



Örtülü Rıza Kavramının Yasal Önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

Nagehan Kırkbeşoğlu^{*}

Öz

Paylı ve elbirliğiyle mülkiyetinde paydaş ve ortakların kullanım ve tasarruflarına ilişkin mevzuatta bir sınır getirilmektedir. Gerçekten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 693. hükmüne göre “paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir”. TMK 689/1'e göre ise “paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler”. Benzer bir hüküm elbirliği mülkiyetinde de mevcuttur. Gerçekten de TMK m 702/II'ye göre, “kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir”. Bu anlaşma açık rızaya veya örtülü rızaya dayanabilir. Açık rızaya dayalı fiili kullanımlarda uygulamada herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Uygulamaya göre taşınmazda özellikle paydaş/ortakların bizzat kullandıkları alanın bulunması halinde fiili taksim olgusunun gerçekleştiği açıktır. Ancak yine uygulamada paydaş veya ortakların diğer paydaş veya ortaklar tarafından oluşturulan fiili kullanımlarına örtülü rıza vermeleri durumuna yasal önalım hakkının kullanılmasının, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinin önlenmesi gibi hukuki sonuçların bağlandığı görülmektedir. Bu durum paydaş/ortakların diğer paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan özgülemeleri ile daha da karışık hale gelmektedir. Zira uygulamada fiili taksim olgusu olarak ortaya çıkan kavram kanunla düzenleme altına alınmamıştır. Örtülü rızanın verildiğinin kabul edildiği her durumda ecrimisil bakımından intifadan men şartı aranmakla beraber, yasal önalım hakkı ile el atmanın önlenmesi talebinin kullanılması engellenmektedir. Dolayısıyla fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortağa bu kullanıma beyan külfeti yüklendiğini söylemek gerekmektedir. Bu çalışmada, mülkiyet hakkından doğan hak mahrumiyetlerine sebep olan örtülü rıza kavramının nasıl oluşması ve ispat edilmesi gerektiği meselesi her bir hak başlığında ayrı ayrı ve son olarak genel bir değerlendirme ile örtülü rıza kavramına ilişkin başlık altında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Fiili Taksim, Örtülü Rıza, El Atmanın Önlenmesi davası, Yasal Önalım Hakkı, Ecrimisil

Legal Consequences of the Concept of Implied Consent in terms of the Cases of Legal Right of Pre-emption, Mesne Profits and Semen of Intervension

Abstract

There is a limit in the provisions of the legislation regarding the use and disposal of shareholders and stakeholders in joint and shared ownership. Indeed, according to Article 693 of the Turkish Civil Code No 4721, “each of the stakeholders can benefit from and use the shared property to the extent that it is compatible with the rights of the others”. According to TCC Art 689/1, “stakeholders may, by unanimous agreement among themselves, make regulations different from the provisions of the law on matters related to utilization, use and management.” A similar provision also exists in joint ownership. Indeed, according to TCC 702/II, “unless there is a contrary provision in the law or contract, the shareholders must decide unanimously for both management and disposition transactions”. The situation becomes even more complicated when stakeholders/shareholders allocate an area that the other stakeholder/partner can use more or less. Because the law does

* **Sorumlu Yazar:** Nagehan Kırkbeşoğlu (Doç. Dr.), Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Muğla, Türkiye. E-posta: nagehanhukuk@hotmail.com ORCID: 0000-0001-8243-3034

Atf: Kırkbeşoğlu N, “Örtülü Rıza Kavramının Yasal önalım, Ecrimisil ve El Atmanın Önlenmesi Davaları Bakımından Doğurduğu Hukuki Sonuçlar” (2024) 82(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 917. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0006>



not regulate concept that emerges as the de facto division phenomenon in practice. In every case where it is accepted that implicit consent has been given, the condition of prohibition of usufruct in terms of retaliation is required, and the use of the legal right of pre-emption and the semen of intervention is prevented. Therefore, it is necessary to say that the burden of declaration is placed on the stakeholder/shareholder who is considered to have given implicit consent to the de facto use. In this study, the issue of how the concept of implicit consent, which causes these deprivations of rights, how it should be formed and proven, has been examined separately under the title of each right and finally under the title of concept of implicit consent with a general evaluation.

Keywords

De Facto Division, Implicit cConsent, Semen of Intervention, Legal Right of Pre-emption, Mesne Profits

Extended Summary

If stakeholders and shareholders create de facto use of the real estate without obtaining the explicit consent of other stakeholders/shareholders, various legal consequences arise if this use remains silent for a long time. Especially if the stakeholder/partner is left with a small or large portion that he can use and if the stakeholder/shareholder remains silent for a long time, according to the decisions of the Supreme Court, it is possible to prevent semen of intervention, with the legal right of pre-emption and to be deprived of mesne profits demands. This situation is achieved in practice by citing the honesty rule in TCC.Art.2/c.2. On the other hand, the shareholder / shareholder who is not left with a part that she can use more or less, or who is left with it, is deprived of the claim for mesne profits unless she fulfills the condition of prohibition from usufruct. In order to examine whether this solution method is appropriate or not, our opinions on the formation of a valid implicit consent are stated by including the opinions in practice and doctrine under the title of each right. Undoubtedly, it is also important to determine the legal position of the stakeholder/shareholder who make de facto use vis-à-vis the stakeholder/partner who is considered to have given implicit consent due to remaining silent for a long time.

In order to prevent the use of the legal right of pre-emption, the concept of de facto division formed by implicit consent must include parts used by the plaintiff and the defendant stakeholder. On the other hand, there is no need to include parts that other stakeholders need to use. Accordingly, while the de facto division defense of the shareholder who was given a small amount of space to use is heard, the de facto division defense of the third party who took over the share of the shareholder for whom no usable space was given is not heard. Thus, the stakeholder who does not participate in the de facto division and does not use the land corresponding to his share or less, or does not allow it to be used, is considered to have given implicit consent to the de facto division, and his interest in not allowing a foreigner to enter the joint ownership is not protected. On the other hand, the interest of the stakeholder who does not participate in the de facto division and is not allocated a place corresponding to his share, and of the other stakeholder/s in not allowing a foreign person to enter the joint ownership, is protected against this stakeholder.

However, both gave implicit consent from the Supreme Court's perspective. In such a case, by creating a difference between the two situations, the stakeholder in the first situation is prevented from exercising the legal pre-emption right without a valid implicit consent.

The reason that the stakeholder does not object because it is based on the obligation of other stakeholders not to use the law that is incompatible with their rights and that there will be a legal sanction for their use is against the natural flow of life, as stated in practice, also needs to be questioned. It should also be noted that the burden of declaration, which must be made in a short time against actual use in practice, is imposed. It should also be noted that the stakeholder/shareholder who does not fulfill the declaration obligation is deprived of the most important rights based on property, since he gives implicit consent to the de facto use. However, the obligation to declare can only arise from the law and honesty principle. In order to talk about a valid implicit consent, first of all, a notification must be made to the stakeholder/shareholder by the stakeholder/shareholder who will make actual use in order to obtain consent, and no response should be received within a reasonable time. However, in this case, the silent stakeholder's exercise of its legal right of pre-emption, semen of intervension and requests for mesne profits can be prevented through TCC art.2/c.2. The concept of remaining silent for a long period of time, which is accepted as implicit consent in practice, is not clear and undermines legal security. The issue that the stakeholder/partner must object to the de facto use within the period specified in the law is also discussed in this study. In this article, we touched upon the issue of in which situation the concept of implicit consent can be considered a valid consent. We examined whether the losses of rights that occur in cases where implicit consent is accepted to be given in practice are appropriate or not, separately for each right where implicit consent creates legal consequences. While doing this, we benefited from current Supreme Court decisions and opinions in doctrine.

Giriş

Uygulamada paydaş ve ortak/ların diğer paydaş/ortakların açık rızalarını almaksızın taşınmazda fiili kullanım biçimi oluşturmaları ve uzun süre bu kullanıma suskun kalınması halinde çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Özellikle paydaş/ortağa kullanabileceği az veya çok bir kısım bırakılmışsa ve uzun süre paydaş/ortak tarafından suskun kalınmışsa Yüksek Mahkeme kararlarına göre yasal önalım hakkı ile el atmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerinden mahrum kalınması söz konusu olmaktadır. Bu durum uygulamada TMK m 2/II'ndeki dürüstlük kuralı gerekçe gösterilmek suretiyle sağlanmaktadır. Buna karşılık kendisine az veya çok kullanabileceği bir kısım bırakılmamış veya bırakılmış olan paydaş/ortak intifadan men şartını yerine getirmedeği sürece ecrimisil talebinden de mahrum kalmaktadır. Dolayısıyla fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortağa bu kullanıma beyan külfeti yüklediğini söylemek gerekmektedir. Bu çözüm tarzının yerinde olup olmadığını incelemek üzere her bir hakka ilişkin başlıkta uygulama ve doktrinde yer alan görüşlere yer verilerek geçerli bir örtülü rızanın oluşumu meselesinde kanaatlerimiz belirtilmiştir. Hiç şüphesiz uzun süre sessiz kaldığı için örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaş/ortak karşısında fiili kullanımda bulunan paydaş/ortakların hukuki konumlarının belirlenmesi de önem arz etmektedir.

Yasal önalım hakkının kullanılmasını engellemesi bakımından örtülü rıza ile oluşan fiili taksim kavramında davacı ve davalı paydaşın kullandığı kısımların olması gerekmektedir. Buna karşılık diğer paydaşların kullanmaları gereken kısımların bulunmasına gerek yoktur. Buna göre kendisine az da olsa kullanabileceği yer bırakılan paydaşın fiili taksim savunması dinlenirken, kendisine kullanım alanı bırakılmamış olan paydaşın payını devralan üçüncü kişinin fiili taksim savunması dinlenmemektedir. Böylece fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki her ikisi de Yüksek Mahkeme'nin bakış açısıyla örtülü rıza vermiştir. Böyle bir durumda her iki durum arasında fark yaratılarak, ilk durumda paydaşın yasal önalım hakkının kullanılması geçerli bir örtülü rıza olmaksızın engellenmektedir.

Bir paydaş diğer paydaşların kanunun kendi haklarıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğü yüklemesine ve onların aykırı kullanımlarına hukuki bir yaptırımda bulunulacağına haklı güven duymaktadır. Böyle olunca haksız kullanıma itirazda bulunmamasının uygulamada belirtildiği gibi hayatın doğal akışına ters olduğu gerekçesi de ayrıca sorgulanmaya muhtaçtır. Uygulamada fiili kullanıma karşı kısa sürede yapılması gereken beyan külfetinin yüklediğini de

ifade etmek gerekir. Beyan külfetini yerine getirmeyen paydaş/ortağın örtülü fiili kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahisle mülkiyete dayalı en önemli haklardan mahrum kaldığını da belirtmek gerekir. Halbuki beyan külfeti ancak kanundan veya dürüstlük kuralından doğabilir. Kanunda kendi bilgisi dışında kendi aleyhine oluşan fiili kullanım tarzına itiraz etme yönünde bir beyan külfeti yüklenmiş değildir. Bir paydaşın diğer paydaş aleyhine fiili kullanımda bulunma yasağı koyan TMK 693 hükmü karşısında böyle bir kullanıma itiraz etmesi beklenmemesinin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü sonucundan da bahsedilemez. Külfet (yüklenmi) kavramı yoluyla bir başkasının kendi çıkarlarını zedelemesinden hareketle bir diğerinin kendi lehine hak kazanması da mümkün değildir. Aynı şekilde emredici bir hükme aykırılık halinde (örneğinimizdeki TMK 693) zamanın geçmesi veya fiili kullanım gibi çeşitli sebepler gerekçe gösterilerek aykırılığın dürüstlük kuralından hareketle beyan külfeti yüklemek gibi çeşitli mekanizmalarla giderilmesi hukuk metodolojisi ile bağdaşmamaktadır. Aksi taktirde her emredici kurala aykırılık dürüstlük kuralı mekanizması ile düzeltilebilirdi ki bu yöntem meşru kabul edilemez. Geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için öncelikle paydaş/ortağa rıza almak maksadıyla fiili kullanımda bulunacak olan paydaş/ortak tarafından bildirimde bulunulmalı ve makul sürede buna cevap alınamamış olmalıdır. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalım hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenir. Uygulamada örtülü rıza için kabul edilen uzun süre sessiz kalma kavramı da netlik taşımamakla beraber hukuk güvenliğini sarsar niteliktedir. Paydaş/ortağın fiili kullanıma karşı kanunda belirtilecek sürede itiraz etmesi gerektiği meselesi de ayrıca ele alınmıştır. Biz bu makalede örtülü rıza kavramının hangi durumda geçerli bir rıza olarak kabul edilebileceği meselesine değindik. Uygulamada örtülü rıza verildiği kabul edilen durumlarda oluşan hak kayıplarının yerinde olup olmadığını örtülü rızanın hukuki sonuç doğurduğu her bir hak bakımından ayrı ayrı inceledik. Bunu yaparken güncel Yargıtay kararlarından ve doktrinadaki görüşlerden faydalandık.

I. Yargıtay Uygulamasında Fiili Taksim Kavramı

Yargıtay kararları çerçevesinde verilebilecek tanıma göre fiili taksim, “...payın ilişkin bulunduğu taşınmazın paydaşlarınca özel olarak kendi aralarında taksim edilmesi ve her bir paydaşın belirli bir kısmı kullanması durumudur”¹. Şüphesiz bu taksim açık bir anlaşma ile olabileceği gibi örtülü bir rıza ile de (susma, itiraz etmeme yoluyla da) olabilir. Yargıtay’ın her ne kadar “...Önalım davasına konu payın dair bulunduğu taşınmaz paydaşlarca **özel olarak kendi aralarında taksim edilip her bir paydaş belirli bir kısmı kullanırken** bunlardan biri kendisinin kullandığı yeri ve bu yere tekabül eden payı bir üçüncü şahsa satarsa, satıcı zamanında bu yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda yapılan satış sebebiyle önalım hakkını kullanması

¹ Yargıtay HGK, 14-1761/407 28.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

TMK'nın 2. maddesinde yer alan *dürüst davranma kuralı ile bağdaşmaz*" şeklindeki ifadesi açık anlaşma şeklinde fiili taksimin oluşacağını anlaşılmaya müsait ise de, örtülü rıza (uzun süre itiraz etmeme, suskun kalma) ile de fiili taksimin oluşabileceği hususu Yargıtay'ın "*taşınmazda fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemlerle bağımsız bu oluşumun korunması, TMK'nın 2'nci maddesinde tanımını bulan dürüstlük kuralının gereğidir*" şeklindeki ifadeden de anlaşılmaktadır.

Kararlarda fiili kullanım biçiminin uzun süre benimsenmiş olmasından bahsedilmekle beraber, uzun süre kavramına net bir ölçüt konulmamıştır. Bunun dışında davalı fiili taksim olgusunu her türlü delille ispat edebilmektedir³. Burada kendisine az da olsa bir yer bırakılmış paydaş/ortağın geçerli şekilde örtülü rızasının alındığını ispat etmesi kullanımda olan paydaş/ortaklardan beklenmemektedir. Bu hususun önemine aşağıda değineceğiz.

II. Yasal Önalım Hakkının Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Yasal önalım hakkı, "*paylı mülkiyete tâbi taşınmazlarda, paydaşlardan birinin payını kısmen veya tamamen, paydaşlar dışında bir kimseye satması halinde, diğer paydaşlara, aynı şartlarla payın alıcısı olma yetkisi veren, dava yoluyla kullanılan (TMK 734/I) bir haktır*"⁴. Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na⁵ göre, yasal önalım hakkının amacı; taşınmazın parçalanmasını önlemek, yani payların mümkün olduğu kadar paydaşlar elinde toplanmasını temin etmek, paydaşlar arasında öteden beri mevcut paydaşlık ilişkisini idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine engel olmaktadır⁶. Buna karşılık Yargıtay'ın fiili taksimi yasal önalım hakkının kullanılmasına engel bir olgu olarak gören uygulaması uzunca bir zamandır sürmektedir⁷. Bu kararlarda, taşınmazın fiilen taksim edilmesi halinde payın satıldığı üçüncü kişiye karşı yasal önalım hakkının ileri sürülmesinin dürüst davranma kuralına (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁸ m 2/II) aykırı olduğu

² Yargıtay 7 HD, 2411/3417 15.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³ Yargıtay 14 HD, 10554/11605, 16.9.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴ Önalım hakkına ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Feyzi N. Feyzioğlu, *Şıf'a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959). 4 vd.; Şükran Taman Şıpka, *Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şıf'a) Hakkı* (MK.m.659) (Alfa 1994) 2 vd.; Ayan, Mehmet; *Eşya Hukuku- II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016) 384-385; Erman, Hasan; *Eşya Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Der 2023) 120; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2023) 579; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku* (2.Baskı, İstanbul 2018) 553; Erkan Umut, *Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı* (MK. Md. 732,733,734) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı, Yüksek lisans tezi (Ankara 2006) 3 vd.; Fikret Eren, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) 12 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 103, 103; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay- Özdemir, *Eşya Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2016) N 1956 554; A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2021) 420.

