

Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN^(***)
Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL^(****)

Öz

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile birlikte dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk, yasal çerçevede hayatımıza girmiştir. Esasında ihtiyarî arabuluculuğa ilişkin hükümleri düzenleyen HUAK'a sonradan yapılan eklemelerle birlikte, belirli uyuşmazlık türleri için dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunlu hale gelmiştir. Tarafların, arabulucu nezdinde bir araya gelip uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmelerinin öngörüldüğü süreçte, zaman

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2024.

Atıf Şekli: Fikret Sami Tiyek, Hüseyin Kağan Zengin ve Önder Topal, 'Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1917, 1989.
DOI: 10.52273/sduhfd..1566604.

(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye.

E-posta: fikretsamitiyek@karatekin.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6755-066X>.

(***) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye.

E-posta: huseyin.zengin@gop.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8414-8739>.

(****) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, Türkiye.

E-posta: ondertopal61@trabzon.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1065-3884>.

içinde hem uyuşmazlık türleri genişletilmiş hem de arabulucuya çözüm önerisi getirme imkânı tanınmıştır.

Gittikçe genişleme eğilimi gösteren dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamına, HUAK m.18/B ile taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar dâhil edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından, kanunlarımızda yer alan çeşitli kısıtlayıcı hükümler çerçevesinde, dava şartı arabuluculuk uygulamasının tüm yönleriyle irdelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuğa ne ölçüde elverişli olduğu ve özellikle arabuluculuk süreci sonunda taraflarca hazırlanacak anlaşma belgesinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Nitekim kanun koyucu, tarafların anlaşması halinde hazırlanacak anlaşma belgesinin, taşınmazlar bakımından özel hükümlere uyularak hazırlanması gerektiğine işaret etmiştir. Buna ek olarak, anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması şart koşulmuştur. Çalışmamızda, tüm güncel gelişmeler gözetilerek, anlaşma belgesinin ne şekilde icra edilebileceği, bu sebeple alınması öngörülen icra edilebilirlik şerhi ile ilgili açıklamalar ve değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca, anlaşma belgesiyle birlikte resmî daire ve kurumlarda yapılabilecek işlemler, icra edilebilirlik şerhi alınması süreciyle birlikte değerlendirilip uygulamada yaşanan sorunlara somut çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İradi Sona Erme, Ortaklığın Giderilmesi, Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, İcra Edilebilirlik Şerhi.

Thoughts on the Annotation of Enforceability in Mediation Regarding Disputes for Dissolution of Partnership with Immovable Property as Its Subject

Abstract

The Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD) has brought mediation, one of the most effective amicable dispute resolution methods, into our legal framework. Some types of disputes must be referred to a mediator before filing a lawsuit.

The process involves the parties coming together to resolve their disputes. Over time, the types of disputes have been expanded, and the mediator can propose solutions. Article 18/B of the LMCD has expanded the scope of mediation as a condition for litigation to include disputes regarding movable and immovable property and the settlement of partnerships. This is a gradual process, especially regarding immovables.

This study will examine the suitability of mandatory mediation for disputes regarding the elimination of partnerships. It will also examine the agreement document prepared by the parties, at the end process of the mediation. The legislator has made it clear that this document must be submitted to the civil court for enforceability annotation before it can be enforced.

In our study, explanations and evaluations were made regarding the enforceability of the agreement document and the enforceability notation to be obtained for this reason. In addition, the transactions that can be carried out with the agreement document in official offices and institutions are evaluated together with the process of obtaining the enforceability annotation, and concrete solutions to the problems encountered in practice are proposed.

Keywords

Voluntary Dissolution, Dissolution of Partnership, Mediation as a Condition for Litigation, Mediation Agreement Document, Enforceability Annotation.

Extended Summary

In consequence of the amendments introduced to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD) by Law No. 7445, disputes pertaining to the transfer of -immovable-property and the establishment of limited real rights on immovable property are now within the scope of mediation. Furthermore, the submission of a mediation application is a prerequisite for initiating litigation, as stipulated in Article 17/B and Art. 18/B of the LMCD. One such category of dispute is that pertaining to the division of movables and immovables, as well as the dissolution of a partnership. In the event that such a dispute arises between the parties, it is mandatory to submit an application to a mediator prior to filing a lawsuit. In the event that a lawsuit is filed without first applying for mediation, the lawsuit shall be dismissed on procedural grounds due to the lack of a cause of action.

The scope, content and enforceability of an agreement relating to the settlement of a partnership on immovable property will depend on the subject of the agreement in question. In other words, if the subject of the dispute is an immovable property, the direct execution of the agreement document issued at the conclusion of the mediation process is not currently feasible. Accordingly, an enforceability annotation must be appended to the agreement document by submitting it to the court. The conditions for the issuance of this annotation, the examination to be conducted by the court, and its consequences are analysed separately. Consequently, this study begins with general explanations regarding the transfer of immovables.

Subsequently, an analysis is presented of the extent to which disputes regarding the elimination of partnership disputes involving immovable property are suitable for mediation. In the context of our main subject of study, firstly, the mediation agreement document is analysed in terms of its legal nature, the manner of its preparation and the issues that may or may not be included in its content.

This paper discusses the enforceability annotation, which is required to be obtained within the scope of the limitation imposed by Article 18/B/3 of the LMCD in terms of the enforceability of the agreement document. This section presents an analysis of the legal nature of the enforceability annotation, the location and jurisdiction of the court that will issue this annotation, and the conditions required by law for the issuance of the annotation. Subsequently, the procedure to be followed by the civil court of peace, which will grant the annotation of enforceability, is elucidated, and the results are demonstrated. In the concluding section of the study, following the issuance of the enforceability annotation, the application area of this document and the agreement document is delineated within the framework of legal and actual limitations. The conclusions reached in the study are as follows:

In the event of a dispute between the parties regarding the termination of the partnership in relation to immovable property, the mediator may facilitate the issuance of a document of agreement. This document must comply with the legal limitations. For example, according to Article 7 of the Condominium Law, partition cannot be requested for immovable property subject to condominium ownership or

condominium easement; however, partition can be requested in the shared ownership relationship on the independent section.

It's mandatory, to obtain an annotation of enforceability for agreement document drafted by the parties in presence of the mediator (Art. 18/B/3 of the LMCD). An annotation of enforceability is a document issued by the court indicating that the mediation agreement documents, the subject matter of the dispute, are suitable for mediation and that the agreement reached is enforceable. In accordance with Article 18/B/3 of the Law on Mediation in Civil Disputes, the scope of the court's examination of the agreement documents pertaining to immovable property subject to the settlement of the partnership is restricted to the content of the agreement, its suitability for mediation and enforcement, and whether the limitations and procedures/principles imposed by the laws regarding immovable property have been complied with.

In the event that the parties agree on the settlement of the partnership by partition in kind, there are a number of possibilities with regard to the obtainability of an enforceability annotation and the means of enforcing it, which are discussed in the study.

One of the key findings is that if the parties are able to agree on a sale by auction or negotiate directly with each other without seeking the involvement of the mediator, they have the option of including these types of sales in the agreement made with the mediator.

Given the possibility of voluntary partition through the establishment of a condominium, it is similarly possible for the parties to agree to the same in mediation, a condition precedent to litigation.

In accordance with the provisions set forth in the LMCD, transactions pertaining to immovable property may be conducted directly with official agencies and institutions, such as the land registry office, upon the formal completion of the requisite documentation, provided that the court has issued a certificate of enforceability. In such instances, the absence of an official document registered with the land registry is not a prerequisite.

Given that the mediation agreement document with a certificate of enforceability is not included among the cases of unregistered acquisition of immovable property set forth in the Turkish Civil Code and other pertinent legislation, the transfer of immovable property may be conducted through registration until such time as a new legal regulation is enacted.

Giriş

7445 sayılı Kanun¹ ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda² (HUAK) yapılan değişiklikler sonrasında taşınmaz devrine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamına alınmış; hatta bazı uyuşmazlıklar bağlamında arabuluculuğa başvurulmuş olması, HUAK m. 17/B ve m. 18/B ile dava şartı olarak düzenlenmiştir³. HUAK m. 18/B hükmüyle birlikte, *“Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar; taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar; komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar”* dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Taraflar arasında bu tarz bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunludur. Dolayısıyla arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hallerde, tarafın, anılan uyuşmazlık türlerinden birisine ilişkin olarak doğrudan dava açma yoluna gitmesi halinde, davanın açıldığı mahkemenin, davayı dava şartının bulunmaması nedeniyle usulden reddi kararı vermesi gerekecektir. Taraflar, dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında, arabuluculuğa başvurduktan sonra davacının, arabuluculuk sonucunda anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekir. Eğer davacı, son tutanağı dava dilekçesine eklemeyi isse, mahkemece son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, sunulmaması halinde davanın usulden reddedileceği yönündeki ihtarı içeren davetiyeyi davacıya gönderir. Davacı, bir haftalık kesin süre içerisinde son tutanağı sunmazsa, dava dilekçesi diğer tarafa tebliğ edilmeksizin, davanın usulden reddi yönünde hüküm kurulur (HUAK m. 18/A/2).

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, hem ihtiyarî arabuluculuğun hem de dava şartı arabuluculuğun kapsamına giren uyuşmazlık türleri arasındadır. Bu bağlamda, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların konusunu taşınır veya taşınmazlar oluşturur. Ancak, bir taşınmazın ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların konusunu oluşturması halinde, arabuluculuk, kendine özgü durumlar arz etmektedir. Örneğin, uyuşmazlığın konusu taşınır bir mal olur ve bu taşınır malın mülkiyetinin kime ait olacağı yönünde arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşma

¹ 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı RG.

² 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı RG.

³ 7445 sayılı Kanun m. 34 ile eklenen HUAK m. 17/B ve m. 37 ile eklenen HUAK m. 18/B hükümleri 01.10.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

belgesi düzenlenerek icra edilebilirlik şerhi verilirse, söz konusu anlaşma belgesinin icrası, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁴ hükümlerine göre gerçekleştirilebilir. Zira, icra edilebilirlik şerhini içeren anlaşma ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2, son cümle). Ancak uyuşmazlığın konusu taşınmaz bir mal ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde, icra edilip edilemeyeceği ve icranın ne şekilde gerçekleştirilebileceği değerlendirilmelidir. Bu tür bir uyuşmazlıkta icra edilebilirlik şerhinin kendisine bağlanan sonuçları gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği incelenmesi gereken bir meseledir.

Yukarıda sayılan sebeplerden ötürü çalışmamızda öncelikli olarak taşınmazın devrine yer verilecektir. Nitekim taşınmazın genel hükümlere göre devri ile arabuluculuk süreci sonucunda devri arasında fark olup olmayacağı belirlenmelidir. Sonrasında, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların 7445 sayılı Kanun'dan önceki ve sonraki dönemde arabuluculuğa elverişliliği irdelenecektir. Son olarak ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine konu olması ve tarafların anlaşma sağlaması sonucunda, düzenlenecek olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

I. Genel Olarak Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar ve İradi Sona Erme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 4/1-b, m. 322/2 ve HUAK m. 18/B'de "*paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesi*" kavramları kullanılsa da uygulamada ve doktrinde farklı kavramlara da yer verildiği gözlenmektedir. Bir başka ifadeyle birlikte mülkiyet çeşitlerinden paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdirilmesi bağlamında farklı ifade ve kavramlar kullanılabilir⁵. Elbirliği mülkiyetinde "*ortaklığın giderilmesi*", paylı mülkiyette "*paylı halin giderilmesi*" terimleri; birlikte mülkiyette ise üst kavram olarak "*birlikte mülkiyetin giderilmesi - sona erdirilmesi*" ya da "*ortaklığın giderilmesi ile paylaşılma*" terimleri kullanılmakta; anılan kavramların hem içerikleri itibarıyla hem de mevzuatta yer alan hükümler bakımından daha kapsayıcı olduğu ifade edilmektedir⁶. Biz de, yalnızca paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının varlığı halinde, söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyetin, sona erdirilmesi için önem arz etmesi ve kavram birliği sağlanması açısından, "*ortaklığın giderilmesi*" veya "*izale-i şüyu*"

⁴ 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı RG.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası* (Yetkin 2020) 29-33.

⁶ Topal (n 5) 32.

kavramlarının tercih edilmesinin daha doğru olduğu kanaatindeyiz⁷. Öte yandan, paylı mülkiyette ve miras ortaklığında söz konusu olan elbirliği mülkiyette, nitelik yönünden farklılık bulursa da bir ortaklık söz konusudur. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, paylı mülkiyetin ve elbirliği mülkiyeti çeşitlerinden her ikisine de dahil olan miras ortaklığının sona erdirilmesi çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar arasındadır.

Paylı mülkiyette ve miras ortaklığında söz konusu olan elbirliği mülkiyetinin, sonlandırılmasında asıl olan, iradî sona ermedir⁸. Bu kapsamda, paylı mülkiyette paydaşların, miras ortaklığındaysa mirasçılardan, kendi aralarında anlaşarak söz konusu ortaklıklara son verebilirler ki onlardan beklenen de budur. Ancak, aralarında bir anlaşma sağlanamaması halinde, dava açılması suretiyle ortaklığın giderilmesi yoluna başvurulabilir. Çalışmamız açısından da iradî sona erme önem arz ettiği için, her iki birlikte mülkiyet hali üzerinde durulacaktır.

Paylı mülkiyetin iradî şekilde, yani paydaşların anlaşmasıyla sona erdirilmesi için ortakların, kendi içlerinde oy birliğiyle bir anlaşma/sözleşme (taksim / paylaşma / paylı mülkiyetin sona erdirilmesi sözleşmesi - ortaklığın giderilmesi sözleşmesi) yapmaları gerekmektedir (TMK m. 692/1). Anılan sözleşmenin şekli açısından bir belirleme yapmak gerekirse; sözleşmenin konusunun taşınır veya tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz olması halinde, herhangi bir şekil şartı gerekmediği; sözleşmenin konusunun, tapuya kayıtlı bulunan bir taşınmaza ait olması halinde ise, burada artık resmî şekil şartının gerektiği ifade edilmelidir⁹ (TMK m. 706/1, 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26, 5051 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü m. 57). Bahsi geçen sözleşme, resmî şekilde yapılmazsa geçersiz olacaktır¹⁰. Tapuya kayıtlı taşınmaz/taşınmazları

⁷ Topal (n 5) 32.

⁸ Paylı mülkiyetin sona erdiği haller için bkz. Topal (n 5) 48 vd

⁹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2015) 336; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2023) 435; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2015) 195; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Barış 2015) 249; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1978) 454; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku* (Filiz 1989) 615; Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)*, İkinci Kitap Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi 1973) 42.

¹⁰ Uygulamada sözleşme yapılırken resmî şekil şartına uyulmamaktadır; fakat sözleşmeye istinaden, fiili olarak, bir paylaşma yapılmış, fiili paylaşmaya göre her paydaş kendisine özgülenen yerleri uzunca bir süre kullanmış ve söz konusu kullanım nedeniyle paydaşlar arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkmamış ise Yargıtay ortaya çıkan duruma dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) çerçevesinde sonuçlar bağlamaktadır (Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 1 HD, 8913/9700, 11.09.1996, YKD., 23/1, 1997, 13-15; Yargıtay 1 HD, 3469/4827, 03.04.1995, YKD, 21/8, 1995, 1197-1199); Yargıtay 1 HD, 5844/8290, 13.07.2009, YKD, 36/8, 2010, 1400-1404).

konu alan paylı mülkiyet, resmî şekle tabi sözleşmeyi esas alan tescil talebi ve buna istinaden tescil işleminin gerçekleştirilmesiyle sona erecektir.

Miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin kısmen veya tamamen sona erdirilmesi¹¹, mirasçılarının kendi aralarında oy birliği¹² ile yapacakları sözleşmeyle mümkün olacaktır. Paylı mülkiyetten farklı olarak, anılan sözleşme “paylaşma sözleşmesi”¹³ başlığı altında, TMK m. 676’de düzenlenmiştir ve buna göre sözleşme, hiçbir şekle tabi olmayan “elden paylaşma sözleşmesi” ve yazılı şekle tabi olan “yazılı paylaşma sözleşmesi” olarak iki biçimde düzenlenmiştir.

Elden paylaşma sözleşmesi, tüm mirasçılar arasında yapılmakta ve paylaşma fiziken gerçekleşmektedir¹⁴. Elden paylaşmanın aynî bir etkiye sahip olduğu¹⁵ ve burada borçlandırıcı işlem ile kazandırıcı işlemin eş zamanlı olarak gerçekleştiği söylenebilir¹⁶. Başka bir anlatımla elden paylaşmanın, terekede yer alan malvarlığı unsurunun her birisinin niteliğine uygun düşen bir tasarruf işlemiyle [yani gayrimenkullerde tescille, menkullerde ise teslimle (zilyetliğin geçirilmesiyle), alacaklarda ise temlik işlemiyle] gerçekleşir¹⁷.

Adından da anlaşılacağı üzere, yazılı paylaşma sözleşmesi, tüm mirasçılarının oy birliği ile yazılı olarak yaptıkları sözleşmedir¹⁸. Yazılı paylaşma sözleşmesinin hu-

¹¹ Miras ortaklığı nedeniyle oraya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdiği diğer durumlar için bkz. Topal (n 5) 80 vd

¹² Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku*, Cilt IV Miras Hukuku, (Filiz 2016) 475 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Turhan 2015) 409; Tolunay Ozanemre Yayla, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011) 173-174; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, (9. Baskı, Bilge 2015) 545.

¹³ “Ortaklığın giderilmesi sözleşmesi” kavramının kullanılması yönündeki görüş için bkz. Topal (n 5) 87.

¹⁴ Fikret Eren, ‘Mirasın Paylaşılması’ Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) 513; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2012) 508-509; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (Vedat 2009) 467-468; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1984) 418-419; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Der 2016) 465; Dural ve Öz (n 12) 475; Kılıçoğlu (n 12) 391-392, 436-437; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987) 721-727; Mehmet Özgür Avcı, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (On iki Levha 2014) 49-50.

¹⁵ Kılıçoğlu (n 12) 436.

¹⁶ Peter Hauser, *Erbteilungsvertrag* (Schulthess 1973) 56-57; Lionel Harald Seeberger, *Die richterliche Erbteilung*, (Universtätsverlag Freiburg Schweiz 1993) 17; Kılıçoğlu (n 12) 436; Serozan ve Engin (n 14) 509.

¹⁷ Dural ve Öz (n 12) 475; Kılıçoğlu (n 12) 436; Oğuzman, *Miras* (n 14) 418; Eren, *Mirasın Paylaşılması* (n 14) 513.

¹⁸ Yazılı paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının tamamının katılımıyla tam paylaşma sözleşmesi veya objektif, sübjektif yahut karma kısmi paylaşma sözleşmesi şeklinde yapılabilir [Eren, *Mirasın Paylaşılması* (n 14) 515].

kuki niteliği konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre¹⁹ anılan sözleşme borç doğurucu etkiye sahipken, azınlıkta kalan diğer görüşe göre²⁰ ise, aynı niteliğe sahip bir sözleşmedir. Hakim görüş, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılar, terekenin paylaşılması noktasında bir gerçekleştirme borcu altına girdiğini ve borcun ifasının da sonraya bırakıldığını ifade etmektedir. Bu sebeple mirasçılar da, sözleşmenin gereğini ifayla sorumlu olmaları söz konusudur²¹.

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığında birlikte mülkiyet, paydaş ve mirasçılar iradelerine dayalı olarak, yani onların oybirliği ile aralarında anlaşmaları/sözleşme yapmaları ile sona ermektedir. Anılan sözleşmelerin, tarafların arasında bir borç doğuran sözleşme niteliğinde olduğu; bu kapsamda da borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin işlerlik kazanacağı söylenebilir²². Dolayısıyla taraflar, yani paydaş veya mirasçılar, üzerine düşen edimi yerine getirmezse Türk Borçlar Kanunu²³ (TBK) m. 112 ve devamında yer alan hükümler uygulanacaktır. Bu itibarla bir davanın açılması gündeme gelirse, bu dava, ortaklığın giderilmesine yönelik bir dava değil, sözleşmenin ifa edilmesi amacıyla açılan eda davası vasfını taşıyacaktır²⁴. Ancak, paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin konusunu bir taşınmaz oluşturur ve bu taşınmazı konu alan sözleşme hükümleri taraflarca yerine getirilmezse, yani yükümlü olan taraf ferdi mülkiyete geçilmesi yönünde bir tescil talebinde bulunmazsa, açılacak olan dava, kanaatimizce tescile zorlama davasıdır. Alman ve İsviçre hukuklarında borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken dava bir eda davası olarak öngörülmüş ve mahkemenin vereceği karar da irade beyanı yerine geçen bir karar olacaktır (dZPO §894, sZPO Art. 344²⁵). Nitekim, borçlunun irade beyanında bulunması için açılan

¹⁹ Seeberger (n 16) 17; Hauser (n 16) 101 vd; Kılıçoğlu (n 12) 391-392, 438-440; Dural ve Öz (n 12) 478; Oğuzman, Miras (n 14) 420; Kocayusufpaşaoğlu (n 14) 728; Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 515; Serozan ve Engin (n 14) 508; Antalya (n 14) 469.

²⁰ Werner Hecht, 'Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs' (1950) 69 (3) ZSR 381; Arthur Jost, *Der Willensvollstrecker* (Zürich 1953) 5-7; David Stokar, *Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs* (Schaffhausen 1954) 18.

²¹ Yazılı paylaşma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu ve bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerinin bunlara uygulanabileceği ifade edilmektedir (Kılıçoğlu (n 12) 396; Dural ve Öz (n 12) 478-479; Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 517).

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Topal (n 5) 65-69, 86-90, 399-400.

²³ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

²⁴ Topal (n 5) 401.

²⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Messerli, *Vollstreckung des Urteils Abgabe enier Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozessordnung* (Bern Stämpfli

davada mahkeme, borçlunun irade beyanında bulunmasına hükmetmişse, kararın kesinleşmesi ile birlikte beyanda bulunulmuş sayılır (dZPO §894/1, karşı. sZPO Art. 344/1). Ayrıca, irade beyanının bir resmî sicile (tapu sicili ve ticaret sicili gibi) yönelik olması durumunda, mahkeme, ilgili sicile gerekli talimatları verecektir (sZPO Art. 344/2). Mahkemelerin irade beyanı yerine geçen kararlarının icrası ise Alman ve İsviçre hukuklarında dZPO §894, sZPO Art. 344 çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Türk hukukunda anılan düzenlemelere benzer bir hüküm bulunmamaktadır²⁶.

II. Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik

A. 7445 Sayılı Kanun'un 34. ve 37. maddeleri ile Getirilen Değişiklik Öncesi Dönem

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun²⁷ (HUAK) 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”*dir.

