi**, 1. Basım, Umman, C.1, 2011.
- Salah Din Nahif, **Kendine Ait Mülkiyet Hakkı Taşınmaz Mülkiyetin Kazanılması**, Bağdat, Üniversitesi, 1961.
- Talat Mehmet Didar, **Yargıtayın İcra ve İflas Yolları**, 1. Basım, İskenderiye, 1994.
- Taşınmaz Malında Tasarruf Kanunu**, 1.3.1953 tarih ve 49 sayılı kanun, 1135 sayılı Irak Resmi Gazetesinde ilan edilmiştir.
- Tüfek Hösen Ferç, **Sınırsız Ayni Hak**, Darıl Camiye.
- Velid Necip Al Kas vaz, **Ortaklığın Giderilmesi Malının**, 1. Baskı, 1993.
- Velit Nayman Al Köşüz, **Ortaklığın Giderilmesi**, 1. Basım, 1993.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : RAAD SAEED SHAREEF
Doğum Yeri ve Tarihi : IRAK /DUHOK 01/07/1987

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Duhok Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yüksek Lisans Öğrenimi : GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ SOSYAL
BİLİMLER ENSTİTÜSÜ Özel Hukuk ANA BİLİM DALI

Bilgi ve Belge Yönetimi Bölümü

Bildiği Yabancı Diller : Türkçe . Arapça . Kürtçe .
Bilimsel Faaliyetleri : Avkatlık

İş Deneyimi

Stajlar : Duhok Avukat

E-Posta Adresi : raadsaeed@gmail.com
TELEFON : 00905377242667-009647504572134