⁵ RG 21.8.1957

⁶ Bkz Ayan (n 4) 385.

⁷ Ş. Barış Özçelik, 'Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılamayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi' (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 253, 258.

⁸ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, RG 8/12/2001/ 24607.

gereğesiyle, önalım hakkının kullanılamayacağına hükmedilmektedir⁹. Yukarıda da ifade edildiği üzere, fiili kullanma biçiminin açık anlaşma veya örtülü rıza ile oluşacağına bir şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık, paydaşların tümü arasında fiili kullanmaya ilişkin açık ya da örtülü herhangi bir anlaşma yapılmamışsa veya var olduğu iddia edilen anlaşma geçerli değilse artık hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemez¹⁰. Yargıtay kararlarında benimsenen genel anlayış, her paydaşın taşınmazda kullanabileceği veya kullandığı bir kısım olmasına gerek olmadığı, buna rağmen payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın kullandığı veya kullanabileceği kısım olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir. Bu noktada ifade edilebilir ki Yargıtay, davacı ve davalı paydaş dışında diğer paydaşların taşınmazda yüzölçümleri itibarıyla kendi paylarına isabet eden bir yer kullanıp kullanmadıklarını araştırmaya gerek görmemektedir¹¹.

Önalım davalarında fiili taksim olgusu her türlü delille ispat edilebileceği için yazılı olması aranmamakla beraber önalım davasının tarafları dışındaki paydaşlar tarafından fiilen kullanılan bölümlerin olması gerekmez¹². Buna göre birden çok paydaştan her birinin fiili kullanım alanı olmadığı takdirde fiilen kullanım alanı olmayan paydaşın payını üçüncü kişiye satması halinde kendisine karşı açılan önalım davasında davalının fiili taksim iddiası dinlenmemektedir¹³. Yargıtay'ın "*Dolayısıyla tarafların hisselerine tekabül eden yer kadar kullanıp kullanmaması ve taraflar dışındaki hissedarların bu gayrimenkulde yer kullanmasının araştırılmasına gerek yoktur*" şeklindeki ifadesiyle fiili taksime iştirak etmeyip kendisine kullanım alanı özgülenmemiş olan paydaşları dışlayarak onların payını devralan üçüncü kişilerin fiili taksim savunması yapmasını engellediği görülmektedir. Böylece fiili kullanım alanı olmayan bir paydaşın payını sattığı kişiye karşı fiilen kullanım olan paydaş tarafından açılan önalım davası kabul edilecektir. Bundan başka, 04.04.2023 tarihli bir Yargıtay kararına göre önalım hakkı sahibi (davacı) ve payını devreden satıcının paylarına isabet eden kısımları kullanmaları dışında taşınmazda boş kısım olması halinde de önalım hakkı sahibinin boş olan yerde hak iddia etmemesi halinde (suskun

⁹ Ayan (n 4) 397 dn.1092'deki kararlar.

¹⁰ Ayan (n 4) 398.

¹¹ Yargıtay 7 HD, 2411/3417, 15.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Fiili taksim, paydaşların belirli kısımları fiili olarak kullanması esasına dayanmaktadır. Bu nedenle, bölünen kısımların fiili kullanımı olmadan, sadece o taşınmazdan elde edilen gelirin paylaşılması fiili taksimin varlığını ispata yetmez. Bkz: Ömer Faruk Çelik, 'Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi' (2021) 18 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1131, 1141. Yargıtay 14 HD, 5883/4446 15.5.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹² Yargıtay HGK, 14-272/1487, 10.11.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay HGK 1747/1617, 6.11.2018, www.karararama.yargitay.gov.tr: "*Yargısız içtihatlarda yapılan tanıma göre, paydaşlar arasında fiili taksim bulunduğu takdirde önalım hakkının kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun kabul edilmesi için, yasal önalım hakkına konu payın ilişkin bulunduğu bir taşınmazın varlığı, bu taşınmazın, paydaşlarca kendi aralarında taksim edilmesi ve davacı ve davalıya pay satan paydaş (paydaşların) taşınmazın belirli bir kısmını kullanması gerekli ve yeterlidir*".

¹³ Yargıtay 14 HD, 4283/3851 18.6.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "*...davalının yahut davalıya pay satan ...'ın kullandığı bir yer olduğu belirlenmemiştir...mahkemece yetersiz gerekçe ile fiili taksimin varlığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür*"

¹⁴ Yargıtay 14 HD, 296/860, 6.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

kalması halinde) önalım hakkının kullanılamayacağına hükmetmiştir¹⁵. Karara göre kendi payına isabet eden yeri kullanan paydaşlardan davacı boş olarak kullanımda olmayan bir yerin kullanımı noktasında suskun kalmışsa o boş yerin kullanımını bizzat satıcının tasarrufuna bırakmış sayılmaktadır. Böylelikle davacının bizzat kendi kullandığı kısım dışında açık taksim yapılmayan boş bir alan üzerindeki tasarruf hakkını payını devreden paydaşa (satıcıya) devretmiş olduğu yönünde adeta örtülü rıza gösterdiği yönünde fiili karine tesis edilmiş bulunmaktadır.

Her ne kadar Yargıtay kararlarında “*taşınmazda fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre de paydaşlar bu durumu benimsemişlerse*” fiili taksim olgusunun varlığından bahsedilse de fiili taksim anlaşmasında imzası olmayan ve kendisine diğer paydaşlar tarafından ayrılan yeri bizzat kullanmayı kullanabileceği yer bırakılmış olan davacının açtığı önalım davası da “...*Antalya’da oturan davacıların, Kumluca’da bulunan çekişmeli taşınmazın bir kısmına dava dışı ... tarafından nar ağaçları dikildiğinden haberdar olmamaları da hayatın olağan akışına uygun değildir..*” gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁶. Karara göre, taşınmazda kendisinin bilgisi dışında diğer paydaş/lar tarafından payından daha az yere isabet edecek şekilde olsa bile kullanım alanı özgülenmiş olup davacı bizzat o yeri kullanmasa bile açtığı önalım davası fiili taksim sebebiyle reddedilmektedir. Bunun için uzun süre itiraz etmemesi yani suskun kalması yeterlidir. Hatta kararda kendisinin bilgisi dışında oluşmuş bu fiili kullanımdan haberdar olmamasının hayatın olağan akışına ters olduğu da ifade edilmektedir. Böylelikle bizzat fiili kullanım anlaşmasına iştirak etmeyip kendi bilgisi dışında payından daha az yere isabet edecek yer özgülenmişse bu özgülemeye –bilgisi ve isteği dahilinde olmasa bile- itiraz etmeyen paydaşın bu kullanıma adeta örtülü rıza gösterdiği yönünde bir fiili karine tesis edilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce anılan Yargıtay kararında yer verilen gerekçe isabetli değildir. Keza sosyo-ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı günümüzde yurt dışında yaşama, hastalık vb. sebeplerle kişilerin mülkiyet sahibi oldukları taşınmazın kimin nasıl ve tam olarak hangi andan itibaren kullandığı hususunda her an bilgi sahibi olmaları kendilerinden beklenememelidir. Hayatın doğal akışının insanlara mülkiyetinde olan taşınmazları her an kontrol etmeleri gerektiği ve bu kullanıma itiraz etmeleri gerektiği yönünde yargı yoluyla bir külfet (yüklenite)¹⁷ yüklemek paydaşları diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmamakla yükümlü kılan TMK m 693/I’in anlam

¹⁵ Yargıtay 7 HD, 631/1941, 04.04.2023, İçtihat Bülteni: “...*dava konusu taşınmazda ½ payın davacıya ait olduğu, taşınmaz üzerinde üç katlı bina bulunduğu ve bu binanın payına hasren davacının kullanımında olduğu, taşınmazda davacının binasının dışında kalan kısmın ise boş olduğu ve bu kısmın davacı tarafından kullanıldığına ilişkin bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalı, davaya konu satış işlemiyle taşınmazın ½ hissesini satın almış olup, taşınmazda boş kalan kısmın satıcının tasarrufunda olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda satıcı zamanında boş olan yerde hak iddia etmeyen davacının tapuda pay satışı nedeni ile önalım hakkını kullanmasınının 4721 sayılı Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesi ile bağdaşmayacağından Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken...*”

¹⁶ Bkz (n 25)’deki karar.

¹⁷ Hukuksal sonucun devreye girmesi, tümüyle yüklenite kişinin hukuksal egemenlik alanında gerçekleşecek bir olguya bağlanmıştır. Yüklenite kişilerin düzenlenmesindeki temel ilke, yüklenite kişinin kendi hukuksal egemenlik alanında ortaya çıkan rizikoların gene kendisi tarafından üstlenilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nejat Aday, *Özel Hukukta Yüklenite Kavramı ve Sonuçları* (1. Bası, Beta 2000) 168. Beyan yüklenite kavramı için bkz 173.

ve öneminin kaybetmesine sebep olur. Bu yükümlülüğe aykırı davranan paydaş/ ların bu kullanımlarını kanunla düzenlenmeyen bir beyan külfetinin (yükletisinin) yerine getirilmemesi sebebiyle dürüst davranma kuralına aykırı davranıldığı gerekçesi hukuka uygun hale getirmez. Nitekim TMK 693 gereği paydaş diğer paydaşların kendi bilgisi dışında ve kendi aleyhine olacak biçimde (*onun hakları ile bağdaşmayacak şekilde*) bir kullanım gerçekleştirmeyeceklerine dair haklı bir güven duymaktadır. Kanunun açık hükmüne rağmen böyle bir fiili kullanım gerçekleştiren paydaş/ ların bu kullanımına dürüstlük kuralı gerekçesi diğer paydaş aleyhine ile beyan külfeti yüklenerek hukuki bir zemin kazandırılmaz. Aksi taktirde kanunun emredici hükümlerine aykırı davranışlara dürüstlük kuralı gerekçesi ile meşruiyet kazandırılmış olacaktır. Üstelik kendisine az da olsa kullanabileceği kısım bırakılmış olan paydaşın bu kullanıma geçerli bir örtülü rıza verdiğiinden bahsedebilmek için kendisine bu kullanım biçimi ile ilgili rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı ve kendisinden (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınmamış olmalıdır. Kaldı ki önalım hakkının kullanılmasını engelleyecek böyle bir külfet ancak kanunla düzenlendiğinde fiili kullanıma suskun kalan paydaş tarafından bunun sonuçları bilinir olacaktır¹⁸. Kanaatimizce Yargıtay kararlarında olduğu gibi sırf beyan külfetini yerine getirmediği için örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaşın ölümünden sonra onun mirasçısı/ ları bu rıza ile bağlı olmamalıdır. Dolayısıyla o/ nların açtığı önalım davasında fiili taksim olgusu ileri sürülemez. Zira burada onların mirasbırakanı tarafından verilen (geçerli veya geçersiz) örtülü rıza ile oluşan anlaşma anlamını ve bağlayıcılığını yitirmektedir. Burada külli halefiyet kuralından ayrılmanın gerekçesi kanaatimizce fiili taksim anlaşması yapma hakkının kişiye sıkı surette bağlı haklardan olmasıdır.

Bu uygulama karşısında doktrine bakacak olursak bir görüş, dürüstlük kuralı çerçevesinde oluşturulan gerekçeye dayanarak fiilî taksime ilişkin uygulamayı isabetli bulmaktadır¹⁹. Doktrinde bu görüşe ilişkin sunulan temel gerekçe, TMK m 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması ve dolayısıyla çelişkili tutum yasağına (venire contra pactum proprium) dayandırılabilir. Bu görüş içerisinde bir gerekçe de İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca birleştirilen fakat taşınmazın her kısmı paydaşlar tarafından kullanıma özgülenerek her birinin kullandığı yerin belli edilmesi halinde, payın üçüncü kişiye devrinin diğer paydaşlar bakımından bir fark yaratmayacağı açıkça belli olduğuna göre, paydaşların yasal önalım hakkı ile sahip oldukları menfaatin de sona erdiğinden bahsetmek gerekir. Hayat gerçeği de sözü edilen taşınmaz parçalarının ayrı birer taşınmazmış gibi değerlendirilmelerini haklı göstermektedir²⁰. Yine bu görüşe göre, Yargıtay uygulaması ile paralel şekilde önalım davasının tarafı

¹⁸ Fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkını bertaraf etmesinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz: Çelik, s. 1144.

¹⁹ Eren (n 4) 116; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1* (Filiz 1988) 45; Soysal Özenli, *Uygulamada Önalım Davaları* (Kazancı 1984) 61-62; Yasemin Özdek, 'Önalımda (Şuf'ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı' (1985) 3 (3) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 365.

²⁰ Özçelik (n 7) 261.

olan paydaşlar dışındaki paydaşlara kullanabilecekleri veya kullandıkları bir kısım özgülmesi gerekmemektedir. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın, fiilen taksim edilmiş tarımsal taşınmazlarda da yasal önalım hakkının kullanılmayacağına hükmetmesi isabetli değildir²¹. Kanaatimizce fiili taksime (kullanıma) ilişkin anlaşma TMK m 695/ II gereği tapu kütüğüne şerh edilmediği sürece yasal önalım hakkının kullanılması engellenmemelidir. Zira anılan madde hükmünün açık lafzı gereği bu kullanım biçimi pay üzerinde sonradan aynı hak kazananları tapu kütüğünde şerh olması şartıyla bağlamaktadır. Şerh olmadığı dönemde pay üzerinde aynı hak kazananlar bu kullanım biçimine itiraz edebileceği gibi, onlar için aleniyet de sağlanmamış olacaktır. Bu kullanım biçimine sonradan itiraz edebilecek olan üçüncü kişi paydaşın şerh edilmemiş kullanım biçimine hukuki koruma sağlanarak diğer paydaşın yasal önalım hakkının engellenmesi hakkaniyete aykırıdır.

Bir diğer görüşün ise fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkına engel olmasına ilişkin yönelttiği en temel eleştiri, fiili taksim olgusunun her durumda TMK m 2/ II'ye aykırılık oluşturmadığıdır. Nitekim bir paydaş, fiili taksime yalnızca kullanım biçimi bakımından rıza göstermiş olabilir. Bu durumda fiili taksime verilen rıza, yasal önalım hakkının kullanılmayacağı yönünde bir görünüm yahut güven yaratmaya yetmeyecektir²². Bir taraftan fiilen taksim edilen taşınmaz aslında TMK m 698 anlamında paylaşılmıştır. Bu durumda ise paylı mülkiyet ilişkisi ortadan kalkmadığı gibi, paydaşların mülkiyet ilişkisine yabancıların girmemesi menfaatten vazgeçtikleri gibi bir sonuca varılamaz²³. Bu görüş içerisinde yer alan başka bir yazara göre, fiili taksim olgusunun yasal önalım hakkını bertaraf ettiği sonucu aynı haklara hakim olan belirlilik ve aleniyet prensiplerine aykırılık teşkil eder²⁴.

İlk görüşte yer alan Yargıtay uygulaması ile paralel şekilde önalım davası tarafları dışındaki paydaşlara belli bir kısmın özgülünmüş olması şartını aramaya da gerek bulunmadığı yönündeki kabul kanımızca isabetli değildir. Zira böyle bir kabul kendi bilgisi ve isteği dışında oluşmuş fiili taksime iştirak etmeyen ve kendi payına isabet eden veya daha az isabet eden bir yer özgülünmüş olup o yeri bizzat kullanmayan veya başkalarına (kira vb. yolla) kullandırmayan paydaşın (davacı), alıcıya karşı açtığı

²¹ Özçelik (n 7) 262.

²² Çelik (n 11) 1147.

²³ Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin, 2017) 283; M. Kemal Oğuzman, 'Dürüstlük Kuralına (MK. m. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi' Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 1988) 414; Oğuzman, Selçici ve Oktay- Özdemir (n 4) 555 dn. 1206; Taman Şıpka (n 4) 117-118; Sirmen (n 4) dn. 631; Zeynep Sayımlar, 'Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim' (2015) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 627, 646.

²⁴ Çelik (n 11) 1145.