7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile değişiklik yapılmadan önce paylı mülkiyet halinde ve miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliği mülkiyeti halinin, sona erdirilmesinde ve mülkiyetin konusu olan şeyin, ortaklar ya da paydaşlar arasında paylaşılmasının, arabuluculuk yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin tespiti noktasında değerlendirme yaparken, önceki durumların ele alınması gerekir. Nitekim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²⁸ (HMK) muhtelif hükümlerinde, yargılamayı sevk ve idare eden hâkime, uyuşmazlığın taraflarını sulhe ya da arabuluculuğa teşvik etme ödevi

1983) 38 vd; Volker Grau, *Die Bedeutung der §§ 894, 895 ZPO für die Vollstreckung von Willenserklärung* (Bielefeld: E. und W. Gieseking 2001) 57 vd; Mine Akkan, *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası* (On iki Levha 2020) 238 vd.

²⁶ Türk hukuku bakımından sorunun çözümü için bkz. aşağı. IV-A-2.

²⁷ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı RG.

²⁸ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

yüklenmiştir (HMK m. 137, m. 140 ve m. 320). Hâkimin sulhe ve arabuluculuğa teşvik ödevinin kapsamına, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının dahil edilmesine engel teşkil eden bir kanun hükmü mevcut değildir. Ancak, bu hususta bir tespit yaparken, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Nitekim, HUAK m. 1/2'ye göre "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir". Bu hüküm çerçevesinde arabuluculuğun, sadece tarafların üzerinde özgürce tasarruf edebilecekleri (yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere), yani sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri iş ya da işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanma kabiliyeti bulabileceği ifade edilmelidir²⁹. Dolayısıyla, tarafların, belirli bir hususta mahkemenin vereceği karara gerek duyulmadan, kendi hür iradeleriyle anlaşarak, hukuki sonuç elde etmeleri mümkünse, o konunun arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğu da söylenebilir³⁰. Esasen arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş bulunan tarafların, kendilerinin yapacağı müzakereler neticesinde bir sonuca ulaşamamaları durumunda işlerlik kazanan, dostane bir uyuşmazlık çözüm yoludur³¹. HUAK m. 1/2 bağlamında kamu düzeninden sayılan ve tarafların da sulh olmak suretiyle üzerinde -serbestçe-tasarrufta bulunmalarına imkan vermeyen hukuki ilişkiler kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde, arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmayacaktır³².

²⁹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1'in Hükümet Gerekçesi için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

³⁰ Alper Bulur, '6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2015) 499.

³¹ Arabulucunun söz konusu faaliyetteki temel ve öncelikli misyonu, tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak üzere bir araya getirmek, birbirlerini anlamalarını ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştırmaktır. 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17. maddesiyle HUAK m. 2/1,b'de yapılan değişiklik ve aynı Kanun'un 22. maddesiyle HUAK m. 15'e eklenen yedinci fıkra ile arabulucular, artık tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde, bir çözüm önerisinde bulunabileceklerdir. HUAK'ta yapılan bu değişikliklerle klasik anlamda arabuluculuk modelinden kısmen kopulmuştur. Bu yeni hüküm dışında, kural olarak arabulucu, tarafların arasındaki hukuki uyuşmazlıklar hakkında karar veren, delil değerlendirmesinde bulunan, haklılık temelli inceleme ve irdeme yapan, taraflara çözüm önerileri sunan ve sunulan bu çözüm önerileri üzerine müzakere edip biri üzerinde mutabakata varmalarını hedefleyen bir kişi değildir; bu tarz faaliyette bulunan kişinin yapmış olduğu faaliyet arabuluculuk faaliyeti de değildir

³² Süha Tanrıver, 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açından İr-

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında ise, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesinin mümkün bulunduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Nitekim, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarını nihayete erdirmek amacıyla mutlaka bir ortaklığın giderilmesi davası açılması gerekmekte; tarafların kendi aralarında sözleşme yapmaları da yeterli olmaktadır³³. Dolayısıyla tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri, yani üzerinde serbestçe tasarrufta edebilecekleri bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Sonuç itibarıyla ortaklığın giderilmesini konu alan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişlidir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığının konusunu taşınmazların oluşturması halinde de, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinin mümkün olduğunu söylemek gerekir³⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesine bakıldığında da, tahkim bağlamında getirilen kısıtlamanın aksine, burada engel teşkil edecek bir düzenleme mevcut değildir. Paylı mülkiyet ve miras ortaklığının sona ermesinde, paydaşlar veya mirasçılar kendi aralarında yapacakları sözleşme ile bir taşınmazın paylaşılması noktasında anlaşabilirler³⁵; dolayısıyla taraflar, mutlaka ortaklığın giderilmesi davası açmak zorunda değildir. Bu bağlamda, taraflar serbest iradeleri ile taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabildiğine göre, söz konusu taşınmazlar, HUAK m. 1/2'ye göre arabuluculuk faaliyetine de konu edilebilirler. Ancak, Tapu Sicili Tüzüğü³⁶ (TST) m. 20/1'de yer alan düzenlemeye göre, resmî senet düzenlenmesi gerekmeyen hallerde tapu sicilinde işlem yapılabil-

delenmesi ve Değerlendirilmesi', Makalelerim II, (Adalet 2011) 248-249; Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 78-82.

³³ Bkz. yuk. I.

³⁴ Bu yönde bkz. Akil (n 32) 86-87; Bulur (n 30) 503; Doktrinde ileri sürülen bir görüş ise, HMK m. 408/1 taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan doğan uyuşmazlıkları açıkça tahkim dışı bıraktığını, fakat HUAK m. 1/2'de böyle bir sınırlandırma açıkça yapılmadığı için taşınmazın aynından doğan bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluna çözümlenebileceği düşünülebilirse de söz konusu uyuşmazlıkların tapu kaydının düzeltilmesi, *taksim gibi* eğer kamu düzenine ilişkinse, arabuluculukla çözümlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak, bu görüş, taşınmazın aynından doğmakla birlikte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardaki uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesine bir engel olunmaması gerektiğini de ifade etmektedir (Ömer Ulukapı ve Emre Kıyak, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 2 (Yetkin 2015) 1665). Sonuç itibarıyla bu görüş, taşınmazların taksimini kamu düzenine ilişkin görmekte ve bu nedenle, taksimin arabuluculuk sonucu ile yapılamayacağını ileri sürmektedir. Fakat yukarıda açıkladığımız nedenlerle bu görüşe katılmamaktayız.

³⁵ Topal (n 5) 65-69, 86-90.

³⁶ 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı RG.

mesi için “*miras taksim veya miras payının devri sözleşmesinde tescil yetkisini içerir noterce düzenlenmiş sözleşme, miras taksim sözleşmesi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da mirasçıların imzaları noterce onaylanmamışsa tüm mirasçıların; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemleri*”, “*Mahkeme kararına dayalı tescillerde; kesinleşmiş mahkeme kararı*”, “*Cebrî icra veya ortaklığın giderilmesi yoluyla yapılan satışlarda; gerçek kişi ihale alıcısının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralı nüfus bilgilerini ve fotoğrafını içeren, tüzel kişi ihale alıcılarında ise kanunlarda yazılı mercilerden alınmış yetki belgesi ile birlikte ihale alıcısı tüzel kişiliğin unvanını içeren ihalenin kesinleştiğini ve tescili belirten yetkili merciin yazısı*” gibi hususlar aranmaktadır. Anılan hüküm kapsamında, arabuluculuk neticesinde anlaşmanın sağlanması durumunda, salt anlaşma belgesine dayanarak tarafların kendi adına tescil istemeleri halinde, uygulamada tapu memurlarının işlem yapmaktan kaçındıkları bilinmektedir. Nitekim 7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile getirilen değişikliklerden önceki dönemde tapu memurları, tapu sicilinde işlem yapılması için kural olarak tapuda hak sahibi görünenlerin istemde bulunabileceği (TST m. 16, m. 17. m. 18) hükmünü esas alarak işlem tesis etmekte ve arabuluculukla ilgili kanunlarda ve TST’de bir düzenleme olmadığı için işlem yapmaktan kaçınmaktaydı.

Öte yandan, arabuluculuk sürecinde hukuken bağlayıcılık taşıyan bir sonuca ulaşılmada kural, yalnızca taraf iradelerinin egemenliği, yani gönüllülük esasıdır (HUAK m. 3/1). 7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile değişiklik yapılmadan önce ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığı için, bu dönem itibarıyla işlerlik kazanacak olan arabuluculuk türü ihtiyarî arabuluculuktur.

B. 7445 Sayılı Kanun’un 34. ve 37. maddesi ile Getirilen Değişiklikler Sonrası

7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile HUAK’a 17/B ve 18/B maddeleri eklenmiştir. HUAK m. 17/B/1’e göre “*Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir*”. Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında, HUAK m. 17/B/1 hükmü değerlendirildiğinde:

Paylı mülkiyet veya miras ortaklığında bir taşınmaz, kanunî sınırlamalar çerçevesinde (tarım arazileri için 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.8/3) aynen paylaşma (paylaştırma) suretiyle belirli parçalara bölünerek, her bir parça üzerinde paydaş veya mirasçılar adına tapu siciline ayrı ayrı

mülkiyet hakkı tescil edilebilir³⁷. Yine, miras ortaklığı bakımından, terekede birden çok sayıda taşınmazın bulunması ve taşınmazların da her birisinin tümünün mülkiyetinin mirasçılara ayrı ayrı verilmesi şeklinde de (*tabii paylaşma/paylaştırma*) paylaşma söz konusu olabilir. Bu son duruma ilişkin olarak TMK m. 642/2’de yer alan “*Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak, olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaşmayı yapar*” hükmüyle de tabii paylaşım tarzının kanunen benimsendiği açıktır. Yine bir yapı, üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli nitelikte ise paydaş veya mirasçılar, kendi aralarında anlaşarak paylaşmayı kat mülkiyeti kurulması suretiyle de gerçekleştirebilirler³⁸. Paydaş veya mirasçıların, aralarında anlaşarak taşınmaz üzerinde bulunan paylı mülkiyeti veya elbirliği mülkiyetini kat mülkiyeti kurulması suretiyle sona erdirmesiyle her paydaş veya mirasçı, kendisinin payına düşen bağımsız bölüm/bölümler üzerinde tek kişi mülkiyetini kazanır. TMK m. 704/1, 3; m. 998/1, 3 hükümlerine göre, “*üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş olan her bağımsız bölüm, bağımsız bir taşınmaz mal sayılarak kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilir*”. Dolayısıyla her bir bağımsız bölüm üzerinde ayrı ayrı aynî hak, yani mülkiyet hakkı kurulmaktadır.

Taşınmaz, ister parçalara ayrılarak aynen paylaşılsın ister miras ortaklığında olduğu gibi tabii şekilde paylaşılsın isterse de kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaşılsın, her paydaş veya mirasçının kendisine düşen taşınmaz parçası veya taşınmaz yahut bağımsız bölüm üzerinde tek kişi mülkiyeti kazanmaktadır. Bu sebeple anılan durumlarda, taşınmaz parçaları veya taşınmazlar yahut bağımsız bölüm üzerinde paylaşma ile aynî hak, tek kişi mülkiyeti (hakkı) kurulmakta ve HUAK m. 17/B/1 kapsamında bu hususa ilişkin uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli konular arasında yer almaktadır. Dolayısıyla paydaş veya mirasçılar, kendi aralarında yapacakları sözleşme ile aynen veya tabii paylaşma suretiyle taşınmaz üzerindeki uyuşmazlığı giderebilecekleri gibi arabulucu aracılığıyla da söz konusu uyuşmazlık çözüme kavuşturabilir. HUAK m. 17/B/1 hükmü getirilmemiş olsa dahi, paylı mülkiyet veya miras ortaklığı bağlamında ortaya çıkan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilirdi. Zaten, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere³⁹, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, HUAK m. 1/2 çerçevesinde tarafların üze-

³⁷ Topal (n 5) 507.

³⁸ Topal (n 5) 517.

³⁹ Bkz. yuk. II, A.

rinde serbestçe tasarruf edebileceği, yani sulh olmak suretiyle sona erdirebileceği uyuşmazlıklar arasında yer aldığı için arabuluculuğa elverişlidir. Ancak, uygulamada ortaya çıkan sorunların önüne geçilmesi açısından HUAK 17/B/1 hükmünün getirilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

HUAK m. 18/B'de kendisine yer verilen yeni hüküm ile bazı uyuşmazlıklar açısından arabulucuya başvurulmuş bulunması, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm bağlamında, arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği uyuşmazlık türlerinden birisini de *"taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar"*, yani ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Yine aynı hükümde yer alan *"23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar"* da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Paylı mülkiyet veya miras ortaklığına dahil ve üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir taşınmaz, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığına konu edilirse, bu durumda da 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu⁴⁰ (KMK) m. 10/5 çerçevesinde ortaklığın giderilmesi davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Bu son durumda, dava şartı arabuluculuğun ortaya çıkması HUAK m. 18/B/1-b'den dolayı değil HUAK m. 18/B/1-c'den kaynaklanmaktadır. Her iki bent arasındaki farklılık da bu şekildedir.

Her ne kadar ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınsa da, paydaş veya mirasçıların ihtiyarî arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırmalarında bir engel yoktur. Ancak, taraflar kendi aralarında anlaşamaz ve dava açma yoluna gitmek isterlerse -dava şartı olması sebebiyle- arabulucuya başvurmak zorundadırlar.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında, paydaş veya mirasçılar tarafından, arabulucuya başvurulmadan dava açılırsa, davanın herhangi bir işlem yapılmaksızın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddi gerekir. Paydaş veya mirasçılar arabulucuya başvurur ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşama sağlanmazsa, davacı paydaş veya mirasçı, son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Aksi halde mahkeme, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiğini, sunulmadığı takdirde davasının usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderir ve fakat söz konusu evrak verilen süre içinde sunulmazsa, dava dilekçesinin, diğer tarafa tebliğine gerek olmaksızın, davanın dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddi söz konusu olur (HUAK m. 18/A/1).

⁴⁰ 02.07.1965 tarih ve 12038 sayılı RG.

Paydaş veya mirasçılar arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varırsa anlaşma belgesi⁴¹, kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenmelidir (HUAK m. 17/B/3; m. 18/B/2). Anılan durumda paydaş veya mirasçıların anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhi⁴² alması kanunî bir zorunluluk arz eder (HUAK m. 17/B/4; m. 18/B/3).

III. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

A. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu, bir son tutanak hazırlamak zorundadır⁴³; ancak arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşmak mecburiyetinde değildir⁴⁴. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varmaları halinde bir anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde, tarafların ortak bir çözüm üzerinde uzlaştıkları sonucuna varılır⁴⁵. Bu belgede, tarafların ve arabulucunun imzası yer alır⁴⁶ (HUAK m. 18/1). Tarafların anlaşması durumunu genel olarak düzenleyen HUAK m. 18’de ifade edilen “arbuluculuk anlaşma belgesi”⁴⁷, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde

⁴¹ Bkz. a.ş.a. III.

⁴² Bkz. a.ş.a. IV.

⁴³ Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018) 97.

⁴⁴ Azaklı Arslan, Betül, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018) 234; Elif Kismet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Adalet 2014) 183; Arabuluculuk süreci sonunda taraflar her zaman bir anlaşmaya varmasalar da amaç anlaşmanın gerçekleşmesidir. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (On İki Levha 2019) 108. Arabuluculuk süreci anlaşmayla sona ermesine bile taraflar birbirlerinin taleplerini öğrenmiş olur. Seda Özmumcu, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)* (On İki Levha 2013) 348.

⁴⁵ Kekeç (n 44) 179. Taraflar bu anlaşma belgesini kendi iradeleriyle meydana getirdikleri için, belgedeki borçları da ifa etme eğilimindedirler. Bu irade uyuşmasına rağmen taraflar anlaşma belgesine uymayabilir. Başka bir anlatımla taraflar sözleşmeye aykırı davranabilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin bağlayıcı niteliğinin tespit edilmesi bu noktada önem arz etmektedir. bkz. Azaklı Arslan (n 44) 43.

⁴⁶ Arabulucunun imzası, belgenin arabulucu nezdinde hazırlandığını gösterir. Büyükkay (n 43) 104. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda kendi aralarında sözleşme yapabilirler. Ancak arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmış olsalar da salt tarafların imzasıyla ortaya konulan bir anlaşma arabuluculuk anlaşma belgesi olarak adlandırılmamalıdır.

⁴⁷ Kanun’da “anlaşma belgesi” olarak ifade edilen belgenin başka belgelerle karıştırılmaması için çalışmamızda “arbuluculuk anlaşma belgesi” ifadesi tercih edilmiştir.

tarafaların açıklamış oldukları birbirine uygun iradelerine sonuç bağladığı için sözleşme⁴⁸ niteliğine sahiptir. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesi, Kanun'da ismen geçmesine rağmen sözleşmenin unsurlarına Kanun'da yer verilmediği için atipik bir sözleşmedir⁴⁹ ve usul hukuku açısından da bazı sonuçlar doğurmaktadır⁵⁰. Arabuluculuk anlaşma belgesi, atipik bir sözleşme olsa da, Kanun'da arabuluculuğun tarafları ve tarafların anlaşma esasları bir oranda belirlenebilir niteliğe sahip olduğu için, bu sözleşmenin unsurları ve hukuki niteliği de ortaya konulabilir. Anlaşma belgesinin asıl işlevi ise, ileride taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemektir⁵¹.

Anlaşma belgesi, yazılı⁵² olarak hazırlanmalıdır⁵³. Ancak, bu anlaşma adi yazılı şekilde yapılabileceği gibi, noterde düzenleme veya onaylama biçiminde de yapılabilir⁵⁴. Anlaşma belgesinin yazılı olması, ileride çıkabilecek ihtilafların engellenmesine hizmet eder⁵⁵. Taraflar, dilerse anlaşmanın gizli kalmasını da isteyebilirler⁵⁶. Tarafların uzlaştıkları metin açık, anlaşılır⁵⁷ ve tarafları bağlayıcı⁵⁸ bir şekilde kaleme alınmalıdır⁵⁹. Her iki tarafın da kendi lehine yorum yapabileceği

⁴⁸ Azaklı Arslan (n 44) 236; Büyükay (n 43) 108.

⁴⁹ Aynı yönde: Emel Badur, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 58; Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, 'Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi' (2023) (56) TAAD 548; Borçlar Hukukunda sözleşme için belirlenen sınırlar arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından da geçerlidir. Azaklı Arslan (n 44) 236. Taraflar tipik bir sözleşmeyi de yapabilir. Büyükay (n 43) 108.

⁵⁰ Akkan, Mine, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2, 1) DEÜHFD 16.

⁵¹ Büyükay (n 43) 98.

⁵² Ancak tarafların kendi arasında yazılı olmayan bir anlaşma yaparak da uyuşmazlığı çözmeleri mümkündür. Zira uyuşmazlık çözümlenmişse arabuluculuk süreci sonundaki nihai amaca ulaşılmıştır. Taraflar bu anlaşmayı yazılı hâle getirebilirler. Bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 184.

⁵³ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 191. Kanun'da öngörülen şekil şartı TBK m. 12/2 bağlamında bir geçerlilik şartıdır.

⁵⁴ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 109.

⁵⁵ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 108; Azaklı Arslan (n 44) 236; Kekeç (n 44) 185; Ancak anlaşmaya varılmış olması taraflar arasında hiçbir zaman ihtilaf çıkmayacağı anlamına gelmez. Kekeç (n 44) 183.

⁵⁶ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 108.

⁵⁷ Yanlış anlaşılmaya mahal vermeyen bir anlaşma yapılmalıdır: Kekeç (n 44) 181.

⁵⁸ Büyükay (n 43) 102.

⁵⁹ Kekeç (n 44) 180; Azaklı Arslan (n 44) 235; Büyükay (n 43) 102. Kısaltmalar mümkünse hiç kullanılmamalı ve metinde karalama yapmaktan kaçınılmalıdır [Kekeç (n 44) 181].

belirsiz ifadelerden kaçınmak gerekir⁶⁰. Anlaşmanın uygulanması şansını artıracak iyileştirmeler de anlaşma belgesine eklenebilir⁶¹. Ayrıca önemle ifade edilmelidir ki, anlaşma belgesinde, belirlenen edimin ifasının⁶² nasıl gerçekleşeceğinin yer alması, ortaya çıkabilecek belirsizlikleri engeller⁶³. Arabulucu bakımından ise, anlaşma belgesini saklama yükümlülüğü mevcuttur⁶⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, anlaşma belgesinin kim tarafından hazırlanması gerektiği hususunda bir netlik bulunmasa da, hazırlanma aşamasında arabulucu tarafından destek verilerek hazırlanan bir anlaşma belgesi, açıklık ve netliği sağlamada daha etkili olacaktır. Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması sayesinde taraflar arasındaki eşitlik dengesi de korunmuş olur⁶⁵. Bir anlaşmanın, ilâmlı icraya konu olabilmesi için belirli bir edimin ifasına yönelik bir anlaşmaya ihtiyaç vardır⁶⁶. Başka bir anlatımla anlaşmanın içeriği bir eda emri içermeli ve cebrî icraya elverişli olmalıdır⁶⁷. Doktrindeki hâkim görüş, arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin, mahkeme dışı sulh olduğu yönündedir⁶⁸. Bu belge için şerh alınmakla birlikte anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belgeye dönüşmektedir⁶⁹.

B. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesinin daha önce de ifade edildiği üzere bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir⁷⁰. Buradan hareketle tarafların anlaşmaya uy-

⁶⁰ Genel ifadeler ve temennilerden kaçınılmalıdır [Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n 44) 109].

⁶¹ Kekeç (n 44) 180.

⁶² Anlaşma belgesi edimin ifasına yönelmelidir [Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192].

⁶³ Büyükkay (n 43) 103.

⁶⁴ Arabulucunun sona erme tutanağını saklama yükümlülüğü olduğu gibi anlaşma belgesini de saklama yükümlülüğü bulunmalıdır [Büyükkay (n 43) 99].

⁶⁵ Büyükkay (n 43) 101.

⁶⁶ Azaklı Arslan (n 44) 235; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192.

⁶⁷ Özmumcu (n 44) 346. Anlaşma metni bir mahkeme hükmü gibi kaleme alınmalı, kayıt ve şarta tabi tutulmayan bir eda emri içermelidir. Zira mahkeme hükümleri de kayıt ve şarta tabi değildir [Kekeç (n 44) 182].

⁶⁸ Azaklı Arslan (n 44) 237; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 184.

⁶⁹ Büyükkay (n 43) 109.

⁷⁰ Taşpolat Tuğsavul'a göre arabuluculuk süreci sonunda tarafların üzerinde uyuştukları anlaşma belgesinin hukuki niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Çünkü bu konuda taraflar irade serbestisi çerçevesinde anlaşma metninin hukuki niteliğini kendileri belirler. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 190.

gun hareket etmemesi halinde⁷¹, borca aykırılıktan doğan sorumluluklarının gündeme geleceği söylenebilir. Borçlar Hukuku bağlamında sözleşme için aranan kurucu, geçerlilik ve etkinlik unsurları, anlaşma belgesi bakımından da aranmalıdır⁷². Arabuluculuk anlaşma belgesi, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olmamalıdır. Ayrıca, anlaşma belgesinin konusu arabuluculuğa elverişli bir uyumsuzluk olmalıdır⁷³. Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğini doğuracak herhangi bir eksikliğin varlığı halinde bu eksiklikle ilgili olarak tarafların dava açabilmesi gerekmektedir⁷⁴. Bunların yanı sıra irade sakatlığı ve aşırı yararlanma⁷⁵ hallerinde de anlaşma belgesinin iptali istenebilir⁷⁶. HUAK m. 18/5 anlaşma belgesinin geçersizliği konusunda dava açılmasına engel teşkil etmez⁷⁷. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesi bir mahkeme hükmü olmadığı için bu belgeye ilişkin tarafların kanun yoluna başvurusu mümkün değildir⁷⁸. Ancak, arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerektiğinden, bir çekişmesiz yargı faaliyetine konu edilmesi mümkündür.

Kanun koyucu, HUAK m. 18/4'te icra edilebilirlik şerhinin alınması mecburi olan haller hariç olmak üzere; taraflar arasındaki anlaşmanın icra edilebilir olması bakımından anlaşmaya taraf vekillerinin katılıp katılmadığına göre bir ayırım yapmıştır. Avukatın anlaşmaya katılması halinde icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç yoktur⁷⁹. Ancak taşınmazlar bakımından HUAK m. 17/B/4'te icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunluluğu getirilmiş ve "*taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyumsuzluklar*" bakımından icra edilebilirlik şerhi alınması gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Şerh için mah-

⁷¹ Beklenti tarafların anlaşmaya uymasıdır. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 115.

⁷² Aynı yönde Kekeç (n 44) 184; Ayşe Karaca Öz, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali', (2023) 11 (2) SÜHFD 1408.

⁷³ Büyükay (n 43) 103.

⁷⁴ Aynı yönde bkz.: Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 22; Azaklı Arslan (n 44) 246; Kekeç (n 44) 185; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 184.

⁷⁵ Karaca Öz (n 72) 1420 vd.

⁷⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 198; Özmumcu (n 44) 346.

⁷⁷ Bu düzenleme bir temenni hükmünden öteye geçemez. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 114.

⁷⁸ Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti değildir. Tarafların anlaşması da bir mahkeme hükmü değildir. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 197.

⁷⁹ Kekeç (n 44) 186; Bu düzenlemenin faydalı bir fazlalık olduğu yönündeki düşünce için bkz. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 112.

kemenin sınırlı bir inceleme yapma yetkisi olup⁸⁰ içerik denetimi yapılması mümkün değildir. İcra edilebilirlik şerhi incelemesinde mahkeme, anlaşmanın içeriğinin cebrî icraya elverişli olup olmadığını inceler ve anlaşma içeriğinin kamu düzeni ve emredici hükümlere uygunluğunu resen araştırır⁸¹. İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararın istinaf yoluyla bölge adliye mahkemesi önüne götürülmesi halinde, mahkemenin vereceği karar kesindir⁸².

Anlaşma belgesi usul hukuku açısından ilâm niteliğinde belgedir⁸³; ancak maddî anlamda kesin hüküm değildir⁸⁴. Çünkü, arabuluculuk sonunda varılan anlaşma, bir mahkeme hükmü değildir ve bu anlaşma çerçevesinde hazırlanan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi işi de, çekişmesiz yargı işidir. Yani, anlaşma belgesi kesin hüküm teşkil etmese de kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır⁸⁵.

C. Anlaşma Belgesinde Şekil Unsurunun Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıkları Bakımından İncelenmesi

Borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında kural olarak şekil mecburiyeti bulunmasa da, bazı hukuki işlemlerin geçerli bir hukuki sonuç doğurması için belirli bir şekilde yapılması gerekliliği kabul edilmiştir⁸⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesi, yazılı şekil şartına tabi kılınsa da arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlık hakkında tarafların kendi arasında bir sözleşme yapmak istemeleri halinde, bu sözleşmenin resmî şekilde yapılması gerekliliği öngörülen hallerde, arabuluculuk anlaşma belgesinin resmî şekle tabi olup olmadığı meselesi belirsizlik arz etmektedir⁸⁷.

Çalışmamız itibarıyla konusu taşınmaz olan paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda ortaklığın giderilmesi anlaşmasının taşınmazın devri sonucu doğurması ihtimali dikkate alındığında, bu konuda arabuluculuk anlaşma belgesi hazırla-

⁸⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 112.

⁸¹ Azaklı Arslan, (n 44) 240; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 195.

⁸² Azaklı Arslan (n 44) 242. İstinafta kamu düzeni açısından bir inceleme yapılabilir; ancak içerik denetimi yapılamaz. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 197.

⁸³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 116; Özmumcu (n 44) 345; Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 6.

⁸⁴ Azaklı Arslan (n 44) 242.

⁸⁵ Azaklı Arslan (n 44) 243; Ayrıca bkz. aşağıda III, A.

⁸⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin 2015) 240.

⁸⁷ Bkz. Büyükay (n 43) 105.

nırken, resmî şekil şartına uyulması meselesinin tartışmalı olduğu söylenebilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁸⁸, taşınmazın devrini sağlayan bir anlaşma belgesinin geçerli sonuç doğurması için resmî şekil koşuluna uyulması gerekir ve resmî şekle uyulmadan yapılan bir anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilemez. Doktrinde ifade edilen başka bir görüşe göre, arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı olarak hazırlanması ve icra edilebilirlik şerhinin alınması, tapu sicilinde tescil işlemine dayanak bir belge olması açısından yeterlidir. Ayrıca, anlaşma belgesinde arabulucunun da imzasının bulunması sebebiyle, belgenin resmî şekilde düzenlendiğini düşünülebilir⁸⁹. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş⁹⁰, arabuluculuk faaliyetinin sonucunda, uyuşmazlığın taraflarının, taşınmazın devrine yönelik olarak anlaşmalarından sonra, taşınmazın devrinin ve tescilinin cebri icra konusu edilmeye elverişli olmaması gerekçesiyle, mahkemeden, bu konuda icra edilebilirliğe ilişkin bir şerhin verilmesinin istenemeyeceği yönündedir. Dolayısıyla taşınmazlarının devrine ve tesciline ilişkin işlemlerin taraflarca bizzat gerçekleştirilmesi gerektiği; mutlaka hukuken bağlayıcı bir anlaşma yapılmak isteniyorsa da, dava açılmadan önce gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti kapsamında anlaşmanın taraflarca noter huzurunda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılacak düzenlenebileceği ve hatta, taraflarca bu sözleşmenin tapuya da tescil ettirilebileceği ya da anlaşma belgesinde cezai şartın kararlaştırılarak veya doğrudan doğruya tapuda devir işlemlerini gerçekleştirebileceklerini; şayet dava açılmasından sonra arabulucuya başvurulmuşsa, bu kapsamda yapılacak taşınmaz devrini öngören anlaşmanın, bir mahkeme içi sulh şeklinde kabul edilip HMK m. 315/1 uyarınca hükme geçirilebileceği ve ilâm hâline getirilebileceği ileri sürülmektedir.

Taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında anlaşma belgesinin şekline ilişkin olarak bir belirleme yapmak için, bu durumda tarafların kendi aralarında sözleşme yapmaları halinde, anılan sözleşmenin şekline de bakılması ve bundan yola çıkarak bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Taşınmaz mülkiyetinin, hak sahibi kimseden üçüncü bir kimseye geçişi, devri konu edinen bir sözleşmeyle ve tescil işleminin yapılmasıyla gerçekleşir. TMK m. 706/1 hükmüne göre de, devri konu edinen sözleşmenin, resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Bu devir sözleşmesine resmîyet kazandıracak kişi ise, tapu müdürü ya da tapu memurlarıdır (TK m. 26/1). Başka bir ifadeyle, taşınmazın üzerinde yer

⁸⁸ Büyükay (n 43) 106.

⁸⁹ Badur (n 49) 64 vd.

⁹⁰ Bulur (n 30) 503-504.

alan aynî haklara ilişkin yapılacak resmî senetlerin, tapu müdürü veya tapu memurlarınca düzenlenmesi gerekir (TK m. 26/1). Paylı mülkiyetin veya miras ortaklığı sebebiyle ortaya çıkmış olan elbirliği mülkiyetinin, yani birlikte mülkiyetin, sona erdirilmesi ve birlikte mülkiyetin konusunu oluşturan taşınmazın paylaşılması için, taşınmaz mülkiyeti üzerinde değişiklik gerçekleştirecek işlem/işlemler yapılır. Her durumda doğrudan taşınmaz mülkiyetinin devri gerçekleşmese de, (Örneğin tabii paylaşmada devirden bahsedilir) taşınmaz mülkiyetinde değişikliğe yol açacak bir işlem, kural olarak mevcuttur. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyeti üzerinde değişikliğe yol açacak işlemlerin (taşınmazın devri de dahil olmak üzere) resmî şekle uygun yapılması elzemdir. Bu açıdan bakıldığında, paylı mülkiyette, taşınmazdaki paylı mülkiyet halinin, ferdi/bireysel mülkiyete dönüşmesi amacıyla yapılacak sözleşme, resmî şekle tabidir. Ancak, miras ortaklığının varlığı halinde meydana gelen elbirliği mülkiyetinin, ferdi/bireysel mülkiyete dönüştürülmesi amacıyla yapılacak sözleşme bakımından aynı durum geçerli olmayacaktır. Nitekim miras ortaklığı bakımından durumu farklılaştıran hususlar, TMK m. 676/3'de yer alan *"Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır"* hükmü ile *"Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemler"* başlığı altında 1512 sayılı Noterlik Kanunu⁹¹ (NK) m. 89'da *"Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir"* hükmüdür. Görüldüğü üzere her iki düzenleme birbirine zıt ifadeleri içermektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe ve Yargıtay'ın 26.11.1980 tarih ve 5/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, *"...NK m 89, TMK m. 676'yı değiştirmiş değildir; zira bu kanun, mirasçılardan sözleşmeyi noterler huzurunda yapmaya karar vermeleri halinde noterlerin nasıl davranması gerektiğini belirlemektedir. Dolayısıyla taşınmazların paylaşılması hususunda TMK m. 676'ya göre adi yazılı şekilde yapılan sözleşmeye dayanılarak, taşınmazın mülkiyeti resmî şekil aranmaksızın, tescil ile birlikte devredilebilir..."*⁹² Nitekim, Kanun tarafından aranan geçerlilik şekli, adi yazılı şekildir ve eğer miras ortaklığı sebebiyle oluşan elbirliği mülkiyetinin sona ermesi ve bunun zorunlu sonucu olarak mülkiyet konusu malın paylaşılması, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan anlaşma ile yapılmışsa, taşınmazın devri için adi

⁹¹ 05.02.1972 tarih ve 14090 sayılı RG.

⁹² Kılıçoğlu (n 12) 417-420. Ayrıca bkz. Süha Tanrıver, 'Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89'uncu Maddesi', (2017) (2) TNBHD 23-30.

yazılı şekil ve HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3 çerçevesinde alınması zorunlu olan icra edilebilirlik şerhinin de alınmasıyla taşınmaz, mirasçı/mirasçılar adına tescil edilebilir. Ancak, paylı mülkiyet konusu taşınmaz/taşınmazların paylaşılması bağlamında; tapuya kayıtlı taşınmazların paylı mülkiyete konu teşkil etmesi halinde yapılacak olan ortaklığın giderilmesi (paylaşma) sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerektiğinden (TK m. 26) ve her payın, bağımsız olarak tapu kütüğüne kayıt ve daha sonra paydaş adına tescili gerektiğinden, yukarıdaki açıklamalardan farklı bir durumun varlığına işaret etmek gerekir. Paylı mülkiyete çevirme konusunda paydaşların, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaları ihtimalinde, arabuluculuk faaliyetin sonunda kanunun aradığı şekilde ortaya çıkan anlaşmanın, resmî şekle uyulmaksızın yapıldığı ortadadır. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanması tek başına yeterli olmayıp, icra edilebilirlik şerhinin de alınması mecburidir (HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3). Bu çerçevede, devlet mahkemelerince anlaşma belgesinin icra kabiliyetine haiz olduğunu gösteren icra edilebilirlik şerhinin verilmesiyle birlikte, tapuda tescil işlemi yapabilmek için varlığı aranan resmi şekil koşulunun gerçekleştiği kanaatindeyiz. Nitekim, mahkemeden alınması zorunlu olan icra edilebilirlik şerhiyle birlikte, arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın, resmi bir nitelik kazanması sebebiyle, mahkemece şerh verilerek ilam niteliği kazanan anlaşmanın, tapuda tescil işleminin yapılabilmesi için geçerli bir neden oluşturduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla, hukuk kurallarını tarafsız ve bağımsızlık niteliklerine uygun şekilde somut olaya uygulayan hâkimin (mahkemenin), yargılama faaliyeti kapsamında şerh vermek suretiyle icra edilebilir olduğunu tescillediği bir sözleşmeyle tapuda her bir paydaş adına taşınmazın paylaşılmış bölümlerine ilişkin olacak tescil işlemi geçersiz kabul etmek; buna mukabil bir tapu memurunca resmiyet kazandırılmış sözleşmeyle tapuda paydaşlar adına tescil işlemi kabul etmek, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/5'e⁹³, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 24 ile "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*" hükmü eklenmiştir⁹⁴. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma sağlanıp düzenlenen ve icra edilebilirlik şerhi

⁹³ Dava şartı olduğu yönünde bkz. Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 17 vd.

⁹⁴ Bu hükümlerle temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün fiili olarak gerçekleşmesi için hak sahibine, anayasal güvence ile sağlanmış dava hakkı, Anayasa'nın 13. maddesine uygun olmayan şekilde sınırlandırılmıştır.

alınmış olan anlaşma belgesi bulunması sebebiyle üzerinde uzlaşmaya varılmış bulunan konularda, yeniden dava açılmasının mümkün olmaması dikkate alındığında, tapu müdürü ya da memuru tarafından resmî şekilde düzenlenmiş senedin/sözleşmenin, tescil bağlamında taşıdığı niteliğin, icra edilebilir niteliğe sahip anlaşma belgesine de tanınması gerektiği görüşünderiz. Ayrıca, 7036 sayılı Kanun m. 24 ile eklenen ve 7445 sayılı Kanun m. 35 ile değişikliğe uğrayan HUAK m. 18/4'de yer alan *“Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kıldığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır”* hükmü taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bakımından HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3 nedeniyle uygulanma alanı bulmayacaktır.

Sonuç itibarıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar, taşınmazın konu olduğu ve taşınmazın aynına ilişkin sonuç doğuran ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında da tapuda ya da noterde bir sözleşme yapmaya gerek olmaksızın arabulucunun imzasıyla bir anlaşma yapabilirler. Bu anlaşma, tarafların ve arabulucunun imzasıyla birlikte anlaşma için aranan geçerlilik şekil şartını yerine getirmektedir. Bu bağlamda, arabuluculuk anlaşma belgesinin ortaklığın giderilmesine konu taşınmaz için hazırlanması durumunda da geçerlilik şekline aykırılık teşkil etmediği kabulü edilmelidir. Nitekim kanunda açıkça ortaklığın giderilmesi için arabuluculuğa başvurulması dava şartı arabuluculuk kapsamında öngörülmüş ve arabulucunun diğer faaliyetlerinde olduğu gibi bu faaliyeti neticesinde de anlaşma belgesi hazırlayabileceği kabul edilmiştir. Bu belge de icra edilebilirlik şerhiyle birlikte ilâm niteliğinde belge niteliğini haiz olabilir ve icra edilebilirlik şerhinin alınmasıyla birlikte tescile dayanak bir belge⁹⁵ özelliğini taşıyabilir. Aksinin kabul edilmesi, yani taşınmazın konu olduğu ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında mutlak surette tapuda veya noterde bir anlaşma yapılması şartının aranması, arabuluculuk sürecini etkisiz kılar. Ancak taraflar anlaşma belgesi düzenlemek yerine, tapuda bir anlaşma da yapabilir⁹⁶.

⁹⁵ Arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alınmadıkça tescile dayanak bir belge teşkil etmez.

⁹⁶ Aynı yönde Kurt Konca ve Badur (n 49) 562.

D. Anlaşma Belgesinin Kanunî Sınırlar İçinde Hazırlanması

Mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir (AY. m. 35/2). Ayrıca HUAK m. 17/B-3⁹⁷ ve m. 18/B-2⁹⁸ de tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesinin⁹⁹ taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulması gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda arabuluculuk anlaşma belgesi mülkiyet hakkının kanunî sınırlamalarına uygun olmalıdır. Borçlar hukukunun temel anlayışı içerisinde sözleşme serbesti ilkesi hâkim olsa da kanun belirli sınırlamalar öngörmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce anlaşma belgesi TBK m. 27'deki sınırlamalara uygun olmalıdır. Başka bir anlatımla arabuluculuk anlaşma belgesi kanuna, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamalı ve anlaşma belgesinin konusu imkânsız olmamalıdır. Aksi hâlde anlaşma belgesi kesin hükümsüz olur.

Konumuz itibarıyla anlaşmaya konu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet, elbirliği ya da paylı mülkiyet şeklindedir. Bu bağlamda anlaşma belgesinde ger-

⁹⁷ “Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.”

⁹⁸ “Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.”

⁹⁹ 14.11.2024 tarihli ve 32722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B maddesine altıncı fıkra; 18/B maddesine ise beşinci fıkra eklenmiş olup, tapu müdürlüğünce resmi senet düzenlenmeksizin, arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflardan birisinin tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabileceğine işaret edilmiştir. Bunun üzerine 29.11.2024 tarihinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından, Tapu Sicilinde Arabuluculuk Uygulamaları Konulu 2024/5 sayılı Genelge çıkartılmıştır. Genelge için bkz.: <https://www.tkgm.gov.tr/tapusicilinde-arabuluculuk-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 01.12.2024). Bu Genelge’ye göre anlaşma belgesinde; *tarafların kimlik bilgilerine (T.C. kimlik numarası, ad soyad, anne ve baba adı, doğum tarihi, T.C. kimlik kartı seri numarası), anlaşma belgesi vekil tarafından imzalanmış ise vekaletin ait olduğu notere, vekaletname tarihi ve yevmiye numarasına, taşınmazın tanımlayıcı bilgilerine (il, ilçe, köy/mahalle, ada-parcel, varsa blok, kat ve bağımsız bölüm numarası, taşınmaz hisseli ise anlaşmaya konu hisse miktarı), anlaşma bedeline, taşınmaza ait güncel tapu kaydında yer alan takyidlere (ipotek, şerh, beyan, hak ve mükellefiyetler vb.) ve tarafların ve arabulucunun islak imzalarına* yer verilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde anlaşmaya ilişkin hususlar, açıkça, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak bir şekilde belirtilir; anlaşma belgesi, tarafların taşınmazın tesciline dair kabul beyanlarını da içerir. Taşınmazın güncel tapu kaydında yer alan takyidlere arabuluculuk anlaşma belgesinde yer verilmeyerek belgeye ek yapılması halinde söz konusu belgede kaydın ek yapıldığının belirtilmesi ve eklerin de tarafların tamamı ve arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir.

¹⁰⁰ Her iki kanun hükmünün de kanun sistematığı açısından birbiriyile tutarlı olduğunu belirtmek gerekir.

çeleştirilen anlaşma; elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet için kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır. Paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşmayı isteme hakkına¹⁰¹ getirilen sınırlamalar başta olmak üzere mülkiyet hakkına getirilen özel nitelikli sınırlamaları incelemekte fayda vardır. Paylaşmayı isteme hakkına TMK kapsamında getirilen sınırlamalar; paydaşlar arasında idame-i şüyu anlaşması, uygun olmayan zamanda paylaşmanın istenememesi ve paylı malın bir devamlı amaca özgülendiği bulunması şeklinde sıralanabilir¹⁰². Paylı mülkiyet ilişkisinin devamına ilişkin idame-i şüyu anlaşmasının varlığına rağmen tarafların, oybirliğiyle bu anlaşmayı bertaraf ederek paylaşmayı gerçekleştirebilmeleri mümkündür¹⁰³. Arabuluculuk anlaşma belgesinde de taraflar oybirliği ile anlaşarak paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirebilirler. İdame-i şüyu anlaşması, paylaşmayı isteme hakkına getirilen bir sınırlama olsa da bu sınırlamanın irade özgürlüğü çerçevesinde oybirliğiyle anlaşma sağlanarak ortadan kaldırılabileceği kabul edildiğinden idame-i şüyu anlaşması, arabuluculuk anlaşma belgesinin paydaşların oybirliği ile hazırlanmasına bir engel teşkil etmez. Uygun olmayan zamanda paylaşmanın istenememesi durumu dürüstlük kuralının uygulama alanının özel bir görünüm halidir¹⁰⁴. Paydaşlardan birisi uygun olmayan zamanda paylaşmayı isteme hakkını kullanırsa, dürüstlük kuralı uyarınca bu talebi mahkeme huzurunda kabul görmez. Ancak paydaşlar, oybirliği ile anlaşmaya vardıkları takdirde, bu şekilde uygun bulunmayan bir zamanda paylaşım iddiasından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde paydaşlar oybirliğiyle anlaşarak paylaşmayı kabul ederse anlaşma belgesi, diğer hukuka uygunluk sebeplerini taşıyorsa tarafların iradesine göre hazırlanmalıdır. Doktrinde, paylı bir malın sürekli amaca özgülendiğinden söz edebilmek için, paylı mülkiyetin, eşyaya bağlı mülkiyet şeklinde kurulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁵. Eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisini taraflar oybirliği ile sona erdirirse, pay-

¹⁰¹ Paylaşmayı isteme hakkı paylı mülkiyet ilişkisinde her paydaşa tanınmış paya bağlı bir haktır. Sirmen (n 9) 410. Paylaşmayı isteme hakkı kanundaki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla paydaşlar tarafından her zaman kullanılabilir.

¹⁰² Sirmen (n 9) 411 vd.

¹⁰³ Haklı sebepler varsa anlaşma süresi bitmeden önce de paylaşma istenebilir. Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016) 71; C. Wieland, *Kanunu Medenide Aynı Haklar* (Çeviren: İ. Hakkı Karafakı) (1946) 86; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku (Aynî haklar)* (1954) 249-250; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 9) 423; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 609; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 277.

¹⁰⁴ Akipek (n 9) 41; Ayan, Mülkiyet (n 103) 74.

¹⁰⁵ Sirmen (n 9) 412; Akipek (n 9) 40; Ayan, Mülkiyet (n 103) 73; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 610.

laşmayı isteme hakkının kullanılmasının önünde bir engel yoktur¹⁰⁶. Böylece arabuluculuk anlaşma belgesi de tarafların oybirliğiyle anlaşması üzerine hazırlanabilir.