önalım davasında alıcının ileri sürdüğu fiili taksim iddiası dinlenirken²⁵, kendisinin dahil olmadığı bir fiili taksim ile kendisine payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın payını devralan alıcıya (davalıya) karşı açılan önalım davasında alıcının –davalıya pay satan paydaşın payına isabet eden bir yer kullanmadığından bahisleri ileri sürdüğu fiili taksim iddiası dinlenmemektedir²⁶. Aynı şekilde kendi payına isabet eden bir yer bulunmayan paydaşın alıcıya açtığı önalım davasında da alıcının fiili taksim iddiası –davacının payına isabet eden bir yer bulunmaması sebebiyle dinlenmeyecektir²⁷. Ezcümle şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır; fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki bakıldığında her iki durumda da Yargıtay’ın bakış açısıyla –kanaatimizce geçerli olmayan- örtülü rıza vardır ve uzun süre her ikisi de bu kullanıma itiraz etmemiştir ancak sebebi izahtan varestelik olarak her iki durum arasında korunan menfaatler arasında farklılık yaratılmaktadır. Daha açık ifade edecek olursak, payına isabet eden yer bırakılmamış olan kimse de bu kullanım biçimini bilen ve (Yargıtay’ın kabulüyle hayatın doğal akışına uygun olarak) bilmesi gereken ve itiraz etmeyen kimsedir. Kaldı ki aslında bu son durumda diğer paydaşın payının bir üçüncü kişiye veya başka bir paydaşa devri arasında bir fark kalmamaktadır. Zira kendisi payına isabet eden yerin diğer paydaş tarafından kullanılmasına uzun süre itiraz etmemekte olup Yargıtay’ın ifadesiyle bu durumu bilmediğini ileri sürmesi hayatın doğal akışına da terstir. Ancak onun yasal önalım hakkını kullanmasındaki menfaati korunmaktadır. Halbuki –kendi bilgisi dışındakiler de olsa kendisine belli bir kısım bırakılmış olsaydı yasal önalım hakkının kullanılmasındaki menfaati korunmayacaktı. Böyle bir durumda her iki durum

²⁵ Yargıtay HGK, 14-1950/853, 10.11.2020, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “Antalya’da oturan davacıların, Kumluca’da bulunan çekişmeli taşınmazın bir kısmına dava dışı ...tarafından nar ağaçları dikildiğinden haberdar olmaları da hayatın doğal akışına aykırıdır...Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davacılar tarafından ön alım hakkına dayalı olarak açılan eldeki davada, davalının savunmasına konu fiili taksim olgusunun dosya kapsamında yer alan delillere göre ispatlanmadığı, davalı tarafından sunulan harici taksim krokinde mirasçuların imzalarının bulunmadığı gibi ziraat bilirkişi raporu içeriğine göre taşınmazda savunmaya konu paylaşımaya uygun bir kullanımın da mevcut olmadığına anlaşıldığı, bu yönlere değinen yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir”.

²⁶ Yargıtay 14 HD, 4283/3851, 18.6.2020, Kazancı İtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 2461/2922, 29.5.2023 Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “...dosya kapsamına yansıyan bilgi ve belgelerden davalının yahut davalıya pay satan ...’nın kullandığı ayrı bir yer olduğu belirtilmemiştir. Ayrıca davalı tarafından bildirilen tanığın usulüne uygun olarak davet edilmesine rağmen 04.07.2019 tarihli celseye katılmadığı, aynı celsede davalı vekilinin beyanı üzerine tanık dinlenilmesinden vazgeçildiği, mahkemece yetersiz gerekçe ile fiili taksimin varlığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmüştür.”

²⁷ Yargıtay 14 HD, 8491/9115, 8.7.2014, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: “Dava konusu taşınmazda davacının kullandığı pay bulunmadığından fiili taksimden söz edilemez”.. Yargıtay 7 HD, 2461/2922 29.5.2023, Kazancı İtihat Bilgi Bankası: İlk derece mahkemesinin “davalı ...’nin ve davalıya pay satan’nin zeminde kullandıkları bölümin belli olduğu, buna karşılık davacı ...’nin satış anında ve halen kendi başına bizzat ya da icara vererek kullandığı belli bir bölümün olmadığını beyan etmeleri, bu beyan ve tespitlere bağlı olarak önalım davasında fiili taksim için aranan davacı paydaşın yer kullanması şartının somut olayda gerçekleşmediği..” şeklindeki kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.

arasında fark yaratılarak, ilk durumda paydaşın yasal önalım hakkının kullanılması geçerli bir örtülü rıza olmaksızın engellenmektedir. Meseleyi bir örnekle ifade edecek olursak, bir tarlada payına isabet eden daha fazla yeri ekip biçerek diğer paydaşa çok az yer özgülemiş olan paydaşın karşısında diğer paydaşın paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi ve mülkiyetin tek elde toplanması yönündeki menfaati korunmayacak olup aynı paydaş bütün tarlayı ekip biçse diğer paydaşın söz konusu menfaati korunacaktır. Halbuki kendisi her ne kadar fiili kullanma biçimine –suskun kalarak- iştirak etmemiş ve payına isabet eden bir yer özgülenmiş veya daha az yer özgülenmiş olsa da diğer paydaş/ların payını üçüncü kişiye satması halinde payların olabildiğince paydaş elinde toplanmasını temin etmek, paylı mülkiyete yabancı bir üçüncü kişinin dahil olmaması²⁸ yönünde haklı menfaati vardır ve bu menfaat kanun tarafından da korunmaktadır (TMK m 732). Aynı durum payına isabet eden yerden daha azına isabet eden yeri bizzat kullanıp ne satıcı paydaşın ne de kendi kullanımında olmayan boş kalan yerde hak iddia etmeyen paydaşın açtığı önalım davası hakkında verilen karar bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce söz konusu paydaşın boş kalan yer bakımından suskun kalması o yerdeki tasarruf hakkını satıcı paydaşa bıraktığı ve böylece önalım hakkından mahrum kalması sonucunu doğuracak şekilde örtülü rıza verdiğinden bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira söz konusu paydaş değil de diğer paydaş önalım davası açmış olsa idi bu sefer aynı gerekçe ile onun da önalım davası reddedilecekti. Böylece her kim önalım davası açmış ise boş kalan yer üzerindeki tasarruf hakkını diğerine terk etmiş sayılacak ve önalım davası reddedilecektir. Böyle bir durumun hiç şüphesiz hukuk mantığı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkardığı aşikardır. Kanaatimizce taşınmazın tamamı fiili taksime konu edilip bizzat kullanıp ya da kullanılmıyor ise yani taşınmazda taksim edilmeyen kısımlar varsa paylı mülkiyet ilişkisine yabancı kişilerin girmesini önleme ve gayrimenkulün tek elde toplanması amacına üstünlük tanınarak fiili taksim iddiası dinlenmemelidir. Zira paydaşların kullanımında olmayan yerler bakımından her birinin kendi aleyhine olacak –hangisi dava açarsa kullanımı diğerine terk etmiş sayılacak- şekilde örtülü rıza verdiğinden bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki paydaşlardan hiçbirinin kullanmadığı yer bakımından tasarrufun diğer/lerine bırakıldığı yönünde net ve anlaşılabilir olmamasına rağmen örtülü rıza verildiği karinesi tesis edilmesi de hukuka aykırıdır. Zira aşağıda da izah edeceğimiz üzere örtülü rızanın işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarının tespit edilmesi gerekir. Bu noktada kendisine az da olsa yer bırakılmış olan paydaşın bu kullanım biçimine örtülü rıza verdiğinin kabulü –beyan külfetini yerine getirmemesi- onu önalım hakkından feragat etmesi sonucuna götürmektedir. Halbuki önalım hakkından feragat resmi şekilde yapılmak ve tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle gerçekleşir (TMK m 733/II). Fiili

²⁸ Yargıtay'ın 27.3.1957 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da, yasal önalım hakkının amacı şöyle ifade edilmiştir: "1- Gayrimenkulün parçalanmasını önlemek, yani hisselerin mümkün olduğu kadar hissedar elinde toplanmasını temin etmek, 2- Hissedarlar arasında öteden beri mevcut münasebeti idame ederek yabancı bir şahsın araya girmesine mani olmak" Yargıtay İBK, 12/2, 27.3.1957 (RG. 21.8.1957).

taksime ilişkin bu tarzdaki kararların temelinde yatan örtülü rıza kavramının anlam ve öneminin anlaşılması son derece önemlidir. Bu husustaki açıklamalara aşağıda yer vereceğiz. Buna karşılık Yargıtay’ın bir veya birden çok bina üzerinde çok sayıdaki paydaşın kullanım alanlarının belirlendiği ancak kat mülkiyetine geçilmediği durumlarda fiili taksim sebebiyle önalm hakkının kullanımını engellediği kararları²⁹ isabetli olmakla beraber bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Zira anılan kararlara konu uygulamalarda zaten fiili taksim açık rızaya dayanmaktadır.

III. El Atmanın Önlenmesi Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Sahibine en geniş yetkileri veren mülkiyet hakkına saldırı yapılması halinde malik çeşitli davalarla korunmuştur. Türk Medeni Kanununun 683. maddesinde, “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir*” hükmüne yer verilmiştir. El atmanın önlenmesi davası malikin zilyetliğine ve bu suretle mülkiyet hakkına vaki devam eden bir saldırının önlenmesini sağlayan aynı bir davadır³⁰. Uygulamada miras ortaklığında el atmanın önlenmesi davasını her bir ortak tek başına üçüncü kişiye açabileceğine; ancak, davaya devam edilebilmesi için diğer ortakların onaylarının alınması eğer ortaklar bundan imtina ederse ortaklığa temsilci atanması için davacıya süre verilmesine hükmedilmekte idi³¹. Ancak yeni tarihli kararlara göre ortağın başka bir ortağa el atmanın önlenmesi davasını tek başına –diğer ortakların onayını almaksızın- açabileceği de kabul edilmektedir³². Paylı mülkiyette ise paydaşlardan her biri üçüncü kişiye karşı paylı malın tamamı hakkında el atmanın önlenmesi davası açabileceği, paylı malı kullanması diğer bir paydaş veya paydaşlar tarafından engellenen paydaş da onlara karşı el atmanın önlenmesi davası açabilir³³. Paydaşın paylı malı kullanması diğer bir paydaş veya paydaşlar tarafından engellenmekteyse, açılan el atmanın önlenmesi davasında davacı paydaşın payı oranında karar verilir; ancak davalı paydaşın taşınmazdan tamamen el çekmesi sonucunu doğuran bir karar

²⁹ Örnek olarak bkz. Yargıtay HGK, 14-1761/407, 28.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, , 8197/1199, 19.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 1238/844, 6.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 14 HD, 799/697, 30.1.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 18675/8407, 13.11.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 10278/6604, 19.9.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 14 HD, 1622/4513 30.5.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası .

³⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 4) 281. Geniş bilgi için bkz: Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet* (5. Bası, Filiz 1989) 493; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Onikilevha 2023) 207; Akçaal (n 4) 423.

³¹ Yargıtay 3 HD, 13090/13274, 6.11.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay uygulamasının eleştirisi için bkz: Pakize Ezgi Akbulut, ‘Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığında)’ (2018) 16 (181) Legal Hukuk Dergisi 69, 86.

³² Yargıtay HGK, 1-577/608, 30.12.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay HGK, 14-676/695, 12.11.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Akbulut (n 31) 87-88.

³³ Nomer ve Ergüne (n 29) 208-209.

verilemez³⁴. Bu durumda paydaşlar arasında paylı malın kullanımına ilişkin bir anlaşma yoksa açılan el atmanın önlenmesi davasında, TMK m 693/II uyarınca davacı paydaşın payına düşecek kısmı hâkim belirler. Bazı durumlarda el atmanın önlenmesi kararının taşınmaz üzerindeki yapı nedeniyle infaz edilebilme olanağı bulunmadığı gibi taraflar arasındaki ihtilafı çözmeyeceği, taşınmazın fiili taksime uygun olmadığı bir durumda el atmanın önlenmesi davasının reddine karar verilmektedir. Böyle bir durumda sorunun kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın giderilmesi davası açmak suretiyle giderilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁵.

Elbirliği mülkiyetinde paylaşmaya kadar ortakların belirlenmiş payları bulunmadığı gibi aralarında **oybirliğiyle yapılmış anlaşma olmaksızın** ortakların ortaklık malını kullanmaları da elbirliği mülkiyetinin özelliği gereği söz konusu olmaması gerekmektedir (TMK m 702/II). Bu nedenle gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği mülkiyetinde hâkimin davayı, ortaklar arasında bu yönde bir kullanım anlaşması bulunmamtaysa ortaklık malından tamamen el çekirmek suretiyle sonuçlandırmak olmalıyken³⁶, (elbirliği mülkiyetinde miras) paylarına göre ortaklık malının kullanımının belirlenmesi isabetli değildir³⁷. Nitekim taşınmazın tamamında haksız kullanım yapan paydaşın payı veya ortağın miras payı oranında el atmasının önlenmesine karar verildiği zaman yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hakim tarafından taksim yapılması gündeme gelmektedir. Böylece davacı paydaş taksime veya ortaklığın giderilmesi davası açmaya mecbur bırakılmaktadır. Hakim tarafından taksim yapıldığında ise davacı paydaş artık ileride yasal önalım hakkını kullanamaz duruma gelmektedir.

Ortağın/paydaşın başka bir paydaş/ortağa karşı açtığı davada Yargıtay uygulaması öncelikle ortaklar/paydaşlar arasında harici bir taksim sözleşmesinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, eğer bu yoksa aralarında kullanıma ilişkin bir anlaşmanın veya fiili bir kullanma biçiminin olup olmadığının tespit edilmesi yönündedir. Müstakar hale gelmiş olan bu kararlarda; *“Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, **payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa** açacağı elatmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre, payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu elatmanın önlenilmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla*

³⁴ Yargıtay 7 HD, 2841/4036, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁵ Yargıtay 7 HD, 3246/3898, 19.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁶ “Hal böyle olunca, çekişmeli taşınmazdaki davacı payına elatmanın önlenmesine ve pay oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekirken, taşınmazın tamamı bakımından elatmanın önlenmesine karar verilmiş olması doğru değildir”. Yargıtay 1 HD, T, 11611/11913, 25.10.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Aynı yönde bkz: Akbulut (n 31) 89.

giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir” denilmektedir³⁸. Bir diğer kararda “*Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı veya kullanabileceği bir kısım yer varsa açacağı el atmanın önlenmesi davasının dinlenme olanağı yoktur”* denilmiştir³⁹. Daha açık ifadeyle Yargıtay kullandığı bir yer olmamasına rağmen kendisine kullanabileceği az veya çok yer bırakılan davacı paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasında fiili kullanma biçimi oluşmadığını belirterek açtığı el atmanın önlenmesi davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir⁴⁰. Dolayısıyla fiili taksime iştirak etmemiş olup kendisine az da olsa bir kısım bırakılmış olan paydaşın/ortağın bu kullanımın uzun süre devam etmesi halinde örtülü rıza verdiğiinden bahsedilerek açacağı el atmanın önlenmesi davaları reddedilecektir. Kanaatimizce paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan bırakılması ve uzun süre onun tarafından itiraz edilmemesi örtülü rıza verildiği anlamına gelmemektedir. Zira bir kimsenin kendisine bırakılan az yere kanaat ederek, el atmanın önlenmesi davasından feragat etmesi sonucunu doğuracak bu çözümün kabulü hayatın doğal akışına da terstir. Kaldı ki TMK m 689/I’e göre açık veya örtülü rıza alma yükümü böyle bir haksız kullanımı gerçekleştirecek olan paydaş/ortağa aittir. Zira o paylı mülkiyette TMK m 693/I’e göre diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmama ve elbirliği mülkiyetinde TMK m 702/II’ye göre diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanmakla yükümlü olan kişidir. Bu nedenle yapacağı fiili kullanımı rızasını almak maksadıyla paydaş/ortağa bildirmeli ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamadığı takdirde paydaş/ortağın örtülü rıza verdiği kabul edilmelidir.

Bununla beraber kendisine payına isabet eden kısımdan daha az yer bırakılan paydaşın el atmanın önlenmesi talebinin engellenmesine karar verilebilmesi için kanuni bir düzenleme bulunmalıdır. Zira böyle bir fiili kullanma biçiminin mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası açma hakkını ortadan kaldıracak 1982 tarihli T.C. Anayasası⁴¹ (kısaca AY) m 35 gereği kanuni düzenlenmenin varlığını gerekli kılmaktadır. Kendisine az da olsa yer bırakılan paydaşın/ortağın bu kullanım için açık veya örtülü rıza verdiğini kullanımda bulunan paydaştan ispat etmesi aranmaması da TMK m 689/I hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira anılan hükme göre, paydaşlar kullanma ve yönetim bakımından kanundan farklı bir düzenlemede

³⁸ Yargıtay 1 HD, 2383/5244, 11.10.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 1 HD, 20589/1314, 20.3.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁹ Yargıtay 7 HD, 1014/3005, 31.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁰ Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafta bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafta engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davasının reddine karar verilmesi gerekirken...*”. Yargıtay 1 HD, 3729/9165, 17.4.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...taşınmazda tüm paydaşlarca benimsenmiş fiili bir kullanım biçiminin oluşmadığı ve davacının çekişmesiz olarak kullanabileceği bir bölüm bulunduğu gözetilerek karar verilmesi doğru olduğuna göre...*”. Benzer yönde Yargıtay 7 HD, 1082/2210, 13.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG 9/11/1982/ 17863.

bulunmak isterlerse bunu oybirliğiyle anlaşarak yapmaları gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere burada anlaşmanın sağlandığını yani açık veya örtülü rıza alındığını ispat yükü fiili kullanımda bulunacak paydaşın üzerindedir. Kaldı ki hukuki fiiller alanında geçerli bir şekilde alınmış örtülü rızanın ikrar sonucu doğuracağı da kanunda düzenlenmiş değildir. Türk Borçlar Kanunu (kısaca TBK)⁴² m 6 hükmünün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile, geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için bu kullanımı gerçekleştirecek paydaşın/ortağın diğer paydaş/ortak/lara rıza almak maksadıyla bildirimde bulunması ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamamış olması gerekir. Bu konudaki gerekçelerimize aşağıda değindik.