Paylaşmayı isteme hakkının sınırları TMK hükümlerinde belirtilenlerden ibaret değildir¹⁰⁷. KMK m. 7'ye göre kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olan taşınmazda paylaşma istenemez; ancak bağımsız bölüm üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşma istenebilir. Buradaki kanunî sınırlama, arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması için de bağlayıcı niteliktedir. Arabulucu, KMK m. 7'deki sınırlamaya aykırı olarak bir anlaşma belgesi hazırlayamaz. Öte yandan ana taşınmazdaki kat mülkiyeti ya da kat irtifakı ilişkisi sona erdirilirse paylaşmanın gerçekleşmesinin önünde bir engel yoktur.

775 sayılı Gecekondu Kanunu¹⁰⁸ m. 34/I-d ile m.34/III hükümleri uyarınca özgülenen taşınmazlarda, tahsis tarihinden itibaren 10 yıllık süre için paylaşmayı isteme hakkı ortadan kaldırıldığı için burada ortaklığın giderilmesi davası açılmasının da söz konusu olamayacağı ifade edilmelidir¹⁰⁹. Bu nedenle arabulucunun, anlaşma belgesini hazırlarken, taşınmazın kanunda belirtilen niteliğe sahip olup olmadığı durumunu da irdelemesi gerekir. Paylaşmaya engel bir başka husus ise 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun¹¹⁰ m. 6'da düzenlenmiştir. Bu hükmün kapsamında değerlendirilen ve paylı mülkiyet hükümlerine tabi bulunan taşınmazlarda, kanunda sayılmış olan işlemler salt çoğunlukla yapılabileceğinden, ortaklığın giderilmesi isteme hakkı da bu taşınmazlar bakımından kullanılamaz; ortaklığın giderilmesi davası da açılmaz¹¹¹. Ancak böyle bir durumda arabuluculuk anlaşma belgesinin paydaşların oybirliğiyle hazırlanmasının önünde hiçbir engel yoktur.

Paylaşmayı isteme hakkının kullanılamaması durumunun yanı sıra, paylı mülkiyete konu taşınmazın hukuken bölünememesi meselesinin de incelenme-

¹⁰⁶ Sirmen (n 9) 413.

¹⁰⁷ Ayan, Mülkiyet (n 103) 74.

¹⁰⁸ 30.07.1966 tarih ve 12362 sayılı RG.

¹⁰⁹ İlgili kanun m. 34/3 bağlamında, 20 yıllık süre içinde borçlanma bedellerinin tamamının ödenmesi halinde tüm sınırlamaların kalkacağı ve bu çerçevede ortaklığın giderilmesini isteme hakkının kullanımı ve dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması da mümkün olacaktır.

¹¹⁰ 31.05.2012 tarih ve 28309 sayılı RG.

¹¹¹ Oğuzman, Selici ve Oktay Özdemir (n 9) 331, dn. 227a; Ergun Özsunay, *6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat 2015) 25.

si gerekir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazların asgari yüzölçümünü belirleyen 3194 sayılı İmar Kanunu¹¹² ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu¹¹³ (TKAKK) düzenlemelerine aykırı bir paylaşma usulü benimsenemez. İmar Kanunu uygulamalarına göre inşaat alanı için belirlenmiş asgari yüzölçümünün altında bir paylaşma usulü belirlemek mümkün değildir. Asgari ölçülerde parsel elde edebilmek için İmar Kanunu m. 18 kapsamında paylı hale getirilen taşınmazlarda paylaşma ancak satış suretiyle mümkündür¹¹⁴ (İmar Kanunu m. 16/5). Yine tarımsal arazilerin asgari yüzölçümü büyüklüğünü belirleyen TKAKK m. 8 hükmü de dikkate alınmalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesinde TKAKK m. 8 kapsamında belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında bölünme gerçekleştirilemeyeceği için paydaşlara asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında bir taşınmaz özgülenemez.

Paylaşma yapılırken dikkate alınması gereken bir başka kanunî düzenleme ise TMK m. 699'dur. Paylaşma kural olarak aynen bölüşme şeklinde gerçekleştirilmelidir. Ancak yukarıda ifade edilen sınırlandırmalar da dikkate alınarak hukukten bölünmeye müsait olmayan bir taşınmaz varsa, aynen paylaşma gerçekleştirilemez. Ayrıca, paylara para eklenmesi de mümkündür. Öte yandan, bazı paydaşlara yalnızca mal ve bazılarında da para verileceği yönünde bir paylaşım biçimi, arabuluculuk anlaşma belgesinde kabul edilmemelidir. KMK m. 10/7'ye göre kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir bina söz konusu ise aynen bölüşme, kat mülkiyetine çevirme ve paydaşlara bağımsız bölüm özgülleme de mümkündür¹¹⁵. Arabuluculuk anlaşma belgesinde paylı malın satışına da karar verilebilir.

Elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyetteki gibi bir pay kavramı yoktur; ancak elbirliği ortaklığında da ortakların tasfiyeden kendilerine düşecek payı isteme yetkileri vardır¹¹⁶. Bu kapsamda ortaklığın giderilmesini de isteyebilirler. Ancak öncelikle aralarındaki ortaklık ilişkisinin sonlandırılması gerekir. Elbirliği mülkiyeti ilişkisinde miras ortaklığında kendine özgü durumlar olduğu için, öncelikle miras ortaklığına özgü kanunî sınırlamalar değerlendirilecektir.

Miras ortaklığından kaynaklı uyuşmazlıklarda paylaşmaya konu terekenin mirasçıları arasında ceninin bulunması, mirasçılar arasında idame-i şüyu veya

¹¹² 09.05.1985 tarih ve 18749 sayılı RG.

¹¹³ 19.07.2005 tarih ve 25880 sayılı RG.

¹¹⁴ Sirmen (n 9) 416.

¹¹⁵ Sirmen (n 9) 417.

¹¹⁶ Akipek (n 9) 48.

miras ortaklığının devam anlaşması, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ve TMK m. 642/3 kapsamında mahkeme kararının varlığı, arabuluculuk anlaşma belgesi hazırlanırken dikkate alınması gereken meselelerdir.

Mirastan pay alma ihtimali olan bir cenin varsa mirasın paylaşılması ceninin doğumuna kadar ertelenir (TMK m. 643/1¹¹⁷). Mirasçı olma ihtimali bulunan cenin, miras ortaklığının ceninin doğumuna kadar ertelenmesine ve buna bağlı olarak da paylaşmaya engel olmasına neden olan bir hal olduğu için, bu kural arabuluculuk anlaşma belgesinde dikkate alınması gereken bir sınırlamadır. Ayrıca TMK m. 642/3: *“Paylaşmanın derhâl yapılması, paylaşım konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa; sulh hâkimi, mirasçılardan birinin istemi üzerine bu malın veya terekenin paylaşılmasının ertelenmesine karar verebilir”* düzenlemesi kapsamında, mahkeme kararı varsa arabuluculuk anlaşma belgesinde erteleme kararına uymayan bir paylaşma yapılamaz. Yine paylı mülkiyette olduğu gibi miras ortaklığında da mirasçılar arasında ortaklık ilişkisinin devamına yönelik bir anlaşma gerçekleştirilmiş olabilir. Bu anlaşmanın oybirliği ile kaldırılması sonucunda, arabuluculuk anlaşma belgesinde bir paylaşımın gerçekleştirilmesinin önünde bir engel yoktur.

Mirasbırakan, tasarruf özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufla, malvarlığının ölüm sonrası akıbetini serbestçe belirleyebilir¹¹⁸. Mirasbırakan paylaşma kuralları çerçevesinde mirasın belirli bir süre paylaşılmasının engellenmesini isteyebilir. Ancak mirasçılar oybirliğiyle anlaşarak bu belirlemenin dışına çıkılabilir¹¹⁹. O halde mirasbırakan, paylaşma kuralı olarak, mirasın paylaşılmasının belirli süre ertelenmesine karar vermişse miras-

¹¹⁷ Bu hüküm emredici nitelikte bir hükümdür ve aksi kararlaştırılmaz [Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 509; Peter C. Schaufelberger und Katrin Keller Lüscher, *Basler Kommentar Hon-sell-Vogt-Geiser Hrsq.*, *Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB)* (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2015) 754].

¹¹⁸ Zarife Şenocak, ‘Mirasbırakanın Paylaşma Kuralları’, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan (Şekin 2009) 601.

¹¹⁹ TMK m. 646/2 *“Aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar.”* ifadesiyle mirasçıların paylaşmada irade özgürlüğüne işaret etmektedir. TMK m. 647/II’de ise mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla koyduğu paylaşma kuralının mirasçılar açısından bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir. Bu ifadeden söz konusu paylaşma kurallarının emredici nitelik taşıdığı düşünülebilir. Mirasbırakanın paylaşma kurallarına emredici nitelik verildiği takdirde mirasçılarının paylaşmada irade özgürlüğüne bir sınırlama getirilir. Ancak mirasbırakanın paylaşma kuralları emredici niteliğe haiz değildir. Mirasçılar oy birliği ile anlaşarak mirasbırakanın paylaşma kurallarını bertaraf edebilir. Aynı yönde bkz. Şenocak (n 118) 607; Antalya (n 14) 456; İnan, Ertaş ve Albaş (n 12) 554.

çılar buna uymak zorundadır; ancak oybirliğiyle bir anlaşma yaparak bu belirlemeden önce bir paylaşmayı arabuluculuk anlaşma belgesiyle sağlayabilmelidir.

Miras ortaklığı dışında diğer elbirliği mülkiyeti ilişkilerinde de ortaklığın sona erdirilmesi öncelikle bu ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesine bağlıdır. Ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi, her ortaklık için ayrı hükümlere tabidir¹²⁰. TMK m. 703/2’de paylı mülkiyete, “Paylaştırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır” düzenlemesiyle atıf yapılmıştır. Bu bağlamda elbirliği ortaklığıyla ilgili hükümlerde bir boşluk bulunması hâlinde paylı mülkiyete ilişkin kurallar geçerli olur. Paylı mülkiyete ilişkin yukarıdaki açıklamalar bu kapsamda elbirliği ortaklığı için de geçerlidir.

III. İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi

A. İcra Edilebilirlik Şerhinin Hukuki Niteliği

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde bir anlaşmaya varmaları halinde, kapsamı ve içeriği taraflarca belirlenmiş olan anlaşma belgesi, uyuşmazlığın tarafları, varsa vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanır. Kural olarak tarafların, arabuluculuk faaliyeti neticesinde vardıkları anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekir (HUAK m. 18/2). Böylece icra edilebilirlik şerhini içeren anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge hükmünü kazanır. Ancak burada, anlaşma belgesini imzalayan kişilerin kim olduğuna göre, kanun koyucu ayrıca bir belirleme yapmıştır. Bu çerçevede, mevzuatta icra edilebilirlik şerhinin alınması şart koşulan haller istisna olmak üzere, kural, taraflar ve avukatları ile arabulucu/arabulucuların birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmadan da ilâm niteliğinde bir belge niteliğine sahip bulunduğudır. Ancak ticari uyuşmazlıklar bakımından bir istisna getirilmiş olup, sadece taraf avukatlarıyla arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilâm niteliğinde belge vasfı kazandırılmıştır (HUAK m. 18/4). Ayrıca, aynı Kanun’un 18/B maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde işaret edilen taşınır ve taşınmazların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında düzenlenecek anlaşma belgesinin, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, kim tarafından imzalanmış olursa

¹²⁰ Sirmen (n 9) 430.

olsun mutlaka icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla burada öncelikle arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge sayılabilmesi için gerekli olan icra edilebilirlik şerhiyle ilgili açıklamalar yapılmalıdır.

Öncelikle, ilâm niteliğinde belgelerin nelerden ibaret bulunduğu konusunda hem özel kanunlarda hem de İcra ve İflas Kanunu'nda¹²¹ (m. 38, m. 150/h) hükümler sevk edilmiştir. İlâm niteliğinde belgeler, icra edilebilirlik bağlamında mahkeme hükümleriyle eş değer bir etkiye sahip olup, alacağın doğrudan ilamlı icra yoluyla takibine olanak tanır. Ancak burada önemle ifade edilmelidir ki, ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler tümüyle aynı hüküm ve sonuçları doğurmaz, sadece icra edilebilirlik bağlamında benzer etkiye sahiptirler¹²². İlâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler arasındaki temel farklılık, ilâmların kural olarak maddî anlamda kesin hüküm gücüne¹²³ sahip olmaları yanında, ilâm niteliğinde belgelerin bu vasfa sahip bulunmamalarıdır¹²⁴. Nitekim ilâm kavramı, mahkemelerin vermiş olduğu nihai kararların davanın taraflarına verilen onaylı suretini ifade eder. İlam niteliğinde belge ise, ilâmın doğurduğu hukuki sonuçları doğurmayıp, onunla sadece icra edilebilirlik bağlamında aynı doğrultuda hüküm ve sonuç doğuran bir belgedir.

İlâmların cibrî icra konusu edilebilmesi için; icra edilebilir olması, uyumsuzluğu esastan çözümlenmesi ve yargılamaya son verecek nitelikte bulunması gerekir. İlâmlar; verme, yapma ya da yapmama gibi bir edimi içermesi koşuluyla eda emrini içeriyorsa icra edilebilir nitelik taşır¹²⁵. İlâm olmayıp da ilâm niteliğinde olduğuna işaret edilen belgeler bakımından ise, icra edilebilirlik bağlamında hak sahibi olanların, haklarının açık, kesin ve hiçbir tereddüt uyandırmayacak şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir¹²⁶. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflarca veya vekillerince ya da birlikte imzaladık-

¹²¹ 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı RG.

¹²² Sûha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996) 83; Mustafa Serdar Özbek, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3 (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75.

¹²³ Anlaşma belgelerinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından kesin hüküm etkisinin tanınmamasının eksiklik teşkil ettiği yönünde bkz.: Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, (Adalet 2020) 73.

¹²⁴ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 83; Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 75.

¹²⁵ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 43.

¹²⁶ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 83.

ları, arabulucunun da imzasının yer aldığı anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi bağlamında, bu belgenin kesin ve şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta olması gerekir. Zira bu belge ilâm niteliğinde belge hükmüne sahip olacak ve icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra, ilâmların tabi olduğu prosedürlere göre ilâmlı icra takibi başlatılabilecek ve takip hukuku bağlamında kullanılacaktır. Taşınmazın aynında değişikliğe yol açabilecek anlaşma belgesinin tapuda doğrudan işleme konulabilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmasını öngören HUAK m. 17/B ve 18/B maddelerindeki hükümlerin getiriliş amacı da arabulucunun veya tarafların dikkatinden kaçmış olabilecek eksikliklerin yahut hukuka aykırılıkların, mahkeme tarafından denetlenmesi suretiyle giderilmesidir¹²⁷. Ancak, bu konuda verilecek olan icra edilebilirlik şerhinin, gerçek anlamda anlaşma belgesini ilâmlı icraya konu kılıp kılamayacağı tartışılabilir¹²⁸.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkılarak, icra edilebilirlik şerhinin, arabuluculuk anlaşma belgelerinin, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli ve varılan anlaşmanın icra edilebilir nitelik taşıdığını gösteren, mahkemece verilen bir belge olduğu söylenebilir¹²⁹. İcra edilebilirlik şerhi, Almanya, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerde ilâmlara icra gücünü kazandırmak amacıyla ilâma yahut icra edilebilir bir belgeye eklenen şerh şeklinde hazırlanırken; Türkiye ve İtalya gibi ülkelerde, mahkeme kararlarına ya da ilâm niteliğindeki belgelere ayrıca eklenmesine gerek yoktur¹³⁰. Bununla birlikte hukukumuzda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK m. 17/A, m. 17/B, m. 18 ve 18/B) ilâ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 414/2) icra edilebilirlik şerhinin alınması gereken hallere işaret edilmiş ve belirli usuller öngörülmüştür.

B. İcra Edilebilirlik Şerhi İçin Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verecek mahke-

¹²⁷ Kurt Konca ve Badur (n 49) 549-550.

¹²⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. aşa. IV-A-2 vd.

¹²⁹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 550; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (5. Baskı, Yetkin 2022) 1715; Büyükay (n 43) 130.

¹³⁰ Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 72. Ayrıca bkz. Michele Angelo Lupoi, 'Civil Enforcement in Italy: A Comparative Perspective', (ed. R. Stürner & M. Kavano, *Comparative Studies on Enforcement and provisional Measures*), (Mohr Siebeck 2011) 90 ff; Elisabetta Silvestri, 'The devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures', (Ed. C. H. Van Rhee & A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability*) (Intersentia 2010) 207 ff.

meye ilişkin farklı belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, anılan Kanun'da çalışma konumuz itibariyle önem arz eden taşınmazın devri veya taşınmazın üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasını konu alan uyuşmazlıklar (HUAK m. 17/B, IV) ile taşınır veya taşınmaz malların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarını konu edinen anlaşma belgelerine, bu belgeyi imzalayanların kim olduğuna bakılmaksızın, icra edilebilirliğe ilişkin şerh alma zorunluluğu getirilmiştir (HUAK m. 18/B, III). Yine, az önce sayılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak düzenlenmiş anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi, taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine yöneltilecektir. Görev ve yetkiye ilişkin olarak, Kanun'un 18/B maddesinde sayılmış olan ve icra edilebilirlik şerhinin alınmasının zorunlu hale getirildiği uyuşmazlıklardan, konusu taşınmaz olmayanlar bakımından arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi¹³¹ yetkili ve görevli mahkeme olarak belirlenmiştir.

Görevli mahkeme olarak belirlenen sulh hukuk mahkemesi, çekişmesiz yargı işi olarak bakacağı icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinde, tek görevli mahkeme konumunda değildir. HUAK m. 18/2'ye göre, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine karar verecek mahkeme, davanın görüldüğü mahkemedir. Ancak burada önemle ifade edilmelidir ki, Kanun'un 18. maddesi ile 17/B ve 18/B maddesi hükümlerine bakıldığında bir tereddüt doğması muhtemeldir. Zira Kanun'un 18. maddesi, davanın görüldüğü sırada icra edilebilirlik şerhini vermekle görevli mahkemenin davanın görüldüğü mahkeme (örneğin, asliye hukuk mahkemesi) olduğunu düzenlerken, taşınmazlarla ilgili 17/B ve 18/B maddelerinde birbirine paralel olarak yalnızca taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinden bahsedilmektedir. *Özbek*, derdest bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlık hakkında icra edilebilirlik şerhinin verilmesinde, başka bir mahkemenin, yani davanın görüldüğü mahkeme dışındaki bir organın yetkili ve görevli olmayacağını ifade etmiştir¹³². Ancak sonraki tarihli özel hüküm niteliğinde olan HUAK m. 17/B, IV ile HUAK m. 18/B/3 hükümleri açıktır. Anılan hükümler bağlamında taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusuysa, görülmekte

¹³¹ Doktrinde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında, görevli mahkemenin icra hukuk mahkemesi olarak belirlenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu görüşe dayanak olarak, icra mahkemelerinin ilgili alanda uzman oldukları, incelemenin kapsamının anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlı bulunduğu ve uyuşmazlığın esas bakımından bir inceleme yapılmaması yani şekli bir inceleme yapılması gösterilmiştir; *Özbek*, İcra Edilebilirlik (n 122) 78-81.

¹³² *Özbek*, İcra Edilebilirlik (n 122) 82.

olan bir davanın bulunup bulunmamasına ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla sonraki tarihli özel hüküm niteliğindeki HUAK m. 17/B, IV ile HUAK m. 18/B/3 hükümlerinin uygulanması ve taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹³³. Öte yandan, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında görevli mahkemeler ile icra edilebilirlik şerhinin verileceği mahkeme arasında farklılıklar bulunabilir. Ancak aynı şeyi taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar noktasında söylemek mümkün değildir. Zira ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 4/1-b). Dolayısıyla, taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda derdest bir dava varsa, anılan davaya bakacak olan mahkeme¹³⁴ ile arabuluculuk süreci sonunda imzalanmış bulunan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme, uyuşmazlık konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir. Fakat HUAK m. 18/A/2 son cümle bağlamında böyle bir durumun ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira anılan hükme göre, “arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir¹³⁵.” Dolayısıyla taşınmazı konu alan ortaklı-

¹³³ Benzer yönde bkz. Kurt Konca ve Badur (n 49) 553-554.

¹³⁴ Ortaklığın giderilmesine davasında görevli mahkemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Topal (n 5) 159 vd.

¹³⁵ HUAK m. 18/A/2 bağlamında doktrinde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımların bulunduğu na değinmekte fayda vardır. Anılan hüküm bağlamında “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”. Bu hüküm lafzen incelendiğinde, arabulucuya başvurunun zorunlu olması/ dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı açıktır. Bu sebeple konuya ilişkin HMK m. 115/2 hükmü uygulama alanı bulamayacak ve arabulucuya başvurulması için mahkemece süre verilemeyecektir (Benzer yönde bkz. Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’, (2020) (147) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 112; Mustafa Yavuz, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’, (2019) 5 (15) Gümrük Ticaret Dergisi 54; İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk’, (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019) 48; Anıl Köroğlu, ‘Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)’, (Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliği Tam Metin Kitabı, Nobel 2020) 524; Servet Kantarcıoğlu, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının

ğın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında yer aldığı için, doğrudan sulh hukuk mahkemesinde dava açılması durumunda mahkeme başkaca bir işlem yapmaksızın davanın usulden reddine karar verecektir ve görülmekte olan bir dava söz konusu olmayacaktır. Tüm bu anlatılanlar ışığında, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında (dava şartı) arabuluculuk kapsamında tarafların anlaşma sağlamaları halinde, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme sulh hukuk mahkemesidir.

Yetkili mahkeme bağlamında ise, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili mahkeme olarak belirlendiğinden, bu konuda doğabilecek sorunlar, birden fazla taşınmazın söz konusu olduğu daha karmaşık uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilir. Her ne kadar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesinde, bir kesin yetki kuralı ihdas edilmiş ve birinci fıkrada taşınmazın aynından doğan davalarda yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak gösterilmişse de; taşınmazın aynından kaynaklanan davalarda birden fazla taşınmazın söz konusu olması halinde, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerdeki mahkeme de, yetkili olacaktır. Dolayısıyla hakkında ortaklığın giderilmesi talep edilen birden fazla taşınmazın söz konusu olması halinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca icra edilebilirlik şerhinin isteneceği mahkeme olarak gösterilen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yanında, taşınmazlardan herhangi birinin bulunduğu

İncelenmesi (On İki Levha 2024) 250; Özbek, Uyuşmazlık Çözümü (n 129) 1574). Anılan hükmün isabetli bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz. Yazılı yargılama usulünde HMK m. 140 ile basit yargılama usulünde HMK m. 320'de yer alan hâkimin açılmış ve görülmekte olan bir davada tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik ödevine ilişkin hüküm mevcutken, dava şartı arabuluculuk da HUAK m. 18/A/2 nedeniyle hâkimin taraflara arabulucuya başvuramaması kanun yapma tekniği bağlamında doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyebilir. HUAK m. 18/A/2, hükmü kanunda yer almasaydı HMK m. 115/2 hükmü uygulanacaktı ve anılan hüküm, hâkimin arabuluculuğa teşvikine ilişkin hükümlerle uyum içerisinde olacaktı. Öte yandan hâkimin taraflara süre vermeden davayı doğrudan reddedecek olması, düzgün, etkin ve verimli işleyen bir arabuluculuk sisteminde usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecek niteliktedir (benzer yönde görüşler için bkz. Ali Cem Budak, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (1) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 27-28; Azaklı Arslan (n 44) 144-147). Bu sebeple HUAK m. 18/A/2'de yer alan "Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir" hükmünün kaldırılması kanaatindeyiz. Yeri gelmişken HMK m. 115/3 hükmünün arabuluculuk bağlamında uygulanmasına bir engel yoktur. Dolayısıyla dava açılmadan önce arabulucuya gidilmemiş ve mahkeme tarafından da fark edilmeden davanın esasına girilmişse ve fakat hüküm anında bu eksiklik giderilmişse başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden dolayı dava usûlden reddedilmemelidir (135 ibid 27).

yer mahkemesinin de yetkili olacağıın Kanun'da yapılacak bir değişiklikle eklenmesi, bu hususun açıklığı kavuşturulması bakımından önem arz etmektedir. Bu yönde yapılacak düzenlemenin gerekçesi ise kesin bir yetki kuralı ihdas edilmiş olmasıdır ve kesin yetki kuralları kamu düzeninden sayılmaları sebebiyle yorum ya da kıyas yoluyla genişletilip daraltılamazlar¹³⁶. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi işi, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde sayılmasa da, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca çekişmesiz yargı işi olarak belirlenmiştir¹³⁷ ve medeni yargılama hukuku bağlamında çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK m. 384'e göre, kanunlarda aksine hüküm bulunan hallerin saklı tutulması ve çekişmesiz yargı işlerine ilişkin yetki kuralının bu maddede sadece *"talepte bulunan kişinin ya da ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi"* olarak belirlenmesi sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin diğer kurallarına müracaat edilmesi mümkün gözükmemektedir.

C. İcra Edilebilirlik Şerhinin Verilebilirlik Şartları

Çalışmamız bağlamında, konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesi amacıyla mahkeme tarafından yapılacak incelemenin çerçevesini, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B ve 18/B maddelerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle çizmek mümkündür.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrasıyla mahkemenin, ortaklığın giderilmesi konusu olan taşınmazlarla ilgili yapılan anlaşma belgeleri üzerinde yapacağı incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriği, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişliliği, taşınmazla ilgili kanunlarla getirilen sınırlama¹³⁸ ve usul/esaslara uyulup uyulmadığıyla sınırlı tutulmuştur. İcra edilebilirlik şerhinin konusunu bir taşının paylaşılması veya üzerindeki ortaklığın giderilmesi oluşturuyorsa, bu inceleme dosya üzerinden ve anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır (HUAk m. 18/3, c.3).

¹³⁶ Kurt Konca ve Badur (n 49) 554.

¹³⁷ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192-193.

¹³⁸ Anlaşma belgesinin hazırlanmasında dikkat edilecek ve hâkimin de incelemesi gereken kanunî sınırlar için bkz yuk. III-D.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B maddesinin dördüncü fıkrası ile icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilen anlaşma belgesinin konusunun, taşınmaz/taşınmazların devrine ya da taşınmaz/taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklardan oluşması halinde, yapılacak incelemenin, anlaşmanın içeriği, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişliliği ve taşınmazın devri ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulumu ile ilgili olarak mevzuatta getirilen sınırlamalarla usul ve esaslara uyulup uyulmadığı konularında yapılacağına işaret edilmiştir. Her iki düzenlemenin öngördüğü şekilde, anlaşmanın içeriği, anlaşmanın arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı, taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uygun olup olmadığı mahkemece incelenecektir (HUAK m.17/B, IV; m.18/B/3).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında işaret edilen hususların yanında, doktrinde de haklı biçimde ifade edildiği üzere, mahkemenin yapacağı incelemeye, arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgesinin şeklen değerlendirilmesi, tarafların dava ve taraf ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı, varsa vekilin yetkili olup olmadığı, arabulucunun Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak tutulan sicilde kayıtlı resmî bir arabulucu olup olmadığı, anlaşma belgesinde bulunması gereken fiziki yahut elektronik imzaların tam olup olmadığı da dahil olmalıdır¹³⁹. Bu itibarla, anlaşma belgelerinde mutlaka dava şartı arabuluculuk başvuru formunun verildiği arabuluculuk bürosunun isminin, dosya ve arabuluculuk numarasının, taraflar gerçek kişi ise isimleri, soy isimleri ve T.C. Kimlik Numaralarının, taraflar tüzel kişi ise ticari unvanlarının ve vergi kimlik numaralarının, anlaşma belgesinin imzalandığı tarihin, hangi konularda anlaşıldıysa buna ilişkin bilgilerin de açıkça ve tereddüt uyandırmayacak biçimde gösterilmesi gerekmektedir. Bu belgenin tarafların iradelerinin ürünü olduğunu gösteren fiziki imzaların yahut güvenli elektronik imzayla imzalanmışsa buna ilişkin bilgiye de mutlaka yer verilmelidir. Nitekim, tarafların anlaşma yönünde sergiledikleri iradeyi gösterecek imzaların bulunması ve varsa gizlilik kaydı kaldırılarak sürece katılan üçüncü kişilerle Adalet Bakanlığı'nda tutulan resmî sicile kayıtlı arabulucunun imzasının bulunması, belgenin geçerlilik vasfı taşıdığıнын en önemli göstergeleri arasında yer alır.

¹³⁹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555. İncelemenin kapsamının sadece Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen hallerle sınırlı olduğu yönündeki aksine görüş için bkz. Eminoğlu ve Erdoğan (n 123) 71.

Tüm bu hususların yanında, arabuluculuğa usulüne uygun şekilde başvuru yapılan tarih ve sürecin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK m. 18/A, 9) ve ilgili Kanunlarda (örneğin İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/10 ve Türk Ticaret Kanunu m. 5/A/2) öngörülen süreler içerisinde yapıldığını gösteren sürecin başlama ve bitiş tarihleri de anlaşma belgesinden anlaşılıyor olmalıdır. Bu noktada, kanunlarda ilgili uyuşmazlıklar bağlamında öngörülen (3+1) ve (6+2) haftalık sürelerle aykırılık bulunması halinde anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin ne şekilde tutum takınması gerektiğinin tespiti gerekir. Kanaatimizce, mahkemenin yapacağı içerik incelemesi sırasında, bahsi geçen süreler kanunda her ne kadar emredici şekilde düzenlenmiş olsa da, arabuluculuk süreci sebebiyle tarafların bir hak kaybına uğramasının engellenmesi adına arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için aranan şartlar mevcutsa şerh verilmesine, süreler bağlamında temel sorumluluğun arabulucuda olması sebebiyle arabulucunun hukukî ve disiplin sorumluluğunun doğabileceğine işaret etmek gerekir. Ancak, yine de bu hususun uygulamada mahkemelerce ne şekilde değerlendirileceğini ve arabuluculuk sürecinden beklenen etkinin yaratılabilmesi adına, süre aşımı olsa da buna cevaz verileceğini ya da kanun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalıp içerik incelemesi sırasında arabuluculuk süresinin aşılması halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmemesinin mi söz konusu olacağı noktasında ilk ihtimalin daha güçlü olduğu kanaatindeyiz.

Yapılacak incelemenin kanunî kapsamına dâhil olan içerik incelemesinde ise, anlaşmanın cibrî icraya elverişli olup olmadığı meselesi üzerine yoğunlaşılır. Bu kapsamda, anlaşma belgesine ilâm niteliğinde belge hükmünün tanınabilmesi için, anlaşma belgesinin cibrî icraya elverişli olması gerekir¹⁴⁰. Bunların yanında, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle ilâm niteliğinde belge vasfı kazanabilmesi için kamu düzenine aykırı bir nitelik taşımadığının da mahkemece tespit edilmesi önemlidir¹⁴¹. Yine, anlaşma belgesinde taraflara yüklenen edimlerin açık, anlaşılabilir ve icraya elverişli olması, bir başka ifadeyle belli bir edimin ifasına yönelik hazırlanması gerekir¹⁴². Bu kapsamda, taşınmazlar hakkında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olamayabilecek tarafların, hak sahiplerinin korunması amacıyla kanun koyucu tarafından tüm anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunluluğunun getirilmesi ve içerik

¹⁴⁰ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁴¹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁴² Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

denetimine izin verilmesi de, mahkemelerin daha titiz ve detaylı bir inceleme yapmasını gerektirecektir. Bu durum ise, mahkemelere başvuru öncesinde zorunlu olarak tüketilmesi gereken bir yol olarak öngörülen arabuluculuk sürecinden beklenen verimin alınamamasına, etkisinin zayıflamasına yol açacak bir nitelik taşısa da, özellikle taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak kurulması veya mülkiyet hakkı değişikliğine yol açabilecek ve nihayetinde tapu sicilinde değişikliğe izin veren anlaşma belgelerinin sıhhatinin doğru bir biçimde değerlendirilmesi gerçeği karşısında mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim kanun koyucu tarafından 7445 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen HUAK m.17/B ve 40. maddesiyle eklenen HUAK m.18/B hükümlerinin gerekçesine bakıldığında, *"...anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhi verecek olan mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verildiği, bu sayede de tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ile olası hak kayıplarının önlenmesinin amaçlandığına..."* açıkça işaret edilmiştir¹⁴³. Yine bu hükümlerle, taşınmaz hukukuna ilişkin hukuki rejimin korunması da amaçlanmaktadır. Ancak, icra edilebilirlik şerhinin alınması noktasında, bu belgenin cibrî icraya elverişli olup olmadığı, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları açısından önem ifade eder.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, ya tarafların (paydaş veya mirasçılarının) taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyetine son verilip, aynen taksim suretiyle her bir paydaş adına tapuda tescil işlemi yapılacak ya da satış veya diğer bir paylaşım tarzı öngörüülecektir. Tarafların aynen taksim dışında öngöreceklere bir paylaşım tarzında icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesi bağlamında, anlaşma belgesinin cibrî icraya elverişliliği noktasında bir sorun ortaya çıkmayabilir. Örneğin, paylı mülkiyete konu bir taşınmaz üzerindeki payını taraflardan biri diğerine belirli bir ücret karşılığında satma konusunda anlaşmış olabilir. Bu noktada taşınmaz üzerinde tek başına mülkiyet hakkı tesisi sağlandıktan sonra satış bedeli ödenmezse, arabuluculuk anlaşma belgesine, diğer şartları da sağlaması halinde cibrî icraya elverişli bir edimi bünyesinde barındırdığı için, icra edilebilirlik şerhi verilebilir ve ilâmlar gibi cibrî icraya konulabilir. Ancak aynı şeyi taşınmaz mülkiyetinin devri konusunda doğrudan söylemek mümkün değildir. Benzer şekilde, taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyetin aynen taksim suretiyle giderilmesi halinde de durum aynıdır. Bu hususu, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz¹⁴⁴.

¹⁴³ İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve gerekçesi için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/b7ba55be-5858-4208-904c-731a3b425ac6.pdf>> (Erişim Tarihi: 23 Eylül 2024).

¹⁴⁴ Bkz. a.ş.a. IV-A.

D. Yargılama, Karar ve Kararın Kesinleşmesi

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve kural olarak mahkemenin dosya üzerinden inceleme yapması yeterlidir¹⁴⁵ (HUAK m. 18/3). Ancak, taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yol açabilecek bazı uyuşmazlıklarla taşınırıların ve taşınmazların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, kira uyuşmazlıklarında, Kat Mülkiyeti Kanunu ve komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında mahkemenin ihtiyaç duyması halinde duruşma açması mümkündür¹⁴⁶ (HUAK m. 17/B, IV; m. 18/B/3). Dolayısıyla mahkemeye bir takdir hakkı verilmiş olup, yapılacak incelemenin gerektirmesi halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talebinin duruşma açılmak suretiyle değerlendirilebilmesi mümkün olduğu gibi, duruşma açılmasına gerek görülmeyen hallerde dosya üzerinden de karar verilmesi mümkündür¹⁴⁷.

Çekişmesiz yargı, mahkemelerce, objektif hukuk kurallarının, kanunlarda açık biçimde çekişmesiz yargı işleri arasında yer aldığı ifade edilmiş hususlar ile ilgililerin arasında bir uyuşmazlığın bulunmadığı haller, ilgililerce ileri sürülebi- lecek herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ile hâkimin/mahkemenin re'sen harekete geçtiği hallerin birisine ya da birkaçına göre, bu kapsamda değerlendirilebilecek işlere uygulanması şeklinde ifade edilebilir¹⁴⁸. Mahkemenin icra edilebilirlik şerhi hakkında vereceği karar, "*ilgililer*" arasındaki uyuşmazlık hakkında verilmez¹⁴⁹, zaten çekişmesiz yargı alanında "*ilgililerin*" aralarında teknik anlamda var olan bir uyuşmazlıktan da bahsedilemez. Ancak, çekişmesiz yargıda bazı çekişmeli uyuşmazlıklar da mevcut olabileceğinden uyuşmazlık yokluğu kriteri her zaman mutlak olarak işlerlik kazanamasa da uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işlerinde bir karşı tarafın varlığından bahsedilemez¹⁵⁰ ve farklı konumda bulunan ilgililer değişik talepleri öne sürse de aralarında belli bir husus üzerinde uyuşmazlık bulunduğu söylenemez¹⁵¹. Çekişmeli

¹⁴⁵ Arabuluculuğa elverişli bulunan aile hukuku uyuşmazlıklarında, icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinin mutlaka duruşma açılarak yapılması gerekir (HUAK m. 18/3, c.2).

¹⁴⁶ Sûha Tanrıver, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Yetkin 2023) 119.

¹⁴⁷ Kurt Konca ve Badur (n 49) 554-555; Tanrıver, *Uyuşmazlık Çözümleri* (n 146) 119.

¹⁴⁸ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, (Ankara Üniversitesi 1961) 39.

¹⁴⁹ Kuru (n 148) 16.

¹⁵⁰ İlhan E. Postacıoğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan 1975) 27; Kuru (n 148) 18-19.

¹⁵¹ Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2012) 96.

yargı, mevcut hakların tespit ve korunması, çekişmesiz yargı ise hukuki ilişkilerin belirlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması konusunda işlev görür¹⁵². Çekişmesiz yargı alanında kazâî rüşt, evlenmeye izin verilmesi, isim değişikliği ve mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermesi gibi konularda inşaî etkinin var olduğu ifade edilmektedir¹⁵³. Özellikle icra edilebilirlik şerhi bakımından bu görüşün dayanağı olarak anlaşma belgesine ilâm niteliğinde belge vasfının kazandırılması, tapu sicilinde taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yol açabilecek bir vasfa haiz olması ve ilâmlı icra konusu edilebilmesi gösterilebilir¹⁵⁴.

İcra edilebilirlik şerhini vermekle görevlendirilmiş mahkemenin, HUAK m.17/B ve HUAK m. 18/B kapsamındaki incelemesinin gerektirdiği ölçüde özel ya da kamu kurumları ya da kuruluşlarından bilgi ya da belgeleri talep etme imkânı ve gerekli görürse duruşmalı şekilde inceleme yapma imkânı da bulunmaktadır¹⁵⁵.

Kural olarak anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında içerik denetimi yapılmaması esas olsa da, kanunda açıkça belirtildiği üzere, anlaşma belgesinin içeriğine ilişkin bir inceleme yapılmalıdır. Burada güdülen amaç, anlaşma belgesinin uyuşmazlığın taraflarının hak kaybı yaşamalarına sebep olmaması ve bilakis, usulüne uygun bir biçimde hazırlanarak mahkemece icra edilebilir belge niteliği kazandırılabilmesidir¹⁵⁶. Mahkemece verilecek icra edilebilirlik şerhinde de taraflara, varsa vekillerine, alınması gereken harçların yatırıldığına, üzerinde anlaşılan uyuşmazlık konusuna ve icra edilebilir olduğuna mahkemenin bu kararına karşı istinaf yolunun açık olduğuna işaret edilerek (HUAK m. 18/3, c.4, 5) hâkim ve kâtip tarafından imzalanarak anlaşma belgesine şerh verilebilir¹⁵⁷.

¹⁵² Kuru (n 148) 29-30.

¹⁵³ Kuru (n 148) 29-30; Kurt Konca ve Badur (n 49) 556; Melis Taşpolat Tuğsavul, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 364.

¹⁵⁴ Kurt Konca ve Badur (n 49) 556.

¹⁵⁵ Örnek olarak, mahkemenin Tapu Bilgi Sistemi üzerinden kayıtları incelemesi gösterilebilir. Yine, tapu müdürlüklerinden, yazı yazılmak suretiyle taşınmaza ait bilgiler talep edilebilir [Kurt Konca ve Badur (n 49) 555].

¹⁵⁶ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁵⁷ İcra edilebilirlik şerhi örneği için bkz.: Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 74.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin, inceleme yaparken, tapu müdürlüklerinde işlem yapılacağını da gözeterek titiz davranması, taraflara yüklenen edimlerin yahut üzerinde anlaşılan hususların belirsizlik içermesi halinde icra edilebilirlik şerhi vermekten kaçınması gerekir. Nitekim kanun koyucu tarafından taşınmazların ortaklığın giderilmesi yoluyla paylaştırılmasına ilişkin olarak yürütülecek arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında özel hükümler sevk edildiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu vesileyle ifade edilmelidir ki, mahkemenin yapacağı iş, anlaşma belgesinde yer verilen hususlar hakkında yeniden bir yargılama yapıp karar vermek ya da tarafların beyanlarını alarak anlaşma belgesinde yer almayan hususları eklemek, anlaşma belgesinin içeriğini değiştirerek cibrî icraya elverişli hale getirmek değildir¹⁵⁸. Bu yapılmak istenseydi, kanunda açıkça işaret edilmesinin gerekmesi yanında, uyuşmazlıkların devlet yargısı önüne götürülmesinden önce bir dostane uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemine işlerlik kazandırılmasının etkisiz bir yol olmasından bahsedilebilirdi.

Konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculukta icra edilebilirlik şerhi verilmesi işlemi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre bir çekişmesiz yargı işi olarak öngörülmüş ve verilen inşaî nitelikteki karara¹⁵⁹ karşı istinaf yolu açık tutulmuştur. Buna ilişkin düzenleme, Kanun'un 17/B ve 18/B maddelerinde yer almasa da, 17/B maddesinin beşinci fıkrasıyla 18/B maddesinin dördüncü fıkrasının yapmış olduğu yollama nedeniyle aynı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasından anlaşılabilir. İstinaf yoluna başvuru ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çekişmesiz yargı işlerinde verilecek kararlara karşı başvuru yolunu öngören 387. maddesi uyarınca, hukuki yararı bulunan ilgililer tarafından, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde yapılabilir. İcra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkemenin kabul veya ret kararına karşı, ilgililerin yapacağı istinaf başvurusu nisbi değil maktu harca tabidir (HUAK m. 18/3, c.4).

¹⁵⁸ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2023) 815; Kurt Konca ve Badur (n 49) 556.

¹⁵⁹ Bu karar anlaşma belgesinin ilâmlı icra takibine konu edilebilmesini sağlamaktadır (Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (n 129) 1261; Cengiz Topel Çelikoğlu, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 708. Ayrıca bkz. Kurt Konca ve Badur (n 49) 556; Taşpolat Tuğsavul, *Anlaşmanın Hukuki Niteliği* (n 153) 334 vd.

Bölge adliye mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi hususunda vereceği karar kesindir¹⁶⁰. Burada bahsedilen kesinlik, şekli anlamda kesinlik olup şekli anlamda kesin hüküm kavramı, bir hükme karşı gidilebilecek kanun yolunun ya hiç olmaması ya da var olan yolların tüketilmiş bulunması ile ortaya çıkar¹⁶¹. Nitekim mahkemelerin çekişmesiz yargı işleri hakkında verdikleri kararlarına karşı da istinaf kanun yoluna başvuru yapılması, istinaf incelemesini yapacak bölge adliye mahkemelerinin vereceği kararın temyiz kanun yoluna başvuru suretiyle Yargıtay'ın önüne götürülemeyeceğine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde açıkça vurgu yapılmıştır. Çekişmesiz yargıya ilişkin mahkeme kararları, kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz (HMK m. 388). Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhine ilişkin karar veren mahkemenin, istisnaen de olsa gerekçesini göstermek suretiyle vermiş olduğu kararını değiştirmesi veya iptal etmesi mümkündür¹⁶². Dolayısıyla, kural olarak, icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin mahkeme kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceklerinden, anılan kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması da mümkün değildir¹⁶³.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında ilk derece mahkemesi tarafından verilecek karara karşı istinaf yoluna gidildiğinde, istinaf incelemesinin ne şekilde yapılacağı, hangi unsurları kapsayacağı konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde, istinaf incelemesinin sebebe bağlı olması kuralının¹⁶⁴, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişlilik konusuyla taşınmazlara ilişkin kanunlarda yer alan sınırlar ve usul ve esaslara uygunluğun dikkate alınmasının kamu düzeninden olduğu, bu sebeple de istinaf dilekçesinde ayrıca belirtilmemiş olsalar da bölge adliye mahkemelerince re'sen incelenmeleri

¹⁶⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 815-816.

¹⁶¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 719.

¹⁶² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 778.

¹⁶³ Büyükay (n 43) 280; Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 75; Kurt Konca ve Badur (n 49) 557. Yine, bir hükmün verilmesinden sonra, hükme esas alınmış bulunan temel şartlarda meydana gelecek değişimler sonucunda maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden bir hükmün, gözden geçirilmesi ve değişen şartlara uyumlaştırılmasının sağlanması amacıyla başvurulabilecek ve kanunlarda açıkça öngörülmesi gereken bir hukuki çare olan değişiklik davası da, zaten hâkimin vermiş olduğu çekişmesiz yargıya ilişkin kararı maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için, sonradan değiştirmesinin mümkün olmasından bahisle, işlerlik kazanamayacaktır [Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 741].