Yargıtay kanaatimizce isabetsiz bir şekilde taşınmazın tamamını haksız biçimde kullanan paydaş aleyhine açılan el atmanın önlenmesi davasının payı oranında kabulüne ancak ecrimisil talebinin intifadan men şartı gerçekleşmediğinden reddine karar vermektedir⁴³. Zira taşınmazın tamamını haksız kullanan davalı paydaş aleyhine payı oranında el atmanın önlenmesine karar verip, intifadan men şartı yerine getirilmediği için ecrimisil talebini reddetmek isabetsiz bir uygulamadır. Yargıtay kararına konu olan olayda olduğu gibi yurt dışında yaşadığı için kullanımdan haberdar olmadığını ileri süren davacının verdiği kabul edilen (kanaatimizce geçersiz) örtülü rızanın mülkiyet hakkından kaynaklanan kullanma (usus) yetkisini -el atmanın önlenmesinin talebinin kabulü ile- engellemeyeceği, buna karşılık semerelerden faydalanma (fructus) yetkisini -ecrimisil talebinin reddi ile- engelleyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse, fiili kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilen paydaşın örtülü rızasına kıymet verilmeyerek payı oranında diğer paydaşın kullanımına son verdirirken, diğer yandan örtülü rızasına kıymet verilerek ecrimisil alma hakkından mahrum kalmaktadır. Yani davacı paydaşın öyle bir örtülü rıza verdiği kabul edilmektedir ki, bu rıza kendi payına tecavüz eden paydaşın kullanımı bakımından dikkate alınmayıp, ecrimisil talebi bakımından etki doğurmaktadır. Buna karşılık uzun zaman üçüncü kişi tarafından taşınmaz haksız olarak kullanılmakta ise ona karşı malikin açtığı el atmanın önlenmesi (kullanımın rızaya dayanıp dayanmadığı önemli olmaksızın) ve ecrimisil talepli davası

⁴² Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11/1/2011, RG 4/2/2011/ 27836.

⁴³ Yargıtay 7 HD, 2841/4036, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihi itibarıyla davalının kullanımında olduğu sabit olan taşınmazlar yönünden kullanımın artık davacı tarafların miras payları oranında haksız hâle geldiği, bu şekilde el atmanın önlenmesine ilişkin talep yönünden davanın kabulünün yerinde olduğu ancak, davacının (mütevvefadan gelen hisse de dahil) payı nispetinde hüküm kurulması gerekirken dava konusu yerlerin tamamına yönelik el atmanın önlenmesine karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçeleriyle davacıların istinaf taleplerinin esastan reddine, haksız işgal tazminatına ilişkin davanın reddine karar verilmesi, bir kısım taşınmazlar yönünden el atmanın önlenmesine ilişkin talep yönünden ise davanın davacıların miras paylarına isabet eden değer üzerinden kabulüne karar verilmesi gerektiği” Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanımına davacının herhangi bir itirazının bulunmadığı, keşif yapılarak taşınmazı davalının tavuk çifliği işletmek suretiyle kullandığı, davacının taşınmazın belirlenen ve tapu kaydında da yer alan niteliğine uygun olarak payına karşılık taşınmazda kullandığı ve kullanabileceği bir alan bulunmadığının tespit edildiği, dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanımına davacının **zımnen muvafakat ettiği**, aksi yöndeki iddiaların sabit olmadığı, davalının taşınmazın tamamında hak iddiasının söz konusu olmamakla birlikte davacının yapılarında bir hakkın bulunmadığı yönündeki savunmasına da itibar edilemeyeceği dikkate alınarak yazılı şekilde **davacının payına vaki elatmanın önlenmesine ve koşulları oluşmayan ecrimisil isteminin reddine** karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2883/3943, 20.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

(kullanımın rızaya dayanmaması şartıyla⁴⁴) intifadan men şartı olmaksızın kabul görmektedir⁴⁵. Üçüncü kişiye karşı açılan el atmanın önlenmesi davası kullanımın malikin rızasına dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın kabul görünürken, paylı veya elbirliği mülkiyetinde fiili taksime örtülü rıza verdiği ifade edilen paydaşın/ortağın –kendisine kullanabileceği bir kısım bırakılmışsa⁴⁶- fiili kullanıma rıza verdiği ön kabulüyle açtığı dava reddedilmektedir. Yani Yargıtay’ın ifadesiyle fiili kullanım biçimi veya harici taksim sözleşmesi olmamakla beraber davacının kullandığı⁴⁷ veya kullanabileceği⁴⁸ bir kısım bulunuyorsa el atmanın önlenmesi davası reddedilmektedir.

Buna karşılık davacının kullandığı veya kullanabileceği bir kısım mevcut değil ise payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmektedir⁴⁹. Taraflar arasında fiili kullanma biçimi oluşmuş olup daha sonra payına diğer paydaş tarafından haksız saldırı iddiası olursa, davalının payından az yer kullanıldığının anlaşılması halinde el atmanın önlenmesi davasının reddine, payına isabet eden yerden daha fazla kullandığı yer olduğunun anlaşılması halinde payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmektedir⁵⁰.

Yargıtay’a intikal eden bir olayda kendisi evleninceye kadar kendi payına isabet eden taşınmazda diğer paydaşın ikamet etmesine izin verdiği ve kendisinin de

⁴⁴ Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴⁵ Yargıtay 7 HD, 1140/3247, 12.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay 7 HD, 355/1922, 3.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: Yargıtay tarafından “*Davalının kullanıma ilişkin şahsi bir hakkı bulunmadığı, davacının mülkiyet hakkına üstünlük verilmesi gerektiği*”nden bahisle el atmanın önlenmesi ve ecrimisil ödenmesine hükümlenen yerel mahkeme kararı onanmıştır. Aynı yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2849/4038, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴⁶ Yargıtay 7 HD, 4565/1419, .24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır*” Karardan da anlaşılacağı üzere davacıya kullanabileceği bir kısım bırakılmış olması yeterlidir.

⁴⁷ Yargıtay 7 HD, 793/3224, 8.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 1030/1956, 4.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Taşınmazda tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmadığı, bu durumda payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorunu el atmanın önlenmesi davası ile değil, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın giderilmesi davası yoluyla çözmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*” Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davalının reddine karar verilmesi gerekirken...*”

⁴⁸ Yargıtay 7 HD, 7801/1943, 4.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*...Boş olarak bırakılan yerin davacı tarafından kullanılıp kullanılmamasının önem arz etmeyip, sadece boş olarak kullanabileceği bir alan olmasının yeterli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*” Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 1082/2210, 13.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 750/3329, 13.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁹ Yargıtay 7 HD, 2575/3516, 21.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 8 HD, 6323/6690, 2.11.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁰ Yargıtay 8 HD, 5410/5484, 28.9.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Yargıtay 7 HD, 4565/1419, 24.2.2022, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası): “*Tarafların paydaş olduğu taşınmaz üzerine davalı tarafca bina yapıldığı, davacıların paylarına karşılık çekişmesiz olarak kullanabileceği bir kısım yer bulunduğu ve taşınmazın davacılar tarafından kullanılmasının davalı tarafca engellenmediği, taşınmazın kullanım şeklinin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlenmediği gibi fiili bir kullanım biçiminin de oluşmadığı, anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, elatmanın önlenmesi ve kal davalının reddine karar verilmesi gerekirken...*”

geçici olarak onun payına isabet eden yerde oturduğu bir durumda açtığı el atmanın önlenmesi davası fiili taksim sebebiyle reddedilmiştir⁵¹.

Üçüncü kişinin malikin taşınmazına el atmasına ilişkin olarak uzun süredir üçüncü kişinin malikin izniyle ikamet ettiği taşınmaz bakımından malikin açtığı el atmanın önlenmesi davasında davanın açılmış olması ile kullanıma rızanın geri alınmış olduğuna karar verilmiştir. Kararda “..dava mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir. Davalının kiracılık savunmasında bulunmadığı gibi mülkiyet iddiasını da ispatlayamadığına göre, karşı davanın açılması ile davacı malikin dava konusu taşınmazında davalının kullanımına rızasını geri almış olduğunun kabulü gerekir. O halde, davacının el atmanın önlenmesi talebinin kabulüne karar vermek gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş.. ecrimisil istemine gelince; davalının karşı dava açılıncaya kadar kullanımının rızaya dayalı olduğunun kabulüyle davalının kötüniyetli zilyet olmaması nedeniyle reddine karar verilmesi yerinde görülmüş”⁵²denilmektedir. Üçüncü kişinin el atmasında da üçüncü kişinin verdiği rızaya rağmen el atma haksız duruma gelmekte ve el atmanın önlenmesine karar verilmekte, buna karşılık verilen rıza haksız zilyedi iyiniyetli haksız zilyet haline getirip, ecrimisil talebini önlemektedir.

IV. Ecrimisil Talebinin Engellenmesi Sonucunu Doğuran Örtülü Rıza

Yüksek Mahkemenin uygulamalarında ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, 04.06.1958 gün ve 15/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı kararının gerekçesinin V. bendinde “işgal tazminatı davalarının hususi bir şekli olan ecrimisil davalarının beş yılda zamanaşımına uğrayacağı esasını benimsemiş bulunan 25.05.1938 tarih ve 29/10 İçtihadı Birleştirme Kararının halen geçerli” olduğu açıklanmış ve ecrimisil davalarının 743 sayılı Kanunu Medenisinin 908. (4721 Sayılı Kanununun 995 inci) maddesine dayanan bir tazminat davası olduğu belirtilmiştir⁵³. Yargıtay’ın son kararlarına⁵⁴ göre ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler⁵⁵. Doktrinde ise ecrimisilin hukuki dayanağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁶.

⁵¹ Yargıtay 7 HD, 1149/3176, 7.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵² Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵³ Yargıtay 7 HD, 3266/4899, 19.10.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kararda gerekçenin bir kısmına yer verilmiştir.

⁵⁴ Yargıtay 7 HD, 2883/3943, 20.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Y 7 HD, 2577/3637, 4.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁵ Yargıtay HGK, 1-120/96, 25.2.2004 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Y 3 HD, 6388/6009, 21.6.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Tazminata hükmedilebilmesi için taşınmaz maliki olan davacının, davalı tarafın haksız işgalini ve işgal süresini ispatlaması yeterlidir”.

⁵⁶ Bu görüşler için bkz: Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-* (1. Baskı, Onikilevha 2015) 258-259, Akbulut (n 31) 91-92.

Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere Yargıtay'a ve doktrinde bazı yazarlara⁵⁷ göre ecrimisilin hukuki dayanağı TMK m 995 hükmüdür. Paylı mülkiyette paydaşlardan her biri tek başına veya elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her biri üçüncü kişiye hep birlikte ve diğer ortağa karşı her biri tek başına ecrimisil talebinde bulunabilir⁵⁸.

Yargıtay'a göre özellikle taşınmaz mallar bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda taşınmazı kullanan ortaktan diğer ortakların ecrimisil talep edebilmesi için onu intifadan men etmeleri şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁹. Benzer bir uygulama paylı mülkiyette paydaşlar bakımından da söz konusudur. Buna göre paydaş diğer paydaş/lardan ecrimisil talebinde bulunabilmesi için intifadan men şartının gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁰. Buna karşılık ortaklar veya paydaşların üçüncü kişiye karşı ecrimisil davası açabilmeleri için intifadan men şartı bulunmamaktadır⁶¹. Ortaklardan biri TMK 702/II gereği ancak diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanabilir. Aynı şekilde TMK m 693 gereği paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Paydaşların kullanım ve yönetime ilişkin konularda oybirliği ile anlaşma yapmaları aranmaktadır (TMK m 689/I). Dolayısıyla doktrinde de isabetli olarak kabul edildiği üzere eğer ortaklar arasında bu yönde bir anlaşma yoksa ecrimisil tazminatı talebinde ayrıca intifadan men koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin

⁵⁷ Feyzioğlu (n 4) 261; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir (n 4) 140; Hırş, Ernest; *Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin: Fuzuli İlgalden Doğan Tazminat Talepleri* (Kenan Matbaası 1944) 794-795; Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (11. Bası, Savaş 2020) 266; Akipek (n 4) 247; Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik* (Legal 2018) 340-341; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 217; Şeref Ertaş, Emre Cumahioğlu ve İlknur Serdar, *Eşya Hukuku* (Barış 2017) 80. Ayrıca bkz: Ceren Yavuzaslan, *Ecrimisil* (Filiz 2017) 10.

⁵⁸ Akbulut (n 31) 94. Yargıtay 1 HD, 19421/5278, 11.3.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay'ın elbirliği ortaklıkları hakkında da paylı mülkiyet esaslarını uyguladığı kararların isabetli olmadığı ve ortaklardan her birinin diğer ortak ya da ortaklara karşı ecrimisil davası açamayacağı, diğer ortağa veya ortaklara karşı açılacak ecrimisil davasında bütün ortakların davada taraf olarak yer alması gerektiği yönünde bkz: Nomer ve Ergüne, (n 29) 275-276.

⁵⁹ Yargıtay 3 HD, 991/1294, 06.02.2007, (Kazancı İçtihat Bankası): "Kural olarak, müşterek ya da iştirak halinde mülkiyet durumunda, taşınmazı kullanan malikten ecrimisil talep edilebilmesi için, diğer maliklerin taşınmazdan yararlanma isteklerini karşı tarafa iletmis olmaları gerekmektedir". Yargıtay 1 HD, 13940/18257, 24.11.2014, (Kazancı İçtihat Bankası): "İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Uygulamada bu bildirim noter aracılığı ile gönderilen ihtarname ile yapılmaktadır". Aksi kanaatte bkz: Nomer ve Ergüne (n 29) 276. Yazarlara göre, elbirliği mülkiyetinde paylı mülkiyetinden farklı olarak, ortaklardan her birinin eşyayı diğerlerinden bağımsız olarak kullanma yetkisi yoktur.

⁶⁰ Yargıtay 3 HD, 6356/11530, 26.4.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "Ecrimisile konu dairede taraflar paydaş olup, paydaşlar, kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler".

⁶¹ Yargıtay 3 HD, 10365/15136, 14.6.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "Davalının ise, taşınmazda herhangi bir payı bulunmamasıdır. Bu durum karşısında mahkemece, taşınmazda kendisinin payı olmadığını bilen davalının kullanımı iyyinetli kabul edilemeyeceğinden intifadan men koşulu aranmaksızın, ihtarname öncesi kullanımına göre ecrimisile hükmedilmesi gerekir..." Yargıtay 8. HD, 6435/7096, 11.11.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "paydaş olan davalılar yönünden intifadan men aranması gerektiği halde, paydaş olmayanlar yönünden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır..."; Yargıtay 3. HD, 11869/11140, 18.10.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 1. HD, 12573/13479, 8.12.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 3. HD, 171/409, 31.1.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

aranmasına lüzum bulunmamaktadır⁶². Ancak bu görüşe karşı, her paydaşın paylı malı bölünmeye elverişli olmayan fiili kullanım yetkisi olduğundan bahisle, intifadan men edilmeyen paydaşın haksız zilyet sayılması mümkün olmamalıdır şeklinde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre paylı mülkiyet konusu bir evde paydaşlardan biri diğer paydaşlar itiraz etmediği müddetçe oturabilir⁶³. Yine bu görüşte olan başka bir yazara göre, paydaşlardan birinin kullanmasının sınırını diğer paydaşların paylı malı soyut kullanma olanağı değil, fiili kullanımı oluşturur⁶⁴. Kanaatimizce fiili taksimin açık rızaya (anlaşmaya) dayandığı durumlarda hukuki sorun bulunmamaktadır. Uygulamada diğer paydaşın kullanıma uzun süre sessiz kalması halinde örtülü rıza (zimni muvafakat) oluşacağından bahisle intifadan men koşulu aranmakta ise de kanaatimizce hukuki fiillerde de örtülü rızanın gerçek ve yeterli destek noktalarının belirlenmesi gerekir. Diğer ortak/paydaş/ların açık veya örtülü rızalarının alındığını ispat yükü davalı malike ait olmalıdır. Örtülü rızanın verildiği uygun ispat vasıtaları ile ispatlanması aranmalıdır⁶⁵. Bunun içinde öncelikle fiili kullanımın diğer paydaşa yazılı olarak bildirilmesi ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınmazsa örtülü rıza verildiğinden bahsedilerek intifadan men şartı aranmalıdır. Aksi taktirde fiili kullanıma salt sessiz kalınması fiili kullanımın kanaatimizce geçerli olmayan bir örtülü rızanın varlığına dayandığını gösterdiği için intifadan men şartı aranması isabetli değildir. Nitekim sözleşmeler alanında bile önerenin, kural olarak önerisi uygun bir sürede reddedilmediği taktirde sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m 6). Açıkça görüleceği üzere, sözleşmenin kurulmuş sayılması için öncelikle bir öneri olmalı ve buna karşılık sessiz kalınması gerekmektedir. Kaldı ki ecrimisil isteminin dayanağı TMK m 955 olmakla beraber ecrimisil talebinin temelinde TMK m 683 ile korunan mülkiyet hakkı bulunmaktadır⁶⁶. Öyle ki bu talep semerelerden faydalanma (fructus) yetkisinin bir uzantısıdır. Dolayısıyla bu hakkın intifadan men şartı getirilerek engellenebilmesi için bu engelin kanunen düzenleme altına alınması gerekmektedir.