¹⁶⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 655.

gerektiği öne sürülmüştür¹⁶⁵. Gerçekten de, bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesini istinaf dilekçesinde gösterilmiş olan sebepler çerçevesinde inceleyecektir (HMK m. 355). Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesiyle bu kurala, "kamu düzeni" gibi soyut bir kavram eklenerek istisnaen de olsa bölge adliye mahkemesine kamu düzenine aykırılık hallerinin var olup olmadığı re'sen gözetme imkânı getirilmiştir. Ancak bu istisnanın geniş yorumlanmaması, oldukça sınırlı hallerde işlerlik kazanması gerektiği de ifade edilmelidir. Keza, bölge adliye mahkemesi, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında re'sen araştırma ilkesi (HMK m. 385/2) çerçevesinde bir inceleme yapacak ve kamu düzenine aykırı gördüğü bir hususu re'sen dikkate alacaktır. Örnek olarak, konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında hazırlanacak anlaşma belgesinde, miras hukuku hükümlerine riayet edilmemiş olması, hiç gerçekleşmeyecek bir şarta bağlı edimlerin ifasının öngörülmesi, gerçekte var olmayan bir kişi adına taşınmazların tescil edilmek istenmesi ya da tarım arazilerinin paylaşılmasına ilişkin kısıtlamalara aykırılık gibi durumlarda, bu eksiklikler ilk derece mahkemesinin gözünden kaçsa bile, bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen incelenmelidir.

IV. Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhinin Sonucu

A. İcra ve İflas Kanunu Hükümlerince İcra Edilebilirlik Sağlayıp Sağlamaması Açısından

1. Genel Olarak

Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında tarafların (paydaş veya mirasçıların) arabulucu huzurunda anlaşmaları, yani taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyete son verme türleri çeşitlilik arz edebilir.

Paylı mülkiyette paylaşma, farklı biçimlerde gerçekleştirilebilir. Bu konuda öncelikle maddi hukuk düzenlemelerine bakmak gerekirse, paylaşmanın nasıl yapılacağı, sınırlı sayıda olmayacak şekilde¹⁶⁶, Türk Medeni Kanunu'nda açık biçimde düzenlendiği görülebilir. TMK m.699/1 hükmüne göre, "*paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırımla satılarak bedelinin*

¹⁶⁵ Kurt Konca ve Badur (n 49) 557; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşmanın Hukuki Niteliği (n 153) 368.

¹⁶⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 615; Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Aydın Aybay, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966) 10-11; Wieland (n 103) 9, 91-92; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2016) 123; Zekeriyâ Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008) 242-243.

bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir". Dolayısıyla tarafların, ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak yapacakları anlaşmada, TMK'da belirtilmiş bulunan "aynen paylaşma" ya da "nakden paylaşma" yöntemlerinin birisini seçmeleri mümkündür.

Aynen paylaşma yönteminin seçilmesi halinde, paydaşlardan her birine tahsis edilen kısmın sözleşmede açıkça gösterilmesi gerekir ve payların karşılığında değer farkının olması halinde, bu fark parayla kapatılmalıdır (TMK m. 699/2). Bu yöntemin uygulanması sırasında, paylı mülkiyetin konusunu teşkil eden taşınmazda, paydaşlara özgülenmiş olan parçaların tapu kütüğüne kaydedilmesi ve bu itibarla hak sahipliğinin belirlenerek tescil yapılmasının sonucunda, paylı mülkiyet ilişkisinden, ferdi mülkiyet ilişkisine geçilir¹⁶⁷.

Nakden paylaşma yönteminin seçilmesi halinde, paylı mülkiyetin konusunu oluşturan eşya, pazarlık yahut artırma suretiyle paraya çevrilip, elde edilen para, paydaşların arasında paylaştırılmaktadır. Burada işaret edilen artırma, yalnızca paydaşlara özgülenerek onlar arasında ya da herkesin katılımına açık artırma biçiminde yapılmalıdır¹⁶⁸. Bununla birlikte paydaşların, anlaşmak suretiyle paylı mülkiyetin konusunu oluşturan eşyanın, içlerinden birine ya da birkaçına özgülenmesini sağlamaları da mümkündür¹⁶⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 699/1 hükmünde, paylaşma yöntemlerine dair kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığından, tarafların, kat mülkiyetine geçişi, malın paydaşlar arasından birisine ya da bir vakfa tahsisi, bir diğer mal ile trampa yapılmasını, adi ortaklığa sermaye şeklinde konulup elbirliği mülkiyetine geçiş gibi çeşitli paylaşma yöntemlerinin tercih edilmesi de söz konusu olabilir¹⁷⁰.

Miras ortaklığında ise, TMK m.646/2 uyarınca, aksi yönde bir belirleme yapılmadıkça, mirasçılardan tamamının oybirliğiyle kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle mirasın ne şekilde paylaşılacağını; yani paylaşma tarzını serbestçe kararlaştırmaları mümkündür. Bu itibarla mirasçılar tarafından, objektif veya subjektif kısmi paylaşma, terekenin tümünün belli ya da belirlenmesi mümkün

¹⁶⁷ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Yılmaz Özgür, *Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi* (Kazancı 1995) 79.

¹⁶⁸ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Eren, Mülkiyet Hukuku (n 166) 123; V. Ahsen Coşar, 'Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri II', (1985) (4) Ankara Barosu Dergisi 618; Özgür (n 167) 79.

¹⁶⁹ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Özgür (n 167) 79.

¹⁷⁰ Aybay (n 166) 10; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 9) 455; Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Akipek (n 9) 42; Eren, Mülkiyet Hukuku (n 166) 123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 615; Özgür (n 167) 79-80.

bir bedel karşılığında mirasçılardan birisine özgülenmesi, terekedeki borçların paylaşma kapsamında ödenememesi, bütün terekenin aynen paylaşımına ya da paraya çevirme suretiyle elde edilecek bedelin paylaşılması ya da karma paylaşım, üçüncü kişi ya da kişiler tarafından paylaşımın gerçekleştirilmesi yönünde karar verilebilir^{171,172}. TMK m. 703/2’de yer alan “*Paylaştırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır*” hükmü atfıyla elbirliği mülkiyetinin türlerinden birisi olan miras ortaklığında paylı mülkiyete ilişkin TMK m. 699 hükmü uygulanabilecektir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, hem paylı mülkiyet ilişkisinin hem de miras ortaklığının sona ermesinde esas olan iki paylaşım yöntemi aynen paylaşım ve nakden/satış suretiyle paylaşmadır. Ancak paydaş veya mirasçılar yukarıda ifade ettiğimiz üzere diğer paylaşım türlerini de aralarında kararlaştırabilirler.

Aynen paylaşım, satış suretiyle paylaşım ve hatta kat mülkiyeti kurulması suretiyle paylaşım noktasında tarafların arabulucu huzurunda anlaşma sağlamaları durumunda, düzenlenen anlaşma belgelerinin icra edilebilir olup olmadıkları ve bu çerçevede icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceği aşağıda incelenecektir.

2. Aynen Paylaşım Halinde

Taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar arabulucuya başvurup taşınmaz veya taşınmazların aynen paylaşılması noktasında anlaşabilirler. Tarafların aynen paylaşım üzerinde uzlaşmaları¹⁷³ ile arabuluculuk prosedürü çerçevesinde anlaşması belgesi düzenlenir ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Örneğin A, B ve C arasında paylı mülkiyete konu bir taşınmazın aynen paylaşılması mümkün ise kanunî sınırlar içerisinde yapılan anlaşma ile her bir paydaş, kendi hissesi oranında gerekli işlemlerin (tescil) yapılması ile taşınmaz üzerinde ferden malik olacaktır. Benzer şekilde miras ortaklığında bulunan bir veya birden fazla taşınmaz mirasçı A, B ve C arasında aynen paylaşılması mümkün ise mirasçılardan anlaşması ve gerekli (tescil)

¹⁷¹ Peter Tuor und Vito Picononi, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (2. Auflage, Bern 1964) 860 vd.; Fahrettin Aral, *Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası* (Ankara Üniversitesi 1979) 43-44; Kocayusufpaşaoğlu (n 14) 704-707; Kılıçoğlu (n 12) 341; Dural ve Öz (n 12) 471; İmre ve Erman (n 14) 456; Avcı (n 14) 30-31, 62-67.

¹⁷² Miras ortaklığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyeti bütün ortakların aralarında anlaşması ile paylı mülkiyete çevrilmesi halinde de sona erer.

¹⁷³ Bkz. yuk. III.

işlemlerinin yapılmasından sonra her bir paydaş tapuda ferden malik olacaktır. İşte arabulucu huzurunda yapılan bu anlaşmanın ve anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir. Zira taşınmazı konu alan paylı mülkiyette, paydaşların tek başına kendi hissesi oranında malik olabilmesi için aynî akit ile tescil talebi ve tescilin yapılması gerekir. Tarafların arabulucu huzurunda yaptıkları sözleşmeyi aynî akit kabul edersek, her bir paydaşın da diğeri üzerinde tescilin yapılması için tescil talebinde bulunması gerekecektir. İşte bu noktada anlaşma belgesi düzenlenip imzalandıktan sonra, paydaşlardan biri veya birkaçı tescil talebinde bulunmazsa, sulh hukuk mahkemesi bu tür arabuluculuk belgesine icra edilebilirlik şerhi verebilecek midir? İcra edilebilirlik şerhi verilmiş olursa anlaşma belgesi icra edilebilirlik açısından kendisinden beklenen etkiyi gösterebilecek midir? Benzer sorunlar miras ortaklığında yer alan taşınmaz veya taşınmazların aynen paylaşılması durumunda da ortaya çıkacaktır. Bu sebeple paylı mülkiyet ve miras ortaklığı arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Taraflar arasında her ne kadar bir arabulucu huzurunda yapılmış ve ihlali mümkün olan bir anlaşma/sözleşme bulunsa da, bu durumda doğrudan bir edimin ifasında söz edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle tescil talebinde bulunma eyleminin bir edim, hatta yapma edimi olup olmadığının ortaya koyulması gerekir. Edim, borcun konusudur ve alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkan bir davranış tarzına denir¹⁷⁴. Bir davranışın edim olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bu unsurların büyük bir kısmı TBK m. 27’de ifade edilmektedir. Anılan hüküm bağlamında edim, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olmamalıdır¹⁷⁵; aksi halde sözleşme kesin olarak geçersiz olur. Öte yandan edim, alacaklıya hukuken korunan bir (maddî ya da manevî) menfaat sağlamalıdır¹⁷⁶. Tüm bu unsurlar açısından ele alındığında tescil talebinde bulunma davranışı edim olarak nitelendirilebilir. Edim türleri açısından da tescil talebinde bulunma, olumlu bir davranış

¹⁷⁴ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat H. Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On iki levha 2016) 40; Eren, *Genel Hükümler* (n 86) 96; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (8. Baskı, Sayram 2015) 21; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (Filiz 2014) 9; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Filiz 2014) 33; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2014) 6.

¹⁷⁵ Eren, *Genel Hükümler* (n 86) 99-100; Akıncı (n 174) 22.

¹⁷⁶ Eren, *Genel Hükümler* (n 86) 99; Akıncı (n 174) 23.

biçimi olduğu için yapma edimi kapsamında değerlendirilebilir. Yapma borçları, bir işin yapılması ya da borçlu tarafından irade beyanında bulunması biçiminde ortaya çıktığından¹⁷⁷ tescil talebinde bulunma, bir irade açıklaması, irade beyanıdır. Dolayısıyla arabuluculuk prosedürü çerçevesinde tarafların aynen paylaşma hususunda uzlaşım anlaşma belgesi düzenlemesi halinde tarafların edim yükümlülüğü de irade beyanında, yani tescil talebinde bulunma olarak karşımıza çıkmaktadır.

İrade açıklaması olan tescil talebinde bulunma ediminin cibrî icrasının mümkün olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir satım sözleşmesinde alıcının edimi, satılanın bedelini satıcıya ödemek; satıcının edimi ise satılanı ayıpsız bir şekilde alıcı teslim etmektir. Taraflardan herhangi biri edimi gereği gibi ifa etmezse, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmesinden dolayı TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna gidilir. Ancak taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında (*arabulucuya başvuru olmadan kendi aralarında sözleşme yapmaları halinde*) aynen paylaşmanın gerçekleşmesi için gereken tescil talebinde bulunma ediminin yerine getirilmemesinin eda davasına değil¹⁷⁸; Türk Medeni Kanun m. 716'da düzenlenen ve inşâî nitelikteki tescile zorlama davasına¹⁷⁹ vücut vereceği kanaatindeyiz. Zira Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken davanın bir eda davası olacağı ve mahkemenin vereceği kararın da irade beyanı yerine geçen bir karar (dZPO §894, sZPO Art. 344) olacağına ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır¹⁸⁰. Alman ve İsviçre hukuklarında borçlunun irade beyanında bulunması için açılan davada mahkeme, borçlunun irade beyanında bulunmasına hükmetmişse, kararın kesinleşmesi ile birlikte beyanda bulunmuş sayılır (dZPO §894/1, karşı. sZPO Art. 344/1). İrade beyanının bir resmî sicile (tapu sicili ve ticaret sicili gibi) yönelik olması durumundan mahkeme ilgili sicile gerekli

¹⁷⁷ Akkan, İlamların İcrası (n 25) 238; Ersin Erdoğan, 'Yapma Borçlarının İcrası ve Temel Bazı Sorunlar', (2017) 75 (2) Ankara Barosu Dergisi 149, 162.

¹⁷⁸ Ancak irade açıklamasında bulunmaya ilişkin açılacak davaların eda davası olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (Akkan, İlamların İcrası (n 25) 239, dp. 325'deki yazarlar).

¹⁷⁹ Aynı yönde bkz. Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244. Doktrinde ağırlıktaki görüş irade beyanında bulunulmasına yönelik açılan davanın bir eda davası olduğu yönündedir. Bu görüşler için bkz. Akkan, İlamların İcrası (n 25) 240-241, 243.

¹⁸⁰ Messerli (n 25) 38 vd.; Münchener Kommentar zum ZPO, Band II, München 2012 (MüKoZ-PO/Gruber, § 894, Rn. 1); Grau (n 25) 57 vd.; Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit und Rolf Lackmann, *Zivilprozessordnung* (C. H. Beck 2015), § 894, Rn. 1; Akkan, İlamların İcrası (n 25) 238 vd.

talimatları verir (sZPO Art. 344/2). Mahkemelerin irade beyanı yerine geçen kararlarının icrası ise Alman ve İsviçre hukuklarında dZPO §894, sZPO Art. 344 çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple Türk hukuku bağlamında, taraflar aralarındaki sözleşmeye ilişkin olarak ancak tescile zorlama davası açabilirler ve tescile zorlama davasında mahkemenin vereceği inşaî hükmün şeklen kesinleşmesi ile aslında taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanılır (TMK m. 705/1); dolayısıyla hükmün cebren icrası söz konusu olmayacaktır¹⁸¹. Bir başka ifadeyle, mahkemenin hükmü doğrudan borçlunun irade beyanı yerine geçerek hükmün taşınmazın kazanılmasını sağlamakta ve bu ilâm tapu siciline gönderilmek suretiyle icra organlarına başvuruya gerek kalmaksızın hüküm ve sonuç doğurabilmektedir¹⁸².

Türk hukuku bağlamında tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye riayet etmemeleri halinde açılacak olan tescile zorlama davasından önce artık arabulucuya başvurulması, kanaatimizce dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayacaktır ve buna gerek kalmayacaktır. Nitekim taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile aslında ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığını sona erdirmiş olacaklardır ve bu tür bir uyuşmazlık kalmadığı için dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucuya başvuru zorunlu olmayacaktır. Ancak tescile zorlama davasından önce tarafların ihtiyarî arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırıp arabulucu huzurunda anlaşmayı yenilemeleri ve bu kapsamda süreci ilerletmeleri mümkündür. Bu yol tercih edilirse, dava şartı arabuluculukta tarafların anlaşmasında olduğu gibi süreç aynen ilerleyecektir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinden sonra tarafların anlaşmanın gereğini yerine getirmemesi de muhtemeldir. Tescil talebinde bulunma edimi yukarıdaki durum göz önünde bulundurulduğunda eda davasına vücut vermeyeceği için bu bağlamda cebrî icrasının da mümkün olmayacağı ve bu nedenle mevcut anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu olmayacağı düşünülebilir. Ancak, tescil talebinde bulunma edimini konu alan anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınması ihtimalinde yapma edimlerine ilişkin ilâmların icrasına ilişkin İİK m. 30 çerçevesinde icrası mümkün olabilir. İrade beyanında bulunma borcu niteliğinde olan tescil talebinde bulunma, başkası tarafından yapılamayan bir iş niteliğindedir¹⁸³. Bu sebeple, an-

¹⁸¹ Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244.

¹⁸² Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244.

¹⁸³ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, 2004) 376; Oğuzman ve Öz (n 174) 375.

laşma belgesine cebrî icraya elverişlilik şartını sağladığından bahisle icra edilebilirlik şerhi verilip ilâm niteliğinde belge vasfını kazanıp İİK m. 30 çerçevesinde icrası istenebilir. Bu çerçevede borçluya bir icra emri gönderilerek irade beyanında bulunması emredilir. Fakat borçlu beyanda bulunmaktan kaçınırsa onun İİK m. 343 çerçevesinde üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılması akla gelebilir ancak, ilgili hüküm ilamlara ilişkindir. Bu sebeple cezalandırılmaya ilişkin İİK m. 343 burada uygulanamayacaktır. Dolayısıyla ilam niteliğindeki bu belgenin icrasında sorun bulunmaktadır. İrade beyanında bulunma borcunun icrasına ilişkin olarak yeni İcra ve İflâs Kanunu içerisine Alman veya İsviçre hukuklarındaki benzer bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

Dava şartı arabuluculuğa başvurulup anlaşma sağlandıktan sonra taraflar anlaşmanın gereğini yerine getirmese, tescile zorlama davası açılması akla gelebilecek olsa da, bu düşünce, dava şartı arabuluculuk kurumunun mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu tür uyuşmazlıklarda, arabulucu huzurunda anlaşma sağlansa bile sonrasında dava açılmasının ihtimal dâhilinde olması, dava şartı arabuluculuğun varlık nedeninin sorgulanmasına neden olabilecektir. Anılan ihtimal, usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecek ve hak sahiplerinin haklarına kavuşması, dolayısıyla adalete erişim hakları da engellenmiş sayılabilir. Öte yandan, icra edilebilirlik şerhinin verilmesinden sonra, arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesinin, ilâm niteliğindeki belge vasfını kazanacak olması da sonradan dava açılmasına engel teşkil eder. Zira dava açılmasında hukuki yarar yoktur. Tüm bu sebeplerle, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaya varması halinde, anlaşmanın ihlali durumunda tescile zorlama davası açılmayacağı, açılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Buraya kadar anlatılanlar 7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁸⁴ 26. maddesi ile HUAK m. 18/B'ye ek fıkra eklenmeden önceki duruma ve icra edilebilirlik şerhi verilebilmesinin mümkün olabilmesi haline ilişkindir. Değişiklikten önce arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesi mahkeme tarafından onaylandıktan sonra, yani ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında uzman sulh hukuk mahkemesi, taşınmazın paylaşılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmanın, kanunun öngördüğü usulde ve sınırlar içerisinde hazırlandığını tespit edip onayladıktan sonra, taraflardan her birinin kendi payını adına tescili için tapuda işlem yapabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin kanunda

¹⁸⁴ 14.11.2024 tarih ve 32722 sayılı RG.

yer almasının gerekliliği mevcuttu. Hatta arabulucuların, anlaşma belgesinin mahkemece onaylanması halinde taraflardan her birinin kendi başına tapuda işlem yapabileceği yönünde tapuya bildirimde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme de kanuna eklenmesi gerekliliği doğmuştu. Nitekim 7531 sayılı Kanun m.26 ile eklenen HUAK m. 18/B/5 bu doğrultudadır: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir.”* Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur. Ancak tescil ilkesinden ayrılma durumu söz konusu değildir. Çünkü tescil ilkesinin istisnasından bahsedebilmek için kanunda bu duruma ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır¹⁸⁵. Başka bir anlatımla tescil yapılmadan aynı hak kazanılmamıştır ve arabuluculuk anlaşma belgesine dayanarak tapu müdürlüğünün yapacağı tescil kurucu mahiyettedir.

3. Satış Suretiyle Paylaşma Halinde

Ortaklığın giderilmesi uyumsuzluklarında taraflar, kendi aralarında anlaşarak, yani sözleşme yaparak, birlikte mülkiyetin satış suretiyle giderilmesini kararlaştırabilirler. Bu noktada birlikte mülkiyet konusu taşınmazın satılması ile elde edilecek paranın paylar oranında paylaşılması söz konusu olacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, her ne kadar sınırlayıcı olmasa da satış, (TMK m. 703/2’inde atfı ile) TMK m. 699¹⁸⁶ hükmüne göre pazarlık veya açık arttırma suretiyle yapılabilecektir. Kanunda yer almasa da, bütün payların ücreti karşılığında taraflardan birine devredilmesi şeklinde bir satış türüne karar verilmesi de mümkündür¹⁸⁷.

Taşınmaz, tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları satış şekline göre satılacaktır. Anılan satışın gerçekleştirilmesi, bir mahkeme kararının icrası olma-

¹⁸⁵ Sirmen (n 9) 263.

¹⁸⁶ Miras ortaklığına ilişkin olarak satışın yapılabileceğine ilişkin TMK m. 651 ve 653’de de hükümler bulunmaktadır.

¹⁸⁷ Kurşat (n 166) 279, 363-364.

dığı ve kanunun da atıf yapmaması nedenleriyle taşınmazın pazarlık suretiyle ve açık arttırma ile satışı çerçevesinde TBK hükümlerine göre yapılması gerekir. Birlikte mülkiyet sahibi bütün tarafların katılımı ile birlikte mülkiyet konusu malın üçüncü bir kişiye serbestçe satılması pazarlık suretiyle satış olarak ifade edilmektedir¹⁸⁸. Tarafların satış konusunda üçüncü kişi ile yapacakları sözleşme TBK’da düzenlenen satış sözleşmesidir ve burada TBK m. 237 vd. hükümleri uygulanacaktır. Yine buradaki açık arttırma ile satış cebrî açık arttırma niteliğinde değildir ve anılan satışa İİK hükümleri değil; TBK m. 274 vd. hükümleri uygulanacaktır. Ancak ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar paylaşma türünde anlaşma sağlayamazsa ve bu kapsamda mahkemeye (TMK m. 699, m. 703/2) başvurursa mahkeme, açık arttırmayla satışa karar verip HMK m. 322/2 çerçevesinde satış için bir memur görevlendirebilir ve satış İİK hükümlerine göre yapılır.

Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması halinde, tarafların taşınmazın açık arttırmayla veya pazarlık suretiyle satışı noktasın anlaşma yapıp yapamayacaklarını irdelemek gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında aslanan, tarafların kendi aralarında uzlaşmaya varmaları ve kanunî sınırlar çerçevesinde serbestçe paylaşma tarzını belirlemeleridir. Bu noktada taraflar, arabulucuya başvurmaksızın kendi aralarında açık arttırma veya pazarlık suretiyle satış karar verebiliyorlarsa, arabulucu huzurunda yapılan anlaşmada da bu tür satış tarzlarını kararlaştırmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır; zira kanun da (TMK m. 699, m. 703/2) buna cevaz vermektedir.

Bir istinaf başvurusunda İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi (2024/1092 E., 2024/1275 K.) “Ortaklığın giderilmesi konulu davalarda arabuluculukta sonuca varılabilmesi için aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesi ya da belli bir kişiye belirli bedelle satışı üzerinde anlaşma yapılabilir. **Ortaklığın ihale yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamaz.** Bu durumda taraflar anlaşmamış sayılmalı anlaşamama tutanağı tutulmalıdır. **Ortaklığın giderilmesinin ihale usulüyle satışına ancak mahkeme karar verebilecektir.** Söz konusu açıklamalar karşısında mahkemenin dava şartı oluşmadığı gerekçesiyle ret yönündeki kararında usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır” şeklinde karar vermiştir.

¹⁸⁸ Kurşat (n 166) 279.

Aynı konuya ilişkin olarak başka bir istinaf başvurusu üzerine Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi (2024/2464 E., 2024/1857 K.) “*Gelibolu Arabuluculuk Bürosu’nun 2023/XX büro dosya numarası ile yapılan arabuluculuk görüşmeleri sonucunda Gelibolu İlçesi, Karainebeyli Köyü’nde bulunan 9 adet taşınmazda taraflar arasındaki ortaklığın taşınmazların satışı suretiyle giderilmesi hususunda anlaşmanın sağlandığı görülmektedir. 27.10.2023 tarihinde düzenlenmiş olan anlaşma belgesinde parsel numaralan anlaşma belgesiyle gösterilmiş olan 9 adet taşınmazın tüm takyidatları ile birlikte, genel açık arttırma suretiyle satılması, bedelinin paydaşlara tapudaki paylan oranında paylaşılması, satış işlemlerinin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılması, satış memuru olarak Gelibolu Adliyesi Yazı İşleri Müdürü’nün yetkili olduğu hususlarında anlaşmaları görülmektedir. 11.06.2024 tarihinde Gelibolu Sulh Hukuk Mahkemesine başvuran paydaşlardan XXX anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini istemiş, mahkemece talep dosya üzerinden değerlendirilerek 14.06.2024 tarihli karar ile talebin reddine karar verilmiştir. Öncelikle taraf teşkili hususunda tapu kayıtları çıkartılarak dairemizce yapılan incelemede, anlaşma belgesinin tapu kayıtlarında paydaş olarak görülen 11 kişi asil birlikte imzalanmış olduğu, göre taşınmazlarda paydaş olan kişilerin tamamının anlaşma belgesinin oluşturulması sırasında anlaşmaya katıldıkları görülmektedir. Ancak, anlaşma belgesinin imza tarihinden sonra paydaşlardan’un vefat ettiği, mirasçılık belgesinin talep dilekçesi ile birlikte dosyaya sunulduğu görülmektedir. Vefat eden paydaş kişi mirasçılarının tamamının aynı zamanda taşınmazda paydaş oldukları ve 27.10.2023 tarihli anlaşma belgesinde imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumla ilgili tüm paydaşların icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin bu talep yönünün taraf olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece dosyaya sunulan anlaşma belgesi, geçerli bir anlaşma olarak kabul edilmediğinden karşı tarafa tebliğatların çıkartılmadığı ve dairemiz kararında üstte açıklanan ilkelere karşı tarafların hukuki dinlenilme hakkının sağlanmadığı görülmektedir. **Bu nedenlerle dairemizce, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların 6325 sayılı Kanun uyarınca arabuluculuk aşamasında ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin uzlaşmalarının geçerli olduğu ve bu tür bir uzlaşma sağlandığında düzenlenen anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilebileceği kabul edilmekle, talep dilekçesi ve ekinde sunulan anlaşma belgesi tüm taraflara tebliğ edilerek hukuki dinlenilme haklarının sağlanması için kararın kaldırılması ile dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir**”.*

Görüldüğü üzere aynı konuda iki bölge adliye mahkemesinin farklı kararları bulunmaktadır. İzmir BAM 6. HD. kararında, ortaklığın giderilmesinin açık arttırma

yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamayacağını ve buna ancak mahkemenin karar verebileceğini ifade etmektedir. İzmir BAM 6. HD.'nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira hem TMK m. 699/1 uyarınca paylı mülkiyette, hem de miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyette TMK m. 703/2'nin atfıyla TMK m. 699/1 uyarınca paydaş veya mirasçılar taşınmazın artırma ile satışı konusunda anlaşabilirler. Dolayısıyla İzmir BAM 6. HD.'nin ifade ettiği gibi, sulh hukuk mahkemesi, ortaklığın giderilmesi davasında sadece ortaklığın satış yapılmak suretiyle giderilmesi kararı vermemekte, taraflar da bu konuda anlaşma sağlayabilmektedir. Bu doğrultuda Bursa BAM 4. HD.'nin kararı daha isabetlidir.

Üzerinde durulması gereken husus, tarafların arabulucu huzurunda taşınmazın açık arttırma ile satışının kararlaştırılmasında icranın mevcut düzenlemeler çerçevesinde nasıl olacağıdır. Taraflar kendi aralarında taşınmazın (isteğe bağlı) açık arttırma yoluyla satışı noktasında anlaşılırsa arttırma TBK m. 274 vd. hükümleri çerçevesinde olacaktır. Taşınmazın isteğe bağlı açık arttırma yoluyla satışında açık arttırmanın yapılacağı yer, zaman ve arttırma koşulları önceden belirlenerek ve ilan (gazete, el ilanı, radyo, televizyon¹⁸⁹, internet veya sosyal medya gibi araçlarla) yoluyla duyurulacaktır. Arttırma şartnamesindeki şartları sağlayan herkes bu satışa katılabilir. Bu arttırmayı yönetecek kişi, yani arttırma görevlisi olacaktır. Arttırma görevlisinin kim olacağı hususunda Kanun'da bir belirleme yapılmamıştır. Bu sebeple arttırma görevlisi satıcının bizzat kendisi olabileceği gibi, kendisinin yetkilendireceği bir kimse ya da işletme de olabilir. Örneğin, açık arttırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinin gerçekleştirilmesinde müzayede işletmeleri¹⁹⁰ yetkilendirilebilir. Arttırma görevlisi olarak eğer bir kişi veya işletme yetkilendirilirse, görevli, satıcı adına hareket edecektir ve satıştan kaynaklı ayıptan veya zapttan doğan sorumluluk satıcıya ait olacaktır. Arttırma görevlisi, satıcı arttırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, arttırma için belirlenen yer ve zamanda orada bulunan herkes arasından en yüksek bedeli önerene ihale etmesiyle satış sözleşmesini kurmuş olur (TBK m. 275). Arttırma görevlisi, satış tutanağında gösterilen taşınmazın alıcı adına tescilini hemen tapu idaresine bildirir. Arttırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer (TBK m. 279). Açık arttırmanın türlerinden birisi olan isteğe bağlı açık arttırma bu şekilde olmaktadır.

¹⁸⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2014) 261; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (14. Baskı, Yetkin 2021) 235.

¹⁹⁰ Müzayede işletmeleri gündelik hayatta daha sıklıkla "müzayede evleri" olarak da adlandırılmaktadır.

Arabulucu huzurunda yapılan satış suretiyle paylaşmayı konu alan sözleşmede, satışın kim tarafından, ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği hususları, özellikle arttırma şartnamesi gibi hususlar en ince ayrıntısına kadar, hatta bir uzman yardımı da alınarak hazırlanırsa, yukarıda ifade ettiğimiz şekilde taşınmazın satışı TBK m. 274 vd. uyarınca gerçekleştirilebilir. Arttırma şartnamesi, arttırma yer ve zamanı, arttırma görevlisi hususları kararlaştırılmadan bir sözleşmenin yapılması ihtimalinde sözleşmenin ifasında problemler ortaya çıkabileceği akla gelebilir. Ancak anılan hususların (TBK m. 274) kararlaştırılmasının, sözleşmenin asli şartları olduğu düşünüldüğünde, yapılan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmayacağı ve bunun ifasından söz edilemeyeceği söylenebilir.

Taraflar, arabulucu huzurunda yapacakları satış suretiyle paylaşmayı içeren anlaşmada, HMK m. 322/2 uyarınca satışın satış memuru aracılığıyla İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılmasını kararlaştırabilirler mi? Ortaklığın giderilmesi (izale-i şuyu) davasına ilişkin olan anılan hükmün, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan satış suretiyle paylaşmaya ilişkin anlaşma belgesinin yerine getirilmesinde doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Anılan hüküm çerçevesinde, sulh hukuk mahkemesi hâkimi, satışa karar verdikten sonra kendisi bizzat satış için bir memur tayin etmekte ve bu memur da satış, İİK hükümleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Dolayısıyla arabulucunun, hâkim yerine geçerek satış için memur tayin edebileceğine ilişkin bir hüküm HUAK'ta bulunmamaktadır. Hatta HUAK m. 15/4 uyarınca, “...niteliği gereğince yargısal bir yetkinin kullanımı olarak yalnızca hâkim tarafından yapılabilecek işlemler...”, arabulucu tarafından da yapılamayacaktır. Bu konuda, arabulucuya kanunla özel bir yetkilendirme yapılmadığı sürece arabulucu, satış için bir memur görevlendiremez. Tarafların da bu şekilde bir görevlendirme yapmasının mevcut düzenlemeler kapsamında mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü kendisinden görüş talep edilmesi üzerine, TMK 698, m. 699, HMK m. 322, HUAK m. 18/1ve 4, m. 18/B, 492 sayılı Harçlar Kanunu¹⁹¹ m. 2/1, m. 15, Harçlar Kanunu (1) Sayılı Tarifinin “Yargı Harçları” bölümünün “Karar ve ilâm harcı başlıklı” III-b hükümleri ele alınarak “*Taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin gerçekleştirilen arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin 6100 sayılı Kanunun 322 nci maddesi uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi*

¹⁹¹ 17.07.1964 tarih ve 11756 sayılı RG.

esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir” şeklinde görüş bildirmiştir¹⁹². Anılan görüşe mevcut düzenlemeler kapsamında katılmak mümkün değildir. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün ele aldığı hükümler kapsamında bildirmiş olduğu görüş anılan hükümlerle örtüşmemektedir. Zira az önce ifade edildiği üzere sulh hukuk mahkemesinin kanunen satış memuru görevlendirmesi, ortaklığın giderilmesi davasında satış kararının yerine getirilmesi halinde mümkündür. Zira satışı yerine getirecek olan satışa karar veren mahkemedir. Fakat arabuluculukta satışa karar veren tarafların kendisidir. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek olan sulh hukuk mahkemesine, satış için memur tayinine ilişkin olarak, kanunen verilen bir görev söz konusu değildir. Mahkemelerin görev ve yetkileri ancak kanunla düzenlenebilir (HMK m. 1). Bu noktada kıyas yoluyla da bir uygulamanın yapılması söz konusu değildir. Tüm bunlar göz önüne alındığında, sözleşmenin onaylanması sırasında, tarafların arabulucu huzurunda satış suretiyle paylaşmaya karar vermeleri ve bu noktada, satışın bir memur tarafından ve İİK hükümleri çerçevesinde yapılmasını istemeleri halinde sulh hukuk mahkemesinin, bu talep noktasında satış için bir memur görevlendirebileceğine ya da HMK m. 322/2 hükmünün uygulanacağına ilişkin olarak özel bir düzenlemeye HUAK m. 18/b’de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özel bir uyuşmazlık türü olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında bu tür özel düzenlemelere yer verilmesi sorunların en aza indirilmesine yardımcı olacaktır. Aksi görüşün savunulması halinde ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamından çıkarılması gerekecektir.

Uygulamada tarafların, arabulucu huzurunda, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi konusunda anlaşması halinde, icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesi, icra edilebilirlik şerhine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, kararın talep halinde dosyanın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna gönderilmesine karar vermektedir. Bu kapsamda taraflar, icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, satışın gerçekleştirilmesi için sulh hukuk mahkemesine başvurmakta; mahkeme de dosyayı satışın gerçekleştirilmesi için satış memuruna göndermektedir. Bu durum, uygulamada sorun çıkarmamaktadır ve pragmatisttir. Fakat bu

¹⁹² Adalet Bakanlığı’nın 15.02.2024 tarih ve E-73640249-045.02[02]-9-2024-136/5056 sayılı yazısı.

uygulama, teorik açıdan mevcut yasal düzenlemelere uygun değildir; uygun olması için, yeni kanunî düzenlemeler yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Ortaklığın giderilmesi gibi uyumsuzluklarda cebren icrası mümkün olmayıp, sadece mahkemece onaylanmasının faydalı olacağı bazı durumlarda, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi şeklinde değil de anlaşmanın/sözleşmenin kanunî sınırları içerisinde yapıldığının onaylanması şeklinde ayrıca bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Hem aynen paylaşım hem de satış suretiyle paylaşım açısından bu husus önem ifade etmektedir. Zira aynen paylaşımaya ilişkin arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın mahkemece kanunî sınırları çerçevesinde yapıldığının onaylanması ve mahkeme onayını içeren sözleşme ile taraflardan her birinin kendi adına tescil yapabileceğine ilişkin bir hükmün kanuna eklenmesi yukarıda yer verdiğimiz bütün sorunları çözecektir. Aynı şekilde satış suretiyle paylaşmaya yönelik arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın, usulüne uygun şekilde yapıldığı ve tarafların istemesi halinde onaylama yapan sulh hukuk mahkemesinin, satış yapılabilmesi amacıyla görevlendireceği bir memur vasıtasıyla satışın yapılabilmesine ilişkin bir hükme kanunda yer verilmesi de bu konuda ortaya çıkacak bütün sorunları çözecek niteliktedir.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin mahkemece verilen kararın bile cebri icraya elverişli bir karar olup olmadığı tartışmalıyken¹⁹³, bu konuda arabulucu huzurunda yapılacak anlaşmanın doğrudan cebri icraya elverişli olduğu ifade edilip icra edilebilirlik şerhi verilebilir denilmesi doğru değildir. Nitekim ilâmlı icra yoluyla icra edilebilecek hükümler, çoğunlukla davayı kaybeden tarafın edimde bulunma yükümlülüğü altında olduğu hükümler, eda hükümleridir; inşaî hüküm veya tespit hükmü değildir. Örneğin, ilâmlı icrada, borçlunun ifa etmesi gereken borcu yerine getirmemesi halinde, söz konusu borç, icra organları tarafından (icra dairesince) zorla yerine getirilir. Borç, para borcu ise, borçlunun borca yetecek ölçüde malı haczedilir ve sonrasında satış yapılır ve satıştan elde edilen bedel paylaşılır. Ancak, bu durum, ortaklığın giderilmesi davası sonunda verilen satış suretiyle paylaşım ve ortaklığın giderilmesi yönündeki karar ile ortaya çıkmaz. Nitekim ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilmiş hükmün gereğinin ya-

¹⁹³ Ortaklığın giderilmesi davasında verilen inşaî hükümlerin ilâmlı icraya konu olması mümkün değildir ve fakat anılan davada sulh hukuk mahkemesi, satış suretiyle paylaşım ile ortaklığın giderilmesi kararı vermesi, satış için bir memur tayin etmesi ve memurun satışı icra ve İflas Kanunu ilgili hükümleri çerçevesinde yerine getirecek olması nedeniyle söz konusu hükmün ilâmlı icraya konu olup olmayacağına ilişkin bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Topal (n 5) 553-562.

pılması bakımından **ilâmlı icra ile ayniyet gösteren tarafı, yalnızca taşınır ya da taşınmazların satılmasıdır**. Üstelik, bu kurumların niteliklerinin birbirinden farklı olması sebebiyle paraların paylaşılması aşamasında dahi farklılıklar mevcuttur. Yine, ilâmlı icra yolunda hacze iştirak kurumundan bahsedilebilir ve satılan malların bedelinin, alacağın tümünü karşılamaya yetmemesi halinde, sıra cetveli düzenlenir ve bu şekilde paralar paylaşılır. Ancak, birlikte mülkiyet halinde, söz konusu mal satılırken, satış sonrasında elde edilen paranın paydaş ya da mirasçılara, oluşturulan paylar nispetinde verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hükümleri için dahi, doğrudan icra edilebilir hükümler olduğu ifade edilemezken, arabulucu huzuruyla yapılan satış suretiyle anlaşma belgelerinin cebrî icraya elverişli hükümler olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada sadece satışın gerçekleştirilmesi noktasında (eğer özel hüküm konulursa) ayniyet olabilir.

4. Kat Mülkiyeti Kurulması Suretiyle Paylaşma Halinde

Taşınmaz üzerinde birlikte mülkiyet sahipleri (paydaş veya mirasçılar), taşınmazın kat mülkiyeti kurulmasına elverişli olması halinde, birlikte mülkiyetin kat mülkiyeti kurulması suretiyle sona ermesi konusunda sözleşme yapabilirler. Kat mülkiyetinin iradî olarak kurulmasında sözleşme (resmî senet) ve kat mülkiyeti kütüğüne tescil aranır (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/1). İlk olarak malik veya bütün paydaş/mirasçıların Kat Mülkiyeti Kanunu m. 12’de yer alan belgelerle birlikte ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda tapu memurluğundan istemde bulunması gerekir. Tapu memuru kendisine verilen belgelerin tam, usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmî sözleşmeyi düzenler. Görüldüğü üzere kat mülkiyeti kurulurken gereken resmî sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu sözleşme tescil istemi sayılır (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13/1). Kat mülkiyeti kurulurken paydaş ya da mirasçıların biri ya da birkaçının varlığı yetmez; bunların tamamının sözleşmede bulunması gerekir. Aksi halde kat mülkiyeti kurulamaz. Kat mülkiyeti, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir ve bu kütüğe tescil edilen bağımsız bölümlerden her biri ayrı gayrimenkul niteliğine haiz olur (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13). Paydaş veya mirasçılar bu şekilde kat mülkiyetine elverişli bir taşınmazı kendi aralarında paylaşabilirler.

Paydaş ya da mirasçıların, kat mülkiyeti kurma yoluyla taşınmazın paylaşımına ilişkin anlaşmayı, arabulucu huzurunda yapıp yapamayacaklarını değerlendirmek gerekir. Öte yandan Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/7 uyarınca “*Kat mülkiyetine konu*

olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12 nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir". Anılan hüküm de dikkate alındığında kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığı ortaya çıktığında dava şartı arabuluculuk çerçevesinde arabulucuya başvurunun zorunlu olup olmayacağına da değerlendirilmesi gerekecektir. Bu noktada, ortaklığın giderilmesi davalarında uyuşmazlığın kat mülkiyeti suretiyle giderilmesi istense bile, ortada bir ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığı söz konusu olduğu ve bu kapsamda HUAK m. 18/B/1-b hükmü açık olduğu için dava şartı arabuluculuk işlerlik kazanacaktır. Hatta aynı hükmün (c) bendinde de "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar" bağlamında da dava şartı arabuluculuğun işlerlik kazanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Tarafların iradî olarak kat mülkiyeti kurma suretiyle paylaşma yapmalarını mümkün olduğu için (dava şartı) arabuluculuk açısından, arabulucu huzurunda da aynı şekilde anlaşmaları mümkündür. Bir başka ifadeyle tarafların kat mülkiyetine elverişli taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin kurulması ve bağımsız bölümlerin kendi adlarına tescili şeklinde anlaşmaları mümkündür. Fakat bu anlaşmanın icrasının nasıl olacağı konusu tereddüt uyandırmaktadır. Bu hususta, yukarıda¹⁹⁴ aynen taksim suretiyle paylaşma konusunda tarafların anlaşması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile icrası noktasındaki tespitlerin bu durum açısından da aynen geçerli olacağını söylemek mümkündür.

Öte yandan bir taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulması ve tescil işleminin yapılabilmesi için tüm paydaş ve mirasçıların katılımı ile tapu memurunca düzenlenen resmî senet aranmaktadır. Arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın bu resmî şekli sağlayıp sağlamadığı hususu önem ifade etmektedir. Tarafların arabulucu huzurunda yaptıkları sözleşmenin kanunî sınırlar içinde yapıldığının tespiti ve mahkemece onaylanması/icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile aranan resmî şekil şartının yerine getirileceği ileri sürülebilir. Bu tarz bir kabul çerçevesinde, taraflardan her birinin, anılan anlaşma belgesine istinaden tapuda kat mülkiyetinin kurulmasını ve belirlenen bağımsız bölümün kendi adına tescilini isteyebileceği söylenebilir. Kaldı ki 7531 sayılı kanunla eklenen HUAK m.

¹⁹⁴ Bkz. yuk. IV-A-2.

18/B/5'de yer alan "Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir." hükmü bu doğrultudadır. Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur.

B. Şekil Şartının Sağlanıp Sağlanmaması Açısından

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığı açısından paylaşma hususunda tarafların yapacakları anlaşmanın şekil şartı yukarıda incelenmiştir¹⁹⁵.

Tarafların, arabulucu huzurunda imzaladıkları taşınmazın devrini ve taşınmazın üzerindeki aynı hak sahipliğinde değişiklik yapılmasını öngören anlaşma belgeleri, HUAK'ta öngörülen şekilde, usulüne uygun düzenlenmiş ve mahkemeye de icra edilebilirlik şerhi verilmek/onaylanmak suretiyle şekli anlamda kesin hüküm niteliği kazanmışsa, doğrudan tapuda işlem yapılması mümkün olmalıdır. Burada ayrıca tapuda düzenlenen bir resmî senedin varlığına gerek kalmaz¹⁹⁶. Daha önce de ifade edildiği üzere, mahkemeler tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmiş bulunan anlaşma belgelerinin, tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi bağlamında gereken resmi şekil koşulunu sağladığı kanaatindeyiz. Zira bu şerhin verilmesiyle anlaşmaya resmiyet kazandırılmaktadır ve tapuda tescil işleminin yapılabilmesi amacıyla geçerli sebep teşkil etmektedir. Dolayısıyla hâkim/mahkeme tarafından şerh verilerek onaylanan bir sözleşme ile tapu memuru tarafından resmiyet kazandırılmış bir sözleşmeyle dahi gerçekleştirilebilen her bir paydaş adına taşınmazın paylaşılan kısımlarının tescili işlemi yapılabilmesi, geçerli olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere¹⁹⁷ doktrinde, arabuluculuk faaliyetinin sonunda, taraflarca yapılan taşınmazın devri anlaşmasından sonra, taşınmazın devir

¹⁹⁵ Bkz. yuk. III-C.

¹⁹⁶ Tanriver, Uyuşmazlık Çözümleri (n 146) 120, dn.203.