⁶² Mustafa Reşit Karahasan, *Gayrimenkul Hukuk Davaları* (İstanbul Matbaası 1974) 412-413; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 225; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kütabevi 2014) 383; Akbulut (n 31) 96; Akçaal, Mehmet; 'Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı' (2022) (2) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi 440, 449-450; Eşyadan yararlanma bakımından aynı yönde bkz: Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 4) N. 1248, dph. 144; Sirmen (n 4) 309-310; Burak Ak, *Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2020) 177-178. Bu davayı gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenden (TBK m 530) kaynaklanan ve zarar şartından bağımsız olan menfaatlerin devri davası olarak nitelendirmek gerektiğini ileri süren görüş olarak bkz: Cem Akbıyık, 'Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları' *Prof. Dr. Necla Girtilioğlu'na Armağan* (On İki Levha 2020) 1, 5.

⁶³ Nomer ve Ergüne (n 29) 245.

⁶⁴ Nafiye Yücedağ, 'Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arasında Ecrimisil Talep Edilmesi İçin Gerekli İntifadan Men Şartı ve Bu Şartın İstisnaları' (2023) 18 (212) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175, 195-196.

⁶⁵ Doktrinde kanımızca isabetli olarak de hak sahibinin fiili kullanımdan zarar gördüğünü ispat etmesi şartının aranmaması gerektiğini, bu noktada hak sahibinin eşyadan yararlanma niyetinde olması aranacak olsa dahi prensip itibarıyla hak sahibinin böyle bir niyette olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve bu kabulün aksini ispat kötüniyetli haksız zilyedin üzerinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 217.

⁶⁶ Alparslan Özalтуğ, 'Ecrimisilin Hukuki Niteliği' (2021) 18, (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1408, 1412.

Yargıtay, taşınmazda “payına” karşılık çekişmesiz olarak kullandığı⁶⁷ veya az yahut çok kullanabileceği⁶⁸ kısım olması halinde, kullandığından/kullanabileceğinden daha fazlasına hakkı olduğunu iddia eden davacı mirasçının/paydaşın ecrimisil talebini ise kabul etmemektedir. Bu durumda Yargıtay, mirasçılardan/paydaşlardan birinin diğer mirasçılardan/paydaşlardan ecrimisil talebinde bulunması halinde, ortaklar/paydaşlar arasında fiili bir kullanma şekli mevcutsa ve davacı paydaş/ortak payına isabet eden yerden daha az kısım kullanmakta olsa bile ecrimisil talebinin yerinde olmadığına karar vermektedir⁶⁹. Nitekim yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir⁷⁰. Burada hukuki sorun açık rızaya dayalı fiili kullanım biçimi bakımından ortaya çıkmamakla beraber, paydaşın diğer paydaşa az veya çok kullanabileceği kısım bırakması halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim diğer paydaş tarafından kendisine az veya çok kullanabileceği yer bırakılarak kullanım yapılması halinde her ne kadar fiili kullanma biçimi oluşmamış olsa bile, davacı paydaşa sırf kullanabileceği bırakıldığı ve intifadan men koşulu gerçekleşmediği için ecrimisil davası reddedilmektedir⁷¹. Zira burada paydaşın kullanıma örtülü rıza verdiği kabul edilmektedir.

Buna karşılık davalı paydaş taşınmazın tamamını uzun süre kullanmış olup, davacı paydaş uzun süre ses çıkarmamış ise kullanıma zımni muvafakat verdiği ve intifadan men koşulu sağlanmadığından bahisle ecrimisil talebi reddedilmektedir. Nitekim Yargıtay kararına konu olayda davacı yurt dışında olduğunu ve haksız kullanımı bilmediğini ileri sürse de davacı paydaşın dava tarihine kadar davalı paydaşın kullanımına zımnen muvafakat (örtülü rıza) verdiğiinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁷². Aynı kararda payı oranında el atmanın önlenmesine karar verilmiştir. Kanaatimizce bu olayda taşınmazın tamamı bakımından el atmanın önlenmesine

⁶⁷ Yargıtay 7 HD, 1900/3248, 12.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Ecrimisil, ise bir para alacağı olup bölünebilir nitelikte olduğundan elbirliği hâlinde maliklerden birisinin de ecrimisil isteyebileceği kuşkusuzdur. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir”.

⁶⁸ Yargıtay 1 HD, 6467/416, 18.1.2018 Karar için bkz: Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları* (Aristo 2021) 13. Yargıtay 8 HD, 1493/5567, 28.6.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁹ Yargıtay 7 HD, 4327/3116, 25.4.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Yargıtay 1 HD, 4241/8851, 29.09.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur”.

⁷⁰ Yargıtay HGK, 1-1235/1386 Berberoğlu Yenipınar (n 68) 176-177: “taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması “ahde vefa” kuralının yanında TMK.m.2 maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralının da bir gereğidir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 35423/3999, 21.9.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 1 HD, 6467/416, 18.1.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷¹ Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷² Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “dava tarihine kadar davalının taşınmazı kullanmasına davacının zımnen muvafakat ettiği,koşulları oluşmayan ecrimisil isteminin reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar verilmiştir”.

ve yukarıda belirttiğimiz gerekçeyle payı oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekmektedir. Zira paydaşın hangi kısmının payına isabet edeceği belli olmayan taşınmazın taksim edilmesine (taksim davası açmak suretiyle) mecbur bırakılmaksızın tamamından el çektirmek ve haksız kullanım yapan paydaşı taksim davası açmaya mecbur bırakmak kanaatimizce en isabetli çözümdür. Aynı şekilde paylı mülkiyette paydaşın mülkiyet hakkı paylı malın tümüne yaygın bir mülkiyet hakkıdır. Böyle olunca haksız kullanım yapan paydaş taşınmazda taksim gerçekleştirme sonucunu doğuracak biçimde payı oranında değil, taşınmazın tamamından el çektirilmelidir. Buna karşılık ecrimisil yönünden ise payına isabet eden yer dışında kalan kısım bakımından açık veya örtülü rıza aldığını uygun ispat vasıtalarıyla ispatlamamış olan kötüniyetli haksız zilyedin⁷³ intifadan men koşulu aranmaksızın ecrimisil ödemesine karar verilmesi gerekmektedir. Zira TMK m 995 hükmünde ecrimisil talebi için kötüniyetli haksız zilyet olmak şart olduğu gibi, intifadan men şartı aranmamaktadır. Taşınmazın tamamına el atmanın olduğu başka bir olayda Yargıtay davalının muris ile yaptığı sözleşmeye olan bağlılığı çerçevesinde uzun süre fiili kullanımının davacının ses çıkarmaması sebebiyle haksız işgal sayılmayacağını ve ecrimisil talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁴. Nitekim Yargıtay'a göre davalının uzun süreli kullanımı söz konusu ise, bu kullanıma ses çıkarmayan davacının zımni muvafakatının var olduğu yönünde fiili karine oluşacağı kabul edilmekle beraber, bu karinenin aksi davacı tarafından kanıtlanmadıkça ecrimisil talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁷⁵. Kanaatimizce paydaşın diğer paydaşa az veya çok kullanabileceği yer bırakarak ve hatta hiç kullanım alanı bırakılmaksızın uzun süre o yeri kullanması halinde örtülü rızanın bulunduğu bahsedebilmek için o paydaş/ ortağa rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı, buna rağmen –kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede cevap alınamamış olması- gerekmektedir. Zira hukuki fiiller alanında sözleşmeler bakımından uygulanan TBK m 6 gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu hükmün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile fiili kullanıma karşı “beyan külfeti” yüklemek ancak kanuni bir düzenleme ile mümkün olmalıdır. Zira mülkiyetten (-ve paylı mülkiyetten) doğan haklardan (el atmanın önlenmesi, ecrimisil, önalım hakkı) mahrum kalma sonucunu sağlayacak bir beyan külfeti ancak kanuni düzenleme ile öngörülmelidir (AY m 35). Uygulamaya göre kanuni düzenlemenin mevcut olmadığı bir durumda ise paydaş/ortağa fiili kullanımı sürekli yapılacak kontrol ile tespit etme ve sınırı belli olmayan kısa bir sürede beyan külfeti yüklemek davacı paydaşın kullanımdan bilgisi olduğu ve ses çıkarmadığını tanıkla ispat etme kolaylığı⁷⁶ sağlamak örtülü rıza kavramının önemine değinme gereğini ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimizce hayatın doğal akışı veya kanun

⁷³ Kötüniyetli zilyet ise, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan kişidir. Ünal ve Başpınar (n 57) 257; Esener ve Güven (n 23) 124.

⁷⁴ Yargıtay 7 HD, 355/1922, 3.4.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁵ Yargıtay 1 HD, 8104/9014, 17.6.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁶ Yargıtay 7 HD 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

paydaş/ortağa fiili kullanımın olup olmadığını kontrol etme, hangi andan itibaren fiili kullanım olduğunu tespit etme ve kısa bir sürede beyan külfetini yerine getirme yükümü yüklememektedir. Tam aksine kanun paydaşlar arası taşınmazı kullanma ve yararlanma konusunda oybirliği ile anlaşma sağlanmasını emretmektedir (TMK m 689/I). Böyle bir durumda haksız veya haklı (taşınmazın tamamını veya payına isabet eden yeri) kullanım yapmak isteyen paydaşa açık veya örtülü rıza alma yükümü yüklediği açıktır. Aynı şekilde hayatın doğal akışına göre de diğer paydaş/ların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanım ve yararlanmada bulunma yükümlülüğü olduğunu bilen paydaşın fiili kullanımın ne zamandan itibaren oluştuğunu bilmek zorunda olduğu söylenemez. Kaldı ki örtülü rızanın verildiği ise paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı bildirimde bulunulduğu ve (kanunda öngörülecek veya makul sürede) cevap alınmadığı hallerde kabul edilebilir. Bu konudaki ayrıntılı gerekçelerimize aşağıda değindik.

Yargıtay bir kararında davalı paydaşın taşınmazda büyük orandaki kısımları uzun süredir kullanmakla beraber taraflar arasında BK m 299 (TBK m 379) uyarınca şifahi kullanım ödücü (ariyet) sözleşmesi yapıldığı ve BK m 304 (TBK m 384) gereği dava açmakla davacının akde son verdiğinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁷⁷. Kanaatimizce bu karar da isabetli değildir. Zira sözleşmeler alanında örtülü rızanın varlığından bahsedebilmek için öncelikle muhabata öneri (icap) yapılmalıdır ve bu öneri sözleşmenin esaslı unsurlarını ihtiva etmelidir⁷⁸. Bir eşyanın fiilen kullanımı kullanım ödücü sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermediğinden öneri olarak kabul edilemez.

Yine paydaşın/ortağın kullandığı kısım varken ve bu kullanılan kısma el atma olduğunda, el atılan kısım kadar ecrimisile hükmedilmektedir⁷⁹. Kullanma açık rızaya dayandığından konumuz kapsamı dışında kalmaktadır.

Başka bir Yargıtay kararına konu olayda haksız fiili kullanımın tacir tarafından gerçekleştirilmesi halinde bu kullanım uzun sürmüş olsa bile örtülü rıza verildiğinden bahsetmenin mümkün olmadığı, basiretli davranmayan tacirin ecrimisil ödemekle yükümlü olduğuna karar verilmiştir⁸⁰. Burada da aslında tacir olmayan kişiler için de geçerli olması gereken bir kural tacirler için öngörülerek, geçerli bir örtülü rıza almamanın istenen hukuki sonucu doğurmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu kararda benimsenen kural örtülü rıza aldığını ispat etmekle yükümlü olan tacir olmayan kişiler bakımından da uygulanmalıdır.

⁷⁷ Yargıtay 1 HD, 5140/1073, 21.2.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁸ M.Kemal Oğuzman ve M.Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (21. Bastı, Vedat 2023) 60.

⁷⁹ Yargıtay 5 HD, 2835/10435, Berberoğlu Yenişınar, (n 68) 272-273.

⁸⁰ "her ne kadar davalı şirket uzun süreli olarak taşınmazı kullanıyor ise de, taşınmazın davalı şirket tarafından kullanılmasına davacının zımnen muvafakat ettiğinin kabulünün mümkün olmadığı, zira davalı şirket olup tüm işlemlerinde basiretli davranmak zorunda olduğu, başkasına ait taşınmazı, haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kullanan davalı şirketin ecrimisil ile sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik olmadığı..." Yargıtay 7 HD, 3339/3973, 20.9.2023 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Paydaşın diğer taşınmazın tamamını kullandığı ve aradan uzun süre geçmediği hallerde de Yargıtay, diğer paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasını payı oranında kabul etmekte ve intifadan men koşulu gerçekleşmediğinden ecrimisil talebini reddetmektedir⁸¹. Bu durumda aradan uzun zaman geçmemiş -ve hatta geçmiş olsa bile -olduğu için kullanımı yeni öğrenen paydaşın intifadan men koşulu aranması TMK m 995 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira anılan hükümde kötüniyetli haksız zilyedin haksız kullanımına karşılık tazminat talep edilebilmesi için intifadan men edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Kanunda olmayan bir şartın paylı mülkiyette paydaşlar veya elbirliği mülkiyetinde ortaklar bakımından yeterli hukuki gerekçe olmaksızın yaratılmasını isabetli bulmamaktayız. Nitekim açık veya örtülü oybirliği ile yapılan anlaşma sağlanmasını emreden TMK m 689/f.1 hükmü karşısında açık veya örtülü rıza aldığını ispat yükü haksız kullanımı gerçekleştiren zilyede aittir. Böyle bir rızanın olmadığını ispat etme yükümünün –bir şeyin yokluğunu ispat etmenin imkansızlığı hukuk mantığının gereği olduğu için- diğer paydaş/ortaklar üzerinde bırakılması düşünülemez. İşte intifadan men şartı böyle bir rızanın verilmediğinin ispatını diğer paydaştan beklenmesinin sonucudur.

Uygulamada taşınmazı kullanan üçüncü kişi, haklı bir sebebe dayandığına inanarak veya edim karşılığı ya da davacının rızası dahilinde kullandığından bahisle yararlanmayı sürdürüyorsa (harici satış, fiili taksim, kira sözleşmesi vs.) bu gibi hallerde, rızanın ortadan kalkması veya tarafların aldıklarını iade etmesine kadar taşınmazı elinde bulundurma haksız ve kötüniyetli kullanım kabul edilmemektedir. Rızaya dayalı kullanım, haksız ve kötüniyetli bulunmadığından tazminat ile sorumluluk da bulunmamaktadır⁸². Ancak bu halde el atmanın önlenmesi talebi de varsa verilen rıza açılan dava ile geri alınmış olacağından bu talebin kabul edildiğini ifade etmekte yarar vardır⁸³. Yargıtay malikin üçüncü kişi ile yapılan sözleşmeden bağımsız olarak üçüncü kişinin taşınmazın farklı bir kısmına el atması halinde malikin uzun süre ses çıkarmaması durumunda kullanıma zımnen muvafakat ettiğinden bahisle ecrimisil talebini reddetmiştir⁸⁴. Benzer başka kararlarda da davacının davalı üçüncü kişinin kullanımına zımnen muvafakat ettiği ve kullanıma karşı suskun kalmasının ecrimisil talebini önleyeceğine veya böyle bir kullanıma

⁸¹ Somut olayda davalı-karşı davacı 4 aylık kira karşılığı ecrimisil talep etmiştir. İntifadan men koşulu gerçekleşmediği için talep reddedilmiştir. Yargıtay 7 HD, 2575/3516, 21.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 2251/3657, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸² Yargıtay 7 HD, 2371/3110, 6.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Harici satım bakımından bkz: Yargıtay 7 HD, 1464/2577, 15.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Uzun süreli kullanım bakımından bkz: Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Davalının kullanımının feshi ispat edilemeyen kira sözleşmesine dayandığı için kötüniyetli zilyet sayılamayacağı hususunda bkz: *davalının karşı dava açılincaya kadar kullanımının rızaya dayalı olduğunun kabulüyle davalının kötüniyetli zilyet olmaması nedeniyle reddine karar verilmesi yerinde görülmüş*” Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸³ Yargıtay 7 HD, 114/1383, 9.3.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “*karşı davanın açılması ile davacı malikin dava konusu taşınmazında davalının kullanımına rızasını geri almış olduğunun kabulüne karar vermek gerekirken...*”

⁸⁴ Yargıtay 6 HD, 7201/7681, Berberoğlu Yenipınar (n 68) 284-285. Üçüncü kişinin harici satım ve zilyetlik sözleşmesine itibar edilmeyle malikin el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talebinin kabul edilmesi yönünde bkz: Yargıtay 7 HD, 2275/3658, 6.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

karşı davacının ihtarname göndererek zımni muvafakati geri alması halinde böylece ecrimisil talep edebileceğine ilişkin tespitlerde bulunulmuştur⁸⁵. Hatta bir kararda “davacının maliki olduğu taşınmazı 14.07.2006 tarihinde devraldığı, devirden sonra 29.08.2006 tarihinde o dönemki malik adına ihtarname çekildiği, aradan geçen 11 yıllık süre boyunca davalı malikin kullanımına ses çıkarılmadığı, örtülü muvafakatin söz konusu olduğu, davanın açılması ile birlikte bu muvafakatin kalkmış sayılacağı, davalı ile önceki malik arasındaki ilişkinin davada önem taşımadığı, her bir tüzel kişi yönünden muvafakati kaldıracak bir ihtarname çekilmediği müddetçe ve uzun süre kullanım olduğundan ecrimisil talep etme hakkı bulunmadığı...”⁸⁶denilmek suretiyle malikin üçüncü kişilere karşı açacağı ecrimisil davaları bakımından da adeta intifadan men şartı aranmaya başlandığını söylemek yanlış olmaz. Kanaatimizce bu kararlarda gerekçe olarak gösterilen örtülü rıza kavramı kötüniyetli haksız zilyedin kullanımını dürüstlük kuralı gereğince de hukuka uygun hale getirmez. Nitekim beyan külfeti ancak kanundan veya dürüstlük kuralından doğabilir⁸⁷. Kanunda kendi bilgisi dışında kendi aleyhine oluşan fiili kullanım tarzına itiraz etme yönünde bir beyan külfeti yüklenmiş değildir. Bir paydaşın diğer paydaş aleyhine fiili kullanımda bulunma yasağı koyan TMK 693 hükmü karşısında böyle bir kullanıma itiraz etmesi beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü sonucundan da bahsedilemez. Külfet (yüklenli) kavramı yoluyla bir başkasının kendi çıkarlarını zedelemesinden hareketle bir diğerinin hak kazanması da mümkün değildir. Öyle ki ecrimisilin hukuki dayanağı olarak kabul edilen TMK m 995 hükmünde kötüniyetli haksız zilyede karşı (paydaş/ortak olsun olmasın) haksız işgal tazminatı talep edebilmek için intifadan men edilmesi şartı aranmamaktadır. Malik açısından kanunda aranmayan bir beyan külfeti adeta uygulama yoluyla yaratılmıştır. Kanunda yer almadığı için malik bir anlamda itiraz etmemesinin hak kaybına yol açıp açmayacağını veyahut hangi süreye kadar itiraz yöneltmesi gerektiğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen bir kişidir. Öyle ki Yargıtay ecrimisil ve el atmanın önlenmesi davası açıp davayı takipsiz bırakan ve

⁸⁵ Yargıtay 7 HD, 3371/945, 21.9.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 4684/286, 11.1.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “davacı olan eş 2013 yılından itibaren aile konutunu terk etmiş, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da keşide ettiği ihtarname tarihinin kadar davalı eşinin ve çocuğunun konutta oturmalarına karşı çıkmamıştır...Bu arada geçen süre nedeniyle davacının, çocuğu ile birlikte yaşayan eski eşinin konutta oturmalarına rıza gösterdiğini kabul etmek gerekir. Davacı, 10.04.2017 tarihinde ihtarname göndererek davalının konutu kullanımına muvafakatini geri aldığından haksız kullanımın bu tarihten itibaren oluştuğu gözetilmelidir”. Benzer yönde bkz: Yargıtay 7 HD, 243/1013, 21.2.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 782/2628, 16.5.2023 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁶ Yargıtay 7 HD, 3744/2925, 18.4.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 7 HD, 6891/2872, 14.4.2022. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...davacının çekışmeli taşınmazı edindiği tarihten ihtarnamenin davalıya tebliğ edildiği tarihe kadarki dönem için davalının kullanımına ses çıkarmadığı dikkate alındığında, davalının bu dönemdeki kullanımına muvafakat ettiğinin ve muvafakatin ihtarname ile sona erdiğinin kabulünün gerektiği...” Yargıtay 7 HD, 3977/3768, 26.5.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Tanık beyanları ile davalıların aldığı şekli ile taşınmazı kullandığı belirtilmektedir. Bu durumda davalılar iyiniyetli olup, davacı uzun süre itiraz etmemekle muvafakat etmiş sayılır. Bu nedenle ecrimisil talebinin reddine...”. Yargıtay 7 HD, 4821/841, 14.2.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...ihtar şartı olmasa da davacı tarafından ihtarname çekildiğinden zımni muvafakat de olmadığını...” Yargıtay 7 HD, 359/1864, 30.3.2023 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası : “...davacının ...in akrabası olan davalının, dava konusu taşınmazda ailesiyle birlikte uzun yıllar ikamet ettiği, davacı ...in davalının taşınmazı kullanımına zımnen muvafakat ettiği, davacılar tarafından...keşide edilen ihtarnamenin tebliği ile birlikte davalının taşınmazdan çıkarılmak istendiği gözetildiğinde..” Yargıtay 7 HD, 1681/3101, 5.6.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...davalıların dava konusu taşınmazı kullanımına davacıların muvafakati bulunduğu belirtilerek, ecrimisil isteminin reddine..”.

⁸⁷ Hubert Ruhig, *Die Nebenpflichten im Schuldrecht* (Diss 1968) 38.

2 yıl boyunca ses çıkarmayan malikin de kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahisle açtığı ecrimisil davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁸. El atmanın önlenmesi davası bakımından dava açılmakla rızanın geri alınmış sayılacağı⁸⁹ belirten Yargıtay'a göre ecrimisil bakımından örtülü rıza vermemiş sayılmak için davanın takipsiz bırakılmaması da gerekmektedir.

Son olarak davacı ve davalı paydaşların/ortakların harici taksim doğrultusunda fiilen kullandıkları yerler bulunuyorsa el atmanın önlenmesi talep edemeyecekleri gibi birbirlerinden ecrimisil de talep edemezler⁹⁰.

V. Fiili Taksim Olgusunda Geçerli Örtülü Rızanın Oluşumu ve Kanaatimiz

Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin içeriğini kural olarak istedikleri şekilde düzenleyebilirler. TBK m 1/I'de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla sözleşmenin kurulacağı belirtilmekle beraber 2.fıkırada irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda irade beyanın anlam ve konusu hiçbir yorum uyuşmazlığına ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde net biçimde anlaşılıyorsa, açık irade beyanı vardır. Burada hukuki sonuç hakkındaki arzu, kullanılan beyan araçlarının (işaret, söz, yazı vs.) açık ve anlaşılabilirliği sebebiyle tereddüde yer bırakmamaktadır⁹¹. Örtülü irade beyanı⁹² ise açık irade beyanındaki kadar içeriği net olmayıp, bu beyanı açıklayan davranışın yapıldığı hal ve olayların oluş biçimleri göz önünde bulundurulduğunda anlamının anlaşılabilirliği durumlarda söz konusu olur⁹³. Örtülü rıza beyanı olarak kabul edilen susma her ne kadar irade beyanı olarak kabul edilmese⁹⁴ de dürüstlük kuralına dayanan güven ilkesi çerçevesinde kişinin susmaya bağlı sonucu öngörerek ve bunu isteyerek bilinçli bir şekilde sustuğu hallerde bu davranışın örtülü irade beyanı teşkil edeceği kabul edilmektedir. Zira böylesi bir durumda güven ilkesi çerçevesinde muhatabın susmayı irade beyanı gibi kabul etmesinde dürüstlük kuralı gereği haklı menfaati olduğu kabul edilmektedir. Bu durum TBK m 6 hükmü ile de teyit edilmiş durumdadır. Susmanın irade karinesi olarak ortaya çıktığı TBK m 327/

⁸⁸ Yargıtay 7 HD, 3919/3348, 11.5.2022, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁹ Yargıtay 1 HD, 185/3697, 21.6.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹⁰ Yargıtay 7 HD, 545/2823, 25.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹¹ Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, 'Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi' (2011) 1 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 4.

⁹² Örtülü irade beyanlarının türleri hakkında geniş bilgi için bkz: M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (29. Bası, Oniki Levha 2023) 187 vd., Topuz ve Canbolat (n 90) 5; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1 (Filiz 1995) 88 vd.

⁹³ Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. m.1-7)* (2. Bası, Yetkin 2020) 131. "İradenin varlığı ve boyutları ancak beyanı çevreleyen özel olgulardan dolaylı olarak (ima yoluyla) çıkarılabiliriyorsa "örtülü (zımni) irade beyanı"ndan söz edilir". Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2022) 323-324. "Eğer belli bir yönde iradenin açığa vurulduğu ancak yorum yoluyla anlaşılabiliriyorsa, örtülü irade beyanından bahsedilir". Haluk Nami Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, Filiz 2023) 135.

⁹⁴ Karl Larenz ve Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9. Auflage, C.H. Beck 2004) 528; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014) 146; Topuz ve Canbolat (n 90) 6; Oğuzman ve Barlas (n 91) 191; Altaş (n 92) 131; Nomer ve Akbulut (n 92) 136.

II ve yine irade faraziyesi olarak ortaya çıktığı TBK m 503'te de susmaya hukuki sonuç bağlamıştır⁹⁵.

İnsanın kendi iradesi ile vuku bulup hukukun da sonuç bağladığı olaylara “hukuki fiil” denir⁹⁶. Paydaşın veya ortağın paylı/elbirliği mülkiyetinde çekişme konusu taşınmazı diğer paydaş veya ortağın uzun süre sessiz kalıp itiraz etmemesi suretiyle kullanması hukuki fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki fiillerde susmaya veya başka bir ifadeyle itiraz etmemeye örtülü rıza sonucunun bağlanması sözleşmeler alanında olduğu gibi kanun hükmü ile düzenleme altına alınmamıştır. Yukarıda izah edilen hukuki sonuçların susmaya bağlanması yargı kararları ile olmuştur. Dolayısıyla bir kimsenin bilerek ve isteyerek susmasından ve dolayısıyla güven ilkesi çerçevesinde buna hukuki sonuç bağlanmasından bahsedebilmek için kanuni bir temel bulunmamaktadır. Peki, kanuni olarak oluşacak hak mahrumiyetlerinin düzenlenmediği bir durumda suskun kalan bir kimsenin oluşacak hak kayıplarını bilerek ve isteyerek suskun kaldığından bahsedilebilir mi? Bu soruya verilecek cevap kanaatimizce olumsuzdur. Zira örneğin, bir kimsenin tapu kütüğünde malik olarak görünen kimsenin iyiniyetle taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl sürdürmesi halinde mülkiyet hakkını kazanacağı açık bir biçimde düzenleme altına alınmıştır (TMK m 712). Daha açık ifade etmek gerekirse tapu kütüğünde şeklen malik olarak kayıtlı olmayıp gerçek malik olduğunu düşünen bir kişi on yıl boyunca dava açmaz ise artık dava yoluyla şeklen malik olarak görünen kimseye karşı mülkiyet iddiasında bulunamayacağını bilmektedir veya bilmesi gerektiğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla açıkça görüleceği üzere hukuki fiiller alanında susmaya ikrar sonucunu bağlama durumu sözleşmeler alanında olduğu gibi açık bir düzenleme ile düzenlenmemiş olup aslolanın açık rıza almak olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Zira genel kural susmaya ikrar sonucunu bağlamak olsa idi olağan zamanaşımını düzenleyen TMK m 712'de “davasız” ibaresinin konulmasına gerek olmazdı. Hukuki fiillerde örtülü rızaya sonuç bağlanmak isteniyorsa sözleşmeler alanında olduğu gibi bunun kanunkoyucu tarafından açık bir düzenleme yapılması suretiyle hükme bağlanması gerekmektedir. Aksi taktirde fiili taksim olgusunda bilerek ve istenerek örtülü rıza verildiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi yönde bir iradeye sahipse susmaması gerekli ve susmayacak durumda olmalıdır. Susmama gereği dürüstlük kuralından kaynaklanabileceği gibi karşı taraf için susanın gerçekte beyanda bulunma arzusu taşımadığını bilme gereği de dürüstlük kuralına dayandırılabilir. Diğer taraftan özel kanun hükmü, işin niteliği, durumun gerekleri ve tarafların anlaşması ile de susma irade beyanı olarak kabul edilebilir⁹⁷. Şimdi çalışma

⁹⁵ Oğuzman ve Barlas (n 91) 190.

⁹⁶ Oğuzman ve Barlas (n 91) 169; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Medeni Hukuka Giriş* (15. Basi, Adalet 2023) 155; Altaş (n 92) 121. Geniş bilgi için bkz: Serozan (n 92) 313-314; Nomer ve Akbulut (n 92) 114.

⁹⁷ Oğuzman ve Barlas (n 91) 191-192; Kocayusufpaşaoğlu (n 93) 146. Ayrıca bkz: Ayan ve Ayan (n 95) 161.

konumuz için önem arz eden dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi bakımından susmanın irade beyanı olarak kabul edilip edilemeyeceğine değinelim.

Güven teorisine göre, bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilmesi için, iki unsura ihtiyaç duyulur. İlk olarak muhatabın kendisi de dürüst ve makul bir kişi gibi davranıp, somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermeli veya vermek zorunda olmalıdır. İkinci olarak, dürüstlük kuralı gereği beyan sahibine örtülü davranış irade beyanı olarak yükletilmesi gerekir. Bunun için de beyan sahibi, şartların ve dürüstlük ilkesinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermiş olsaydı, bu davranışın, muhatap tarafından bir irade beyanı olarak kabul edileceğini anlamak zorunda olmalıdır. Bu sebeple davranışta bulunan kişi, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa idi, davranışının bir irade beyanı olarak değerlendirileceğini fark edecek idiyse, bu davranış kendisine bir irade beyanı olarak yükletilmelidir⁹⁸. Güven ilkesine göre susmaması beklenen kişinin susması ona TMK m 2/I gereği irade beyanı olarak yüklenebilir⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği üzere, bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için, bunun işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarının tespit edilmesi gerekir¹⁰⁰.

Şimdi güven teorisi bakımından fiili kullanım biçimine suskun kalan paydaş/ortağın bu davranışının geçerli bir örtülü rıza beyanı olup olmadığını değerlendirelim. TMK m 693'e göre "*paydaşlardan her biri diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir*". TMK m 689/f.1'e göre ise "*paydaşlar, kendi aralarında **oybirliğiyle anlaşarak** yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin konularda kanun hükümlerinden farklı bir düzenleme yapabilirler*". Benzer bir hüküm elbirliği mülkiyetinde de mevcuttur. Gerçekten de TMK m 702/I'ye göre, "*kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği ile karar vermeleri gerekir*". Bu madde hükümleri beraber okunduğunda paydaş/ortağa diğer paydaşların/ortağın hakları ile bağdaşmayan veya bağdaşmakla beraber kendi iradesiyle fiili bir kullanım yapması noktasında diğer paydaşların oybirliği ile oluşacak rızalarının (açık veya örtülü) alınmasını emredildiğini görmekteyiz. Bir paydaşın kendi hakkı ile bağdaşmayan bir kullanıma örtülü rıza verdiğiinden bahsedebilmemiz için böyle bir kullanım yapmak isteyen paydaşın susmanın işlem iradesi içerdiğine ilişkin yeteri kesinlikte, gerçek destek noktalarını ortaya koyması aranmalıdır. Yani fiili kullanımı yapan paydaş/ortağın örtülü de olsa rıza alma yükümlülüğüne uyduğunu uygun ispat vasıtalarıyla ispat etmesi gerekmektedir. Zira örneğin bir arazinin en değerli kısmını –kendi payına

⁹⁸ Oğuzman ve Öz (n 78) 62 vd.; Eren (n 4) 121, 125; Topuz ve Canbolat (n 90) 4.

⁹⁹ Serozan (n 92) 324.

¹⁰⁰ BGE 52 II, s. 292.

isabet etse bile- ekip biçen veya ev inşa eden paydaşın kullanımı karşısında bundan bilgisi ve bu yönde isteği olmayan bir kimsenin suskun kalarak örtülü rıza verdiğiinden ve itirazında dürüst davranmadığından bahisle yasal önalım hakkını kullanmasını, el atmanın önlenmesini veya ecrimisil taleplerinden mahrum kalma sonuçlarına da rıza gösterdiğiinden bahsetmek mümkün değildir. Kanunun diğer paydaşların hakları ile bağdaşır kullanım yükümlülüğü yüklediği paydaşın buna aykırı kullanımından bilgisiz olmasının Yargıtay’ın ileri sürdüğü gibi hayatın doğal akışı ile bağdaşmadığı söylenemez. Zira sosyo ekonomik ilişkilerin arttığı günümüzde insanlar çalışma, hastalık vb. sebeplerle kendilerine miras kalan veya paydaş oldukları taşınmazın ne zamandan itibaren aykırı kullanıma maruz kaldığını bilecek ve bilmelerinin gerekecek olduğunu ileri sürmek farklı şehirlerde bulunan taşınmazlarını gün be gün takip etmeleri zorunluluğu yüklemek anlamına gelmektedir. Bu sonuç kabul edildiği içindir ki uzun süre sonra kişi fiili kullanıma karşın suskun kaldığı için mülkiyet –ve paylı mülkiyet- hakkının kendisine sağladığı en önemli hakları ileri sürememektedir. Nitekim örtülü rıza verdiği iddia edilen ortak/paydaş mülkiyet hakkının sağladığı en önemli haklardan biri mülkiyet hakkına saldırı halinde el atmanın önlenmesi (TMK m 683), semerelerden faydalanma (fructus) yetkisi bakımından ecrimisil talep etme hakkı ve paylı mülkiyetin sağladığı en önemli haklardan biri olan önalım hakkından mahrum bırakılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ecrimisil isteminin dayanağı TMK m 955 olmakla beraber ecrimisil talebinin temelinde TMK m 683 ile korunan mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Anayasanın “Mülkiyet hakkı” kenar başlıklı 35. maddesine göre; *“Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* Dolayısıyla paydaş/ortağa mülkiyetin kendisine sağladığı en önemli haklardan mahrum kalmaması için (kanunda belli edilmek suretiyle) belli bir sürede kullanıma beyan külfeti yüklenmek isteniyorsa bunun kanuni düzenleme ile yapılması gerekmektedir. Kanunda sürenin tespit edilmediği durumda ise makul sürenin beklenmesi gerekmektedir. Ezcümle mülkiyet hakkının sınırlarından birini oluşturan fiili taksim olgusu kanunla düzenleme altına alınarak, haksız veya fiili kullanım için kendisinin rızasını almak üzere bildirimde bulunan paydaşa/ortağa karşı itirazını belli sürede ileri sürmeyen paydaşın/ortağın fiili taksime rıza verdiği açık bir biçimde düzenlenmelidir. Ayrıca el atmanın önlenmesi, önalım hakkı ve ecrimisili düzenleyen kanun maddelerinde fiili taksimi düzenleyen hükümlere atıf verilmelidir.

Bununla beraber yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yüksek Mahkemenin kararlarında fiili kullanımın uzun süre devam ettiğinden bahisle fiili taksim olgusunun veya fiili kullanım biçiminin oluştuğundan bahsedilmektedir.¹⁰¹ Uzun süre kavramının net ve belirgin olmaması da mülkiyet hakkından doğan hakların ileri sürülmesi bakımından hak mahrumiyeti ile sonuçlanması bakımından hukuk güvenliğini sarsacak

¹⁰¹ Yargıtay 7 HD, 2790/3615, 4.7.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay HGK, 1235/1386, 2.10.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yargıtay 1 HD, 17139/4383, 27.3.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

niteliktedir. Fiili taksime örtülü rıza verildiğinden bahsedebilmek için paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı olarak bilgilendirme yapılmalı ancak paydaş/ortak buna rağmen suskun kalmalıdır ve paydaş ne kadar süre suskun kaldığında –aynı kazandırıcı olağan zamanaşımında öngörüldüğü gibi (TMK m 712)- mülkiyet hakkından doğan haklarını kaybedeceğini bilmelidir. Bu yapılmadığı sürece ise mahkemeler tarafından paydaşın fiili taksime yönelik örtülü rıza alındığı yani paydaşın/ortağın fiili kullanımdan haberdar edildiği ve buna rağmen suskun kalındığı noktasında uygun ispat vasıtaları ile davalının ispat etmesi aranmalıdır. Böyle bir istem yapıldığının ispat edilememesi halinde fiili taksim savunması dinlenmemesi gerekir. Zira sözleşmeler alanında bile öneriye karşı susan kişinin bu tutumu onun özensizliğine yorulabiliyorsa ve öneri sahibinin de bu güveni korunmayı hak ediyorsa susmanın ikrar (kabul) sayılabileceği kabul edilmektedir¹⁰². Buradan anlaşılacağı üzere susan kişiye öncelikle bir öneri yapılması ve onun makul sayılmayacak şekilde suskun kalması gerekmektedir. Ancak yukarıda bahsettiğimiz üzere Yargıtay uygulaması örtülü rıza verip vermediği belli olmayan bir kişinin fiili kullanıma uzun süre ses çıkarmadığından bahisle mülkiyetten (ve paylı mülkiyetten) doğan önemli haklardan mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla tüm paydaşlara ve ortaklara aslında gün be gün mülkiyetlerindeki taşınmazları kontrol etme ve aykırı kullanım varsa beyan külfeti yüklenmektedir. Bilindiği üzere taraflardan birinin hareketsiz kalmasına (susmasına) kanunen beyan etkisi tanındığında “beyan yükletisi (külfeti)” kavramından bahsedilmekle¹⁰³ beraber bu durumda yükletili kişi kanunen hareketsiz kalmasına sonuç bağlandığını bilmektedir (Örneğin TBK m 6). Mecelle’nin ünlü 67.maddesinde “Sakite bir söz isnad olunmaz. Lakin ma’rız-ı hacette sükut beyandır” denilmektedir. Yani susan kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez. Lakin söyleyecek yerde sükut etmesi ikrar ve beyan addolunur¹⁰⁴. Anlaşılmaktadır ki beyan külfeti ancak beyan muhatabının kendisinden bir karşılık beklendiği durumda söz konusu olmaktadır. Bu durum ise hiç şüphesiz fiili kullanımla ilgili kendisinden rıza almak üzere bildirimde bulunulması halinde doğmaktadır. Aynı zamanda mevcut durumda haksız olarak fiili kullanımda bulunan kişi, bu kullanımının sonuçlarının susan tarafça bilindiğini kabul etmekte haklı sayılamaz. Nitekim fiili kullanımda bulunan kişi, hukuksal ilişkiye verdiği anlamı duruma açıklık kazandırmak amacıyla susan tarafa bildiren kimse, susmaya kabul anlamı vermekte haklı sayılmalıdır¹⁰⁵. Zira kanundan veya dürüstlük kuralından doğmayan hiçbir yükümlülük veya yükletmeye hukuka uygunluk tanınmaz. Diğer paydaşların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğünü bilen paydaşın fiili kullanım biçimini bilerek suskun kalması halinde bile bu kullanım biçiminin ne zamandan itibaren oluştuğunu ve itiraz etmesi gerektiğini bilmesi gerektiğinin kabulü mümkün değildir. Bu yönüyle söz

¹⁰² Serozan (n 92) 325.

¹⁰³ Aday (n 17) 173.

¹⁰⁴ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle, (Mecelle Ahkam-ı Adliyye)* (2. Baskı, Hikmet 1979) 25.

¹⁰⁵ Susmaya ilişkin aynı yönde bkz: Aday (n 17) 181.

konusu külfetin dürüstlük kuralından kaynaklandığının kabulü TMK 693 hükmü ile de bağdaşmayacaktır. Zira bu hüküm gereği paydaş diğer paydaşların yükümlülüklerine aykırı biçimde kullanım gerçekleştirmeleri halinde onların hukuki yaptırım ile karşılaşacağına veya en azından kendisinin de hak kaybına uğramayacağına haklı olarak güvenmektedir. Öyle ki bir taşınmazın salt fiilen kullanılması kullanımın biçimi, kapsamı ve süresi hakkında karşı tarafça bilinebilecek şekilde net bilgi içermez. Örneğin yurt dışında yaşayan bir kimsenin kendi bilgisi dışında gerçekleşen kullanımın nasıl, ne zaman ve ne kapsamda gerçekleştiğini takip etme yükümlülüğüne içerisine sokulması günümüz sosyo-ekonomik koşulları içerisinde hayatın doğal akışı ile de örtüşmez. Bilinmelidir ki, sırf zamanın geçmesi külfetin temelinde yatan çelişkili davranış yasağının ihlaline de yol açmaz¹⁰⁶. Buna hukukumuzdan başka bir örnekle açıklamak gerekirse, bilindiği üzere taşınır çalınan, kaybolan veya iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet iyiniyetli zilyede karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir (TMK m 989). Ancak kötüniyetli zilyede karşı her zaman bu davayı açabilir (TMK m 991). Görüleceği üzere, üstün hak karinesine dayanan zilyet karşısında kötüniyetli zilyet korunmamaktadır. Kötüniyetli haksız zilyedin kullanımına karşı uzun süre suskun kalırsa dahi taşınır davası açıldığında itirazın dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığından bahsedilemeyecektir. Tam tersine iyiniyetli zilyede karşı ise 5 yıllık süreyle sınırlı olmak üzere beyan yükümlülüğünün (külfeti) yüklendiğini ve bunun üstün hak karinesine dayanan zilyet tarafından da bilindiğini ve bilinmesi gerektiğinden bahsetmek gerekir. Buradan hareketle, taşınmazda kendi iradesiyle fiili kullanım biçimi oluşturmak isteyen kişi, diğer paydaşın payına isabet edecek şekilde yer ölgüleme isteğinde olsa bile bu kullanıma rıza almak maksadıyla ona bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirimde ancak –kanunda öngörülecek sürede cevap alamayan paydaş/ortağın bu suskunluğunu ikrar şeklinde irade beyanı sayması artık dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı görülebilir. Kaldı ki, taksim anlaşmasına iştirak etmemiş ve kendi bilgisi dışında gerçekleşen bir kullanıma itiraz etmeyen bir kimsenin bu davranışı çeşitli iç saiklere dayanabileceği gibi, her zaman bir anlaşma yapma niyetinde olduğunu da göstermez. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz üzere, anlaşma niyetini gösteren bir örtülü rızanın varlığı anlaşılabilir ve açık destek noktaları ile ispat edilmelidir.

Sözleşmeler alanında bile kanun hükmü, işin niteliği veya durumun gereği haklı kılmadıkça suskun kalma sözleşmenin kurulmasına sebebiyet vermekte ve örtülü rızayla sözleşmenin kurulmasına tereddütte yaklaşılır iken¹⁰⁷ (TBK m 6), hukuki fiiller alanında *kıyasen* bu hüküm uygulansa bile durumun gereği yine de kendisine bildirim yapılmayan ve kanunen suskun kalma süresini bilmeyen kişi bakımından örtülü rıza verdiği kabulünü haklı çıkarmaz. Nitekim diğer paydaşın açık veya örtülü rızasını almaksızın taşınmazın tamamını veya kendi payına isabet etse bile belli

¹⁰⁶ Aday (n 17) 160.

¹⁰⁷ Aday (n 17) 163, dn. 651; Akçaal (n 62) 450.

kısmını kullanan paydaş kötünietli haksız zilyet olup aynı zamanda diğer paydaşın hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunan kişidir. Böyle bir kişiye karşı beyan külfeti ancak kanundan doğabilir. Nitekim kendisi dürüstlük kuralına ve hatta kanuna aykırı davranan bir kimseye karşı dürüstlük kuralı mekanizması işletilerek hak temin etmesine zemin kazandırılmaz. Bu itibarla kendisinin fiili taksim olgusunu ileri sürmekten dolayı önemli avantajlardan yararlanabilmesi için kendisinin de dürüstlük kuralına uygun davranıp fiili kullanımdan diğer ortak/paydaş/ları rızalarını almak için yazılı olarak bildirimde bulunması ancak buna rağmen cevap alamaması gerekir. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalım hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenebilir. Sessiz kalmasına örtülü rıza anlamı verebilmek için muhatap da dürüst ve makul bir kişi olarak somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermekte haklı sayılmalıdır. Halbuki burada fiili kullanımı gerçekleştiren paydaş kanuni yükümlülüğüne aykırı davranan ve çoğu durumda kötünietli haksız zilyet olan kişi olup, kendisinin bu durumdan kendi lehine bir sonuç çıkarabilmesi için geçerli bir örtülü rıza aldığını ispat etmesi gerekmektedir. Ancak yukarıda izah ettiğimiz üzere uygulamada haksız kullanım uzun süre devam ettiyse bu durum fiili taksime örtülü rıza verildiği anlamına gelmekte ve davacı örtülü rıza vermediğini iddia ettiğinde davalının davacı ile husumetli olduğunu belirttiği tanığın ifadesine itibar edilmektedir¹⁰⁸. Halbuki ileri sürdüğümüz görüş benimsenecek olursa davalı kullanımdan davacıya yazılı bildirimde bulunduğunu buna rağmen (-kanunda öngörülecek sürede veya makul sürede) itiraz edilmediğini ispat ettiğinde örtülü rızanın verildiği kabul edilecektir.

Sonuç

Fiili taksim olgusu açık rıza ile oluşabileceği gibi örtülü rıza (uzun süre itiraz etmeme, suskun kalma) ile de oluşabilir. Nitekim bu husus Yargıtay kararlarında da benimsenmiştir. Yasal önalım hakkı bakımından Yargıtay kararlarında benimsenen genel anlayış, her paydaşın taşınmazda kullanabileceği veya kullandığı bir kısım olmasına gerek olmadığı, buna rağmen payını devreden paydaş ile önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın kullandığı veya kullanabileceği kısım olmasının gerekli ve yeterli olduğu yönündedir. Bununla beraber fiili taksim anlaşmasında imzası olmayan ve kendisine diğer paydaşlar tarafından ayrılan yeri bizzat kullanmayıp kullanabileceği yer bırakılmış olan davacının açtığı önalım davasının da reddedildiği görülmektedir. Bu durumda kendi bilgisi ve isteği dışında oluşmuş fiili taksime iştirak etmeyen ve kendi payına isabet eden veya daha az isabet eden bir yer özgülenmiş olup o yeri bizzat kullanmayan veya başkalarına (kira vb. yolla) kullandırmayan paydaşın (davacı), alıcıya karşı açtığı önalım davasında alıcının ileri sürdüğü fiili taksim iddiası dinlenirken, kendisinin dahil olmadığı bir fiili taksim ile kendisine

¹⁰⁸ Yargıtay 7 HD, 950/2515, 11.5.2023, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın payını devralan alıcıya (davalıya) karşı açılan önalım davasında alıcının –davalıya pay satan paydaşın payına isabet eden bir yer kullanmadığından bahisle- davalı alıcının ileri sürdüğü fiili taksim iddiası dinlenmemektedir. Yargıtay kararında yer verilen gerekçe isabetli değildir. Ezcümle şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır; fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına veya daha azına isabet eden yeri kullanmayan veya kullandırmayan paydaşın fiili taksime örtülü rıza verdiği kabul edilerek paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmamaktadır. Buna karşılık fiili taksime iştirak etmeyip kendi payına isabet eden bir yer özgülenmeyen paydaşın ve bu paydaşa karşı diğer paydaş/ların paylı mülkiyete yabancı kişinin girmemesi yönündeki menfaati korunmaktadır. Halbuki bakıldığında her iki durumda da Yargıtay’ın bakış açısıyla – kanaatimizce geçerli olmayan- örtülü rıza vardır ve uzun süre her ikisi de bu kullanıma itiraz etmemiştir ancak sebebi izahatın vareste olarak her iki durum arasında korunan menfaatler arasında farklılık yaratılmaktadır. Aynı şekilde sosyo-ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı günümüzde yurt dışında yaşama, hastalık vb. sebeplerle kişilerin mülkiyet sahibi oldukları taşınmazın kimin nasıl ve tam olarak hangi andan itibaren kullandığı hususunda her an bilgi sahibi olmaları kendilerinden beklenememelidir. Hayatın doğal akışının insanlara mülkiyetinde olan taşınmazları her an kontrol etmeleri gerektiği ve bu kullanıma itiraz etmeleri gerektiği yönünde yargı yoluyla bir külfet yüklemek paydaşları diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmamakla yükümlü kılan TMK m 693/I’in anlam ve önemini kaybetmesine sebep olur. Bu yükümlülüğe aykırı davranan paydaş/ların bu kullanımlarını kanunla düzenlenmeyen bir beyan külfetinin yerine getirilmemesi sebebiyle dürüst davranma kuralına aykırı davranıldığı gerekçesi hukuka uygun hale getirmez. Üstelik kendisine az da olsa kullanabileceği kısım bırakılmış olan paydaşın bu kullanıma geçerli bir örtülü rıza verdiği bahsedebilmek için kendisine bu kullanım biçimi ile ilgili rıza almak maksadıyla yazılı bildirimde bulunulmalı ve kendisinden (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınamamış olmalıdır. Kaldı ki önalım hakkının kullanılmasını engelleyecek böyle bir külfet (yükümlülük) ancak kanunla düzenlendiğinde fiili kullanıma suskun kalan paydaş tarafından bunun sonuçları biliniyor olacaktır. Yargıtay tarafından önalım hakkı sahibi (davacı) ve payını devreden satıcının paylarına isabet eden kısımları kullanılmaları dışında taşınmazda boş kısım olması halinde de önalım hakkı sahibinin boş olan yerde hak iddia etmemesi halinde (suskun kalması halinde) önalım hakkının kullanılmayacağına hükmedilmektedir. Kanaatimizce söz konusu paydaşın boş kalan yer bakımından suskun kalması o yerdeki tasarruf hakkını satıcı paydaşa bıraktığı ve böylece önalım hakkından mahrum kalması sonucunu doğuracak şekilde örtülü rıza verdiği bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira söz konusu paydaş değil de diğer paydaş önalım davası açmış olsa idi bu sefer aynı gerekçe ile onun da önalım davası reddedilecekti. Böylece her kim önalım davası açmış ise boş kalan yer üzerindeki tasarruf hakkını diğerine terk etmiş

sayılacak ve önalım davası reddedilecektir. Böyle bir durumun hiç şüphesiz hukuk mantığı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkardığı aşıkardır.

El atmanın önlenmesi davası bakımından ortağın/paydaşın başka bir ortağa karşı açtığı davada Yargıtay uygulaması öncelikle ortaklar/paydaşlar arasında harici bir taksim sözleşmesinin bulunup bulunmadığının anlaşılması, eğer bu yoksa aralarında kullanıma ilişkin bir anlaşmanın veya fiili bir kullanma biçiminin olup olmadığının tespit edilmesi yönündedir. Yargıtay kullandığı bir yer olmamasına rağmen kendisine kullanabileceği az veya çok yer bırakılan davacı paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasında fiili kullanma biçimi oluşmadığını belirterek açtığı el atmanın önlenmesi davasının reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir. Dolayısıyla fiili taksime iştirak etmemiş olup kendisine az da olsa bir kısım bırakılmış olan paydaşın/ortağın bu kullanımın uzun süre devam etmesi halinde örtülü rıza verdiğinden bahsedilerek açacağı el atmanın önlenmesi davaları reddedilecektir. Kanaatimizce paydaş/ortağa az veya çok kullanabileceği bir alan bırakılması ve uzun süre onun tarafından itiraz edilmemesi örtülü rıza verildiği anlamına gelmemektedir. Zira bir kimsenin kendisine bırakılan az yere kanaat ederek, el atmanın önlenmesi davasından feragat etmesi sonucunu doğuracak bu çözümün kabulü hayatın doğal akışına da terstir. Kaldı ki TMK m 689/I'e göre açık veya örtülü rıza alma yükümü böyle bir haksız kullanımı gerçekleştirecek olan paydaş/ortağa aittir. Zira o paylı mülkiyette TMK m 693/I'e göre diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan kullanımda bulunmama ve elbirliği mülkiyetinde TMK m 702/II'ye göre diğerlerinin onayı bulunması koşulu ile ortaklık malını kullanmakla yükümlü olan kişidir.

Bununla beraber kendisine payına isabet eden kısımdan daha az yer bırakılan paydaşın el atmanın önlenmesi talebinin engellenmesine karar verilebilmesi için kanuni bir düzenleme bir bulunmalıdır. Zira böyle bir fiili kullanma biçiminin mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası açma hakkını ortadan kaldırmaması için AY m 35 gereği kanuni düzenlenmenin varlığını gerekli kılmaktadır. Kendisine az da olsa yer bırakılan paydaşın/ortağın bu kullanım için açık veya örtülü rıza verdiğini kullanımda bulunan paydaştan ispat etmesi aranmaması da TMK m 689/I hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira anılan hükme göre, paydaşlar kullanma ve yönetim bakımından kanundan farklı bir düzenlemede bulunmak isterlerse bunu oybirliğiyle anlaşarak yapmaları gerekmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere burada anlaşmanın sağlandığını yani açık veya örtülü rıza alındığını ispat yükü fiili kullanımda bulunacak paydaşın üzerindedir. Kaldı ki hukuki fiiller alanında geçerli bir şekilde alınmış örtülü rızanın ikrar sonucu doğuracağı da kanunda düzenlenmiş değildir. TBK m 6 hükmünün kıyasen uygulanacağı kabul edilse bile, geçerli bir örtülü rızadan bahsedebilmek için bu kullanımı gerçekleştirecek paydaşın/ortağın diğer paydaş/ortak/lara rıza almak maksadıyla bildirimde bulunması ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alamamış olması gerekir.

Yargıtay, taşınmazda payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı veya az yahut çok kullanabileceği kısım olması halinde, kullandığından/kullanabileceğinden daha fazlasına hakkı olduğunu iddia eden davacı mirasçının/paydaşın ecrimisil talebini ise kabul etmemektedir. Hatta Yargıtay paydaşın diğer taşınmazın tamamını kullandığı ve aradan uzun süre geçmediği hallerde de Yargıtay, diğer paydaşın açtığı el atmanın önlenmesi davasını payı oranında kabul etmekte ve intifadan men koşulu gerçekleşmediğinden ecrimisil talebini reddetmektedir. Bu durumda aradan uzun zaman geçmemiş -ve hatta geçmiş olsa bile -olduğu için kullanımı yeni öğrenen paydaşın intifadan men koşulu aranması TMK m 995 hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira anılan hükümde kötüniyetli haksız zilyedin haksız kullanımına karşılık tazminat talep edilebilmesi için intifadan men edilmesi koşulu bulunmamaktadır. Doktrinde paydaş/ortaklar arasında ecrimisil talep edilebilmesi için intifadan men şartı aranıp aranmaması gerektiği meselesi tartışmalıdır. Kanaatimizce fiili taksimin açık rızaya (anlaşmaya) dayandığı durumlarda hukuki sorun bulunmamaktadır. Uygulamada diğer paydaşın kullanıma uzun süre sessiz kalması halinde zımni muvafakat (örtülü rıza) oluşacağından bahisle intifadan men koşulu aranmakta ise de kanaatimizce hukuki fiillerde de örtülü rızanın gerçek ve yeterli destek noktalarının belirlenmesi gerekir. Diğer ortak/paydaş/ların açık veya örtülü rızalarının alındığını ispat yükü davalı malike ait olmalıdır. Örtülü rızanın verildiği uygun ispat vasıtaları ile ispatlanması aranmalıdır. Bunun içinde öncelikle fiili kullanımın diğer paydaşa yazılı olarak bildirilmesi ve (kanunda belirlenecek sürede veya makul sürede) cevap alınamazsa örtülü rıza verildiğinden bahsedilerek intifadan men şartı aranmalıdır. Aksi taktirde fiili kullanıma salt sessiz kalınması fiili kullanımın kanaatimizce geçerli olmayan bir örtülü rızanın varlığına dayandığını gösterdiği için intifadan men şartı aranması isabetli değildir. Nitekim sözleşmeler alanında bile öneren, kural olarak önerisi uygun bir sürede reddedilmediği taktirde sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m 6). Açıkça görüleceği üzere, sözleşmenin kurulmuş sayılması için öncelikle bir öneri olmalı ve buna karşılık sessiz kalınması gerekmektedir. Benzer bir uygulama fiili taksim hususunda aranması gerekmektedir. Kaldı ki kanunda olmayan bir şartın paylı mülkiyette paydaşlar veya elbirliği mülkiyetinde ortaklar bakımından yeterli hukuki gerekçe olmaksızın yaratılmasını isabetli bulmamaktayız. Nitekim açık veya örtülü oybirliği ile yapılan anlaşma sağlanmasını emreden TMK 689/I hükmü karşısında açık veya örtülü rıza aldığını ispat yükü haksız kullanımı gerçekleştiren zilyede aittir. Böyle bir rızanın olmadığını ispat etme yükümünün -bir şeyin yokluğunu ispat etmenin imkansızlığı hukuk mantığının bir önermesi olduğu için- diğer paydaş/ortaklar üzerinde bırakılması düşünülemez. İşte intifadan men şartı böyle bir rızanın verilmediğinin ispatını diğer paydaştan beklenmesinin sonucudur. Uygulamaya göre kanuni düzenlemenin mevcut olmadığı bir durumda ise paydaş/ortağa fiili kullanımı sürekli yapılacak kontrol ile tespit etme ve sınırı belli olmayan kısa bir sürede beyan külfeti yüklemek davacı paydaşın kullanımdan

bilgisi olduğu ve ses çıkarmadığını tanıkla ispat etme kolaylığının sağlanması isabetli değildir. Zira hayatın doğal akışı veya kanun paydaş/ortağa fiili kullanımın olup olmadığını kontrol etme, hangi andan itibaren fiili kullanım olduğunu tespit etme ve kısa bir sürede beyan külfeti yüklememektedir. Tam aksine kanun paydaşlar arası taşınmazı kullanma ve yararlanma konusunda oybirliği ile anlaşma sağlanmasını salık vermektedir (TMK m 689/I). Böyle bir durumda haksız veya haklı (taşınmazın tamamını veya payına isabet eden yeri) kullanım yapmak isteyen paydaşa açık veya örtülü rıza alma yükümü yüklediği açıktır. Aynı şekilde hayatın doğal akışına göre de diğer paydaş/ların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanım ve yararlanmada bulunma yükümlülüğü olduğunu bilen paydaşın fiili kullanımın ne zamandan itibaren oluştuğunu bilmek zorunda olduğu söylenemez. Kaldı ki örtülü rızanın verildiği ise paydaş/ortağa yazılı bildirimde bulunulduğu ve (kanunda öngörülecek veya makul sürede) cevap alınmadığı hallerde kabul edilebilir. Diğer paydaşların kendi hakkıyla bağdaşmayan kullanımda bulunmama yükümlülüğünü bilen paydaşın fiili kullanım biçimini bilerek suskun kalması halinde bile bu kullanım biçiminin ne zamandan itibaren oluştuğunu ve itiraz etmesi gerektiğini bilmesi gerektiğinin kabulü mümkün değildir. Zira kendisi diğer paydaşların yükümlülüklerine aykırı davranması halinde onların hukuki yaptırım ile karşılaşacağına haklı olarak güvenmektedir. Sessiz kalmasına örtülü rıza anlamı verebilmek için muhatabın da dürüst ve makul bir kişi olarak somut olayın koşulları içinde bildiği ve bilmesi gerektiği tüm durumları göz önünde bulundurarak, böyle bir davranışa irade beyanı anlamı vermekte haklı sayıldığı anlaşılmalıdır. Halbuki burada fiili kullanımı gerçekleştiren paydaş kanuni yükümlülüğüne aykırı davranan ve çoğu durumda kötüniyetli haksız zilyet olan kişi olup, kendisinin bu durumdan kendi lehine bir sonuç çıkarabilmesi için geçerli bir örtülü rıza aldığını ispat etmesi gerekmektedir.

Son olarak Yüksek Mahkemenin kararlarında fiili kullanımın uzun süre devam ettiğinden bahisle fiili taksim olgusunun veya fiili kullanım biçiminin olduğundan bahsedilmektedir. Uzun süre kavramının net ve belirgin olmaması da mülkiyet hakkından doğan hakların ileri sürülmesi hakkından hak mahrumiyeti ile sonuçlanması bakımından hukuk güvenliğini sarsacak niteliktedir. Fiili taksime örtülü rıza verildiğinden bahsedebilmek için paydaş/ortağa rızası alınmak üzere yazılı olarak bilgilendirme yapılmalı ancak paydaş/ortak buna rağmen suskun kalmalıdır ve paydaş ne kadar süre suskun kaldığında –aynı kazandırıcı olağan zamanaşımında öngörüldüğü gibi (TMK m 712)- mülkiyet hakkından doğan haklarını kaybedeceğini bilmelidir. Bu yapılmadığı sürece ise mahkemeler tarafından paydaşın fiili taksime yönelik örtülü rıza alındığı yani paydaşın/ortağın fiili kullanımdan haberdar edildiği ve buna rağmen suskun kalındığı noktasında uygun ispat vasıtaları ile davalının ispat etmesi aranmalıdır. Ancak bu taktirde sessiz kalan paydaşın yasal önalım hakkını kullanması, el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talepleri TMK m 2/II yoluyla önlenebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Aday N, *Özel Hukukta Yüklenli Kavramı ve Sonuçları* (1. Baskı, Beta 2000).
- Akbiyık C, 'Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları' *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan* (On İki Levha 2020) 1-22.
- Akbulut P E, 'Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığında)' (2018) 16 (181) *Legal Hukuk Dergisi* 69-101.
- Ak B, *Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2020).
- Akçaal M, *Eşya Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2023).
- Akçaal M, 'Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı' (2022) (2) *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi* 440-493.
- Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Eşya Hukuku* (2.Baskı, İstanbul 2018).
- Akyol Ş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, I* (Filiz 1995).
- Altaş H, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. m. 1-7)* (2. Bası, Yetkin 2020).
- Antalya G, *Eşya Hukuku Cilt II Zilyetlik* (Legal 2018).
- Ayan M, *Eşya Hukuku- II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016).
- Ayan M ve Ayan N, *Medeni Hukuka Giriş* (15. Bası, Adalet 2023).
- Baş Süzel E, *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-* (1. Baskı, Onikilevha 2015).
- Berberoğlu Yenipınar F, *Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları* (Aristo 2021).
- Berki A H, *Açıklamalı Mecelle, (Mecelle Ahkam-ı Adliyye)* (2. Baskı, Hikmet 1979).
- Çelik Ö F, 'Fiili Taksim Halinin Yasal Önalım Hakkına Etkisi' (2021) 18 (2) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1131-1154.
- Eren F, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı' (2008) 12 (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 103-126.
- Erkan U, *Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı (MK. Md. 732,733,734)* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Ana Bilim Dalı Yüksek lisans tezi (Ankara 2006).
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Der 2023).
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, (11. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi 2014).
- Ertaş Ş, Cumalıoğlu E ve Serdar İ, *Eşya Hukuku* (Barış 2017).
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (7. Baskı, Yetkin, 2017).
- Feyzioğlu F N, *Şuf'a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959).
- Karahasan M R, *Gayrimenkul Hukuk Davaları* (İstanbul Matbaası 1974).

- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme* (6. Bası, Filiz 2014).
- Larenz K ve Wolf M, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9. Auflage, C.H. Beck 2004).
- Nomer H N ve Akbulut P E, *Medeni Hukuka Giriş* (8. Bası, Filiz 2023).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Onikilevha 2023).
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami; *Medeni Hukuk*, 29. Bası, İstanbul, 2023.
- Oğuzman M.K ve Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1* (21. Bası, Vedat 2023).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay- Özdemir S, *Eşya Hukuku* (19. Baskı, Filiz 2016).
- Özaltuğ A, ‘Ecrimisilin Hukuki Niteliği’ (2021) 18, (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1408-1422.
- Özdek Y, ‘Önalımda (Şuf’ada) Vazgeçme ve Bir Yargıtay Kararı’ (1985) 3 (3) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-369.
- Özçelik Ş B, ‘Fiili Taksim Halinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılmayacağı Yönündeki Yargıtay Uygulamasının Değerlendirilmesi’ (2019) 141 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 253-264.
- Özenli S, *Uygulamada Önalım Davaları* (Kazancı 1984).
- Ruhig Hubert, *Die Nebenpflichten im Schuldrecht* (Diss 1968)
- Sayımlar Z, ‘Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim’ (2015) (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı 627-652.
- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (9. Bası, Oniki Levha 2022).
- Sirmen A. L, *Eşya Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2021).
- Taman Şıpa Ş, *Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659)* (Alfa 1994) Tekinay S S, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1* (Filiz 1988).
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet* (5. Bası, Filiz 1989).
- Topuz S