¹⁹⁷ Bkz. yuk. III-C.

ve tescilinin, konu itibarıyla cebrî icraya elverişli olmaması sebebiyle mahkemedен, icra edilebilirlik şerhinin verilmesini istenemeyeceği; taşınmazın devir ve tescili işlemlerinin taraflarca sağlanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmektedir. Aslında bu ve buna benzer görüşler, anlaşmanın cebrî icrasında ortaya çıkan sorunlar¹⁹⁸ açısından kısmen haklılık taşımaktadır. Özellikle aynen paylaşma ve kat mülkiyeti kurulması (hatta satış) suretiyle paylaşımın cebrî icrasında ortaya çıkan sorunlar göz önüne alındığında, icra edilebilirlik şerhi noktasında ayrı, özel bir kanunî düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, arabulucu huzurunda yapılıp cebrî icrası mümkün olmayan ya da problemler yaratan bütün anlaşmalara ilişkin olarak mahkemece, “anlaşmanın/anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi” kavramı değil de “anlaşmanın/anlaşma belgesinin usulüne uygun şekilde yapıldığının onaylanması” kavramının ayrıca kullanılacağı ve “onaylanan anlaşma ile doğrudan resmî kurum ve kuruluşlarda işlem yapılabileceği” hükmünü de içeren yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Anılan hüküm şu şekilde olabilir:

“Tarafların arabulucu huzurunda usulüne uygun düzenlenen ve cebrî icraya elverişli olmayan anlaşma belgelerine ilişkin işlem yapılabilmesi için mahkemece onaylanmasını talep edebilirler. Anlaşmayı onaylayacak olan mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verecek olan mahkemedir.

Onaylamanın yapılması, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve anlaşmanın usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığı hususlarıyla sınırlıdır.

Resmî şekilde yapılması aranan sözleşmelerin, arabulucu huzurunda yapılması ve mahkemece onaylanması halinde, resmî şekil şartı yerine getirilmiş kabul edilir. Onaylanan anlaşma belgesi ile resmî daire ve kurumlarda doğrudan işlem yapılabilir”.

İcra edilebilirlik şerhine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde onaylama için de uygulanır”.

¹⁹⁸ Bkz. yuk. IV.

C. Aynî Hak Kazandırıp Kazandırmaması Açısından

Daha önce de belirtildiği üzere, tapu sicilinde ayrıca bir işlem yapılmasına gerek kalmadan icra edilebilirlik şerhi alması mahkemece uygun bulunan (kanaatimizce onaylanan) anlaşma belgeleri, tapu müdürlüğünde yapılacak tescil taleplerinde resmî senet yerine geçecek bir belge niteliği taşımaktadır¹⁹⁹.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın mülkiyetinin geçişine yönelik bir irade uyuşması ancak borçlandırıcı işlem niteliği taşır. Tescil işlemi ise, taşınmaz mülkiyetinin geçişini sağlamaya yönelik tasarruf işlemidir. Taşınmaz mülkiyetinin geçişi kural olarak tescille mümkündür (TMK m. 705/1). Tescil kuralının istisnaları ise ancak kanunla belirlenebilir. Nitekim TMK m. 705/2/c.1: *“Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır.”* düzenlemesini içermektedir. Bu hükümde sayılan hallerden mahkeme kararı arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliğine yakın görülebilir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bu belgeye mahkeme kararı niteliği de vermez. O halde icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi TMK ve diğer kanunlarda sayılan taşınmazın tescilsiz kazanım hallerinden birisine dâhil olmadığından bu anlaşma belgesinin yapılması durumunda da taşınmaz mülkiyeti ancak tescille el değiştirebilir.

Sonuç

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, 7445 sayılı Kanun’un 34. ve 37. maddeleriyle HUAK m.17/B; m.18/B’de yapılan değişiklikle zorunlu/dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Ancak söz konusu uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa dahil edilmesiyle birlikte birçok sorun da ortaya çıkmıştır. Bu sorunlar, özellikle anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik bağlamında kendisi göstermiştir. Çalışmamızda vardığımız sonuçlar şu şekildedir:

1. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının kapsamına, paylı mülkiyet ilişkisi ve miras ortaklığının varlığı halinde söz konusu olan elbirliği mülkiyeti girmektedir. Kavram birliğinin sağlanması açısından paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sonlandırılması bakımından *“ortaklığın giderilmesi (izale-i şü-yu)”* teriminin kullanılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

¹⁹⁹ Özge Yenice Ceylan, ‘Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk’ (2023) 14 (2) inÜHFD 523.

2. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, 7445 sayılı Kanun'un 34. ve 37. maddeleri ile HUAK m. 17/B-18/B'de değişiklik yapılmadan, yani dava şartı arabuluculuk kapsamına sokulmadan önce de ihtiyarî arabuluculuğa tabi konulardandır.
3. Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar, arabulucu huzurunda anlaşıp, anlaşma belgesi düzenleyebilirler; aslında anlaşma belgesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurdukları bir sözleşmedir. Anlaşma belgesi düzenlenirken tarafların kanunî sınırlamalara riayet etmesi gerekecektir. Bir başka ifadeyle anlaşma belgesinde gerçekleştirilen anlaşma; elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyeti için kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır.

TMK'da yer alan sınırlamaların haricinde diğer kanunlarda da özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, KMK m. 7'ye göre kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olan taşınmazda paylaşma istenemez; ancak bağımsız bölüm üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşma istenebilir. Buradaki kanunî sınırlama arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması için de bağlayıcı niteliktedir. Yine, 775 sayılı Gecekondu Kanunu m. 34/I-d ve III hükümlerine göre özgülenmiş taşınmazlarda tahsis tarihinden itibaren işlemeye başlayan 10 yıllık sürede paylaşmayı isteme hakkı kaldırılmakta ve ortaklığın giderilmesi davası açılması söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle arabulucunun anlaşma belgesini hazırlarken taşınmazın kanunda belirtilen niteliğe sahip olması durumunu da irdelemesi gerekir. Miras ortaklığından kaynaklı uyuşmazlıklarda paylaşmaya konu terekenin mirasçıları arasında ceninin bulunması, mirasçılar arasında idame-i şüyu veya miras ortaklığının devam anlaşması, miras bırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ve TMK m. 642/3 kapsamında mahkeme kararının varlığı arabuluculuk anlaşma belgesi hazırlanırken dikkate alınması gereken meselelerdir.

4. Tarafların arabulucu huzurunda düzenledikleri anlaşma belgesi kim tarafından (avukatlar huzuruyla da olsa) imzalanmış olursa olsun mutlaka icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu tutulmuştur (HUAK m. 18/B/3). İcra edilebilirlik şerhinin, arabuluculuk anlaşma belgelerinin, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli ve varılan anlaşmanın icra edilebilir nitelik taşıdığını gösteren, mahkemece verilen bir belge olduğu söylenebilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrasıyla mahkemenin, ortaklığın giderilmesi konusu olan taşınmazlarla ilgili yapılan anlaşma belgeleri üzerinde yapacağı incelemenin kapsamı, anlaş-

manın içeriği, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliği, taşınmazla ilgili kanunlarla getirilen sınırlama²⁰⁰ ve usul/esaslara uyulup uyulmadığıyla sınırlı tutulmuştur.

Ancak ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında özellikle aynen veya satış suretiyle paylaşma konusunda imzalanan anlaşma belgesinin cebren icrası mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Bu kapsamda da icra edilebilirlik şerhi verilmesine mevcut düzenlemeler bağlamından uygun olmadığı; bu sebeple kana, bu tür anlaşma belgelerinin “onaylanması” şeklinde bir düzenlemenin eklenmesi düşünülebilir.

Arabuluculuğa başvuruya ilişkin süreç ve sürelerle ilişkin olarak (HUAK m. 18/A/9; TTK m. 5/A/2; İŞMK m. 3/10;) kanunlarda ilgili uyuşmazlıklar bağlamında öngörülen (3+1) ve (6+2) haftalık sürelerle aykırılık bulunması halinde, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin yapacağı içerik incelemesi sırasında, tarafların bir hak kaybına uğramasının engellenmesi adına arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için aranan şartlar mevcutsa şerh verilmelidir. Nitekim, süreler bağlamında temel sorumluluk arabulucudadır ve burada arabulucunun hukukî ve disiplin sorumluluğunun doğabilecek olması farklı bir meseledir.

5. Tarafların, ortaklığın aynen paylaşım suretiyle giderilmesi konusunda anlaşmaları durumunda, icra edilebilirlik şerhi alınıp alınmayacağı; alınması halinde nasıl cebren icraya konulacağı hususları konusunda;
 - Taşınmazı konu alan paylı mülkiyette, paydaşların tek başına kendi hissesi oranında malik olabilmesi için aynî akit ile tescil talebi ve tescilin yapılması gerekir. Tescil talebinde bulunma, olumlu bir davranış biçimi olduğu için yapma edimi yani, borçlunun bir irade beyanında bulunması olarak karşımıza çıkar; tescil talebinde bulunma bir irade beyanında bulunmadır. Dolayısıyla arabuluculuk prosedürü çerçevesinde tarafların aynen paylaşım hususunda uzlaşıp anlaşma belgesi düzenlemesi halinde tarafların edim yükümlülüğü de irade beyanında, yani tescil talebinde bulunma olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade açıklaması olan tescil talebinde bulunma ediminin cebren icrasına ilişkin olarak Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken davanın bir eda davası olacağı ve mahkemenin vereceği kararın da

²⁰⁰ Anlaşma belgesinin hazırlanmasında dikkat edilecek ve hâkimin incelemesinin de kapsamını belirleyen kanunî sınırlar için bkz. yuk. III-D.

irade beyanı yerine geçen bir karar (dZPO §894, sZPO Art. 344) olacağına ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Tescil talebinde bulunma edimi eda davasına vücut vermeyeceği için bu bağlamda cebrî icrasının da mümkün olamayacağı ve bu nedenle mevcut anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Ancak, tescil talebinde bulunma edimini konu alan anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınması ihtimalinde yapma edimlerine ilişkin ilâmların icrasına ilişkin İİK m. 30 çerçevesinde icrası mümkün olabilir. İrade beyanında bulunma borcu niteliğinde olan tescil talebinde bulunma başkası tarafından yapılamayan bir iş niteliğindedir. Bu sebeple, anlaşma belgesine cebrî icraya elverişlilik şartını sağladığından bahisle icra edilebilirlik şerhi verilip ilâm niteliğinde belge vasfını kazanıp İİK m. 30 çerçevesinde icrası istenebilir

İrade beyanında bulunma borcuna icrasına ilişkin olarak yeni İcra ve İflâs Kanunu içerisine Alman veya İsviçre hukuklarındaki benzer bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

- Dava şartı arabuluculuğa başvurulup anlaşma sağlandıktan sonra taraflar, anlaşmanın gereğini yerine getirmezse tescile zorlama davası açılması akla gelebilir. Fakat bu düşünce, dava şartı arabuluculuk kurumunun mantığı ile bağdaşmamakta ve dava şartı arabuluculuğun önemini azaltmakla birlikte usul ekonomisi ilkesine de aykırılık arz etmekte; hak sahiplerinin haklarına kavuşması, dolayısıyla adalete erişim hakkını da engeller niteliktedir. Öte yandan, arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesinin, icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesinden sonra, ilâm niteliğindeki belge vasfını kazanacak olması da sonradan dava açılmasına engel teşkil eder; zira dava açılmasında hukuki yarar yoktur.
- Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında uzman sulh hukuk mahkemesi taşınmazın paylaşılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmanın, kanunun öngördüğü usulde ve sınırlar içerisinde hazırlandığı tespit edip “onayladıktan” sonra, taraflardan her birinin kendi payını adına tescili için tapuda işlem yapabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin kanuna eklenmesi isabetli olacaktır. Hatta arabulucuların, anlaşma belgesinin mahkemece “onaylanması” halinde taraflardan her birinin kendi başına tapuda işlem yapabileceği yönünde tapuya bildirimde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme de kanuna eklenebilir.

7531 sayılı Kanun m.26 ile getirilen HUAK m. 18/B/5 şu şekildedir: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin an-*

laşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmazla ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir.” Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü, gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur.

6. Taraflar, arabulucuya başvurmaksızın kendi aralarında açık arttırma veya pazarlık suretiyle satışa karar verebiliyorlarsa, arabulucu huzurunda yapılan anlaşmada da bu tür satış tarzlarını kararlaştırmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır; zira kanun (TMK m. 699, m. 703/2) buna cevaz vermektedir. Ancak, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi (2024/1092 E., 2024/1275 K) **ortaklığın ihale yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamayacağına karar vermiş;** Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi (2024/2464 E., 2024/1857 K.) ise isabetli olarak satış suretiyle anlaşma yapılacağına karar vermiştir. İzmir BAM 6. HD.’nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle TMK m. 699/1 uyarınca paylı mülkiyette, ikinci olarak da miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyette TMK m. 703/2’nin atfıyla TMK m. 699/1 uyarınca paydaş veya mirasçılar taşınmazın arttırma ile satışı konusunda anlaşabilirler.
- Arabulucu huzurunda yapılan satış suretiyle paylaşmayı konu alan sözleşmede, satışın kim tarafından, ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği hususları, özellikle arttırma şartnamesi, gibi hususlar en ince ayrıntısına kadar, hatta bir uzman yardımı da alınarak hazırlanırsa, taşınmazın satışı, teorik çerçevede TBK m. 274 vd. uyarınca gerçekleştirilmesi gerekir.

Arttırma görevlisi, satıcı arttırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, arttırma için belirlenen yer ve zamanda orada bulunan herkes arasından en yüksek bedeli önerene ihale etmesiyle satış sözleşmesini kurmuş olur (TBK m. 275). Arttırma görevlisi, satış tutanağında gösterilen taşınmazın alıcı adına tescilini hemen tapu idaresine bildirir. Arttırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer (TBK m. 279). Arttırma şartnamesi, arttırma yer ve zamanı, arttırma görevlisi hususları kararlaştırılmadan bir sözleşmenin yapılması ihtimalinde sözleşmenin ifasında problemler ortaya çıkabileceği akla gelebilir. Ancak anılan hususların (TBK m. 274) ka-

rarlaştırılmasının sözleşmenin asli şartları olduğu düşünüldüğünde, yapılan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmayacağı ve bunun ifasından söz edilemeyeceği söylenebilir

- Ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin olan HMK m. 322/2 hükmünün, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan satış suretiyle paylaşmaya ilişkin anlaşma belgesinin yerine getirilmesinde doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Anılan hüküm çerçevesinde, sulh hukuk mahkemesi hâkimi satışa karar verdikten sonra, kendisi bizzat satış için bir memur tayin etmekte ve bu memur satışı da İİK hükümleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Dolayısıyla arabulucunun sulh hukuk hâkimi gibi satış için memur tayin edebileceğine ilişkin bir hüküm HUAK'ta bulunmamaktadır.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, kendisinden görüş talep edilmesi üzerine, *“arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin HMK m. 322 uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir”* şeklinde görüş bildirmiştir. Anılan görüşe mevcut kanunî düzenlemeler kapsamında katılmak mümkün değildir. Uygulamada satışın yapılması noktasında bu prosedür izlenmektedir. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün bildirmiş olduğu görüş, dayandığı hükümlerle örtüşmemektedir. Sözleşmenin onaylanması sırasında tarafların arabulucu huzurunda satış suretiyle paylaşmaya karar vermemeleri ve bu noktada, satışın bir memur tarafından ve İİK hükümleri çerçevesinde yapılmasını istemeleri halinde sulh hukuk mahkemesinin, bu talep noktasında satış için bir memur görevlendirebileceğine ya da HMK m. 322/2 hükmünün uygulanacağına ilişkin olarak özel bir düzenlemeye HUAK m. 18/B'de yer verilmesi, ortaya çıkacak sorunları çözebilecek niteliğe sahiptir.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin mahkemece verilen kararın dahi, cebri icraya elverişli bir karar olup olmadığı tartışmalıyken, bu konuda arabulucu huzurunda yapılacak anlaşmanın doğrudan cebri icraya elverişli olduğu söylenerek icra edilebilirlik şerhi verilebilir denilmesi doğru değildir. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hükümleri için bile doğrudan icra edilebilir hükmündedir denilemezken, arabulucu huzuruyla yapılan satışa yönelik anlaşmaların cebri

icraya elverişli hükümler olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada sadece satışın gerçekleştirilmesi noktasında (eğer özel hüküm konulursa) ayniyet olabilir.

7. Tarafların iradî olarak kat mülkiyeti kurma suretiyle paylaşma yapmaları mümkün olduğu için (dava şartı) arabuluculuk açısından arabulucu huzurunda da aynı şekilde anlaşmaları mümkündür. Aynen taksim suretiyle paylaşma konusunda tarafların anlaşması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile icrası noktasındaki tespitlerin, bu durum açısından da aynen geçerli olacağını söylemek mümkündür.
8. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen şekilde, *“taşınmaz devrini ve taşınmaz üzerinde aynî hak sahipliğine ilişkin”* değişiklik yapılmasını içeren anlaşma belgeleri, usulüne uygun düzenlenmiş ve mahkemece de icra edilebilirlik şerhi verilmek/onaylanmak suretiyle şekli anlamda kesin hüküm niteliği kazanmışsa, doğrudan tapuda işlem yapılması mümkün olmalıdır. Bu kapsamda yapılan değişiklik şu şekildedir: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir. (HUAK m. 18/B/5)”*
9. Aynen paylaşma ve kat mülkiyeti kurulması (hatta satış) suretiyle paylaşmanın cebren icrasında ortaya çıkan sorunlar göz önüne alındığında, icra edilebilirlik şerhi noktasında ayrı, özel bir kanunî düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, arabulucu huzurunda yapılıp cebren icrası mümkün olmayan ya da problemler yaratan anlaşmalara ilişkin olarak mahkemece, *“anlaşmanın/anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi”* kavramı değil de *“anlaşmanın/anlaşma belgesinin usulüne uygun şekilde yapıldığının onaylanması”* kavramının kullanılacağı ayrı ve *“onaylanan anlaşma ile doğrudan resmî kurum ve kuruluşlarda işlem yapılabileceği”* hükmünü de içeren yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.
10. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi, TMK ve diğer kanunlarda sayılan taşınmazın tescilsiz kazanım hallerinden birisine dahil olmadığından, bu anlaşma belgesinin yapılması durumunda da taşınmaz mülkiyeti ancak tescille el değiştirebilir. Ancak özel bir kanunî düzenleme getirilmesiyle birlikte arabuluculuk anlaşma belgesinin, tescilsiz kazanım hali olarak öngörülebilmesi mümkün hale gelir.

Kaynakça

- Akinci Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (8. Baskı, Sayram 2015)
- Akil C, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 75-137.
- Akipek J G, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İkinci Kitap Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi 1973)
- Akkan, M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2, 1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31
- , *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası* (On İki Levha 2020)
- Antalya G, *Miras Hukuku* (Vedat 2009)
- Aral F, *Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası* (Ankara Üniversitesi 1979)
- ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (14. Baskı, Yetkin 2021)
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2023)
- Avcı M Ö, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (On iki Levha 2014)
- Ayan M, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016)
- Aybay A, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966)
- Azaklı Arslan B, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018).
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87
- Budak A C, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (1) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25-40
- Bulur A, '6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2015) 499-514
- Büyükcay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018)
- C. Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar* (Çeviren: İ. Hakkı Karafakı) (1946)
- Coşar V A, 'Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri II', (1985) (4) Ankara Barosu Dergisi 616-630
- Çelikoğlu C T, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 669-723
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku*, Cilt IV Miras Hukuku, (Filiz 2016)
- Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (On İki Levha 2019)
- Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, (Adalet 2020)

- Erdoğan E, 'Yapma Borçlarının İcrası ve Temel Bazı Sorunlar', (2017) 75 (2) Ankara Barosu Dergisi 145-175
- Eren F, 'Mirasın Paylaşılması' Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) 495-523
- , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin 2015)
- , *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2014)
- , *Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2016)
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Barış 2015)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2015)
- Grau V, *Die Bedeutung der §§ 894, 895 ZPO für die Vollstreckung von Willenserklärung* (Bielefeld: E. und W. Giesecking 2001)
- Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara Üniversitesi 1978).
- Hauser P, *Erbteilungsvertrag* (Schulthess 1973)
- Hecht W, 'Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs' (1950) 69 (3) ZSR 381.
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Der 2016)
- İnan A N, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, (9. Baskı, Bilge 2015)
- Jost A, *Der Willensvollstrecker* (Zürich 1953)
- Kantarcıoğlu S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi* (On İki Levha 2024)
- Karaca Öz A, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali', (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406-1428
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2012)
- Kekeç E K, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Adalet 2014)
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (Turhan 2015)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987)
- , *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Filiz 2014
- Koçyiğit İ ve Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019)
- Köroğlu A, *Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)*, (Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Nobel 2020) 521-535
- Kurşat Z, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008)

- Kurt Konca N ve Badur E, 'Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi' (2023) (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 539-568
- Kuru B, *Nizasız Kaza* (Ankara Üniversitesi 1961)
- Lupoi M A, 'Civil Enforcement in Italy: A Comparative Perspective', (ed. R. Stürner & M. Kavano, *Comparative Studies on Enforcement and provisional Measures*), (Mohr Siebeck 2011) 90-101
- Messerli P, *Vollstreckung des Urteils Abgabe enier Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozessordnung* (Bern Stämpfli 1983)
- Musiellak H J, Voit W und Lackmann R, *Zivilprozessordnung* (C. H. Beck 2015)
- Münchener Kommentar zum ZPO, Band II, München 2012 (MüKoZPO/Gruber, § 894, Rn. 1)
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1984)
- ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2014)
- , Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2015)
- Ozanemre Yayla T, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011)
- Özbek M S, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-86
- , *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (5. Baskı, Yetkin 2022)
- Özgür Y, *Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi* (Kazancı 1995)
- Özümücü S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)* (On İki Levha 2013)
- Özsunay E, *6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat 2015)
- Postacioğlu İ E, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan 1975)
- Saymen F H ve Elbir H K, *Türk Eşya Hukuku (Aynî haklar)* (1954)
- Schaufelberger P C und Lüscher K K, *Basler Kommentar Honsell-Vogt-Geiser Hrsq.*, *Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)* (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2015)
- Seeberger L H, *Die richterliche Erbteilung*, (Universtätverlag Freiburg Schweiz 1993)
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2012)
- , *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (Filiz 2014)
- Silvestri E, 'The devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures', (Ed. C. H. Van Rhee & A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability*) (Intersentia 2010) 207-215

- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2023)
- Stokar D, *Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches* (Schaffhausen 1954)
- Şenocak Z, 'Mirasbırakanın Paylaşma Kuralları', Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (Seçkin 2009) 601-628
- Tanrıver S, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996)
- , 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açından İrdelemesi ve Değerlendirilmesi', *Makalelerim II*, (Adalet 2011) 243-257
- , 'Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89'uncu Maddesi', (2017) (2) *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 23-30
- , 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler', (2020) (147) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 111-142
- , *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Yetkin 2023)
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012)
- , 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 333-379
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1989)
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On iki Levha 2016)
- Topal Ö, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyû) Davası* (Yetkin 2020)
- Tuor P und Pıcenoni V, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (2. Auflage, Bern 1964)
- Ulukapı Ö ve Kıyak E, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt 2 (Yetkin 2015) 1645-1698.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, 2004)
- Yavuz M, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 5 (15) *Gümüş Ticaret Dergisi* 52-61
- Yenice Ceylan Ö, 'Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk' (2023) 14 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 510- 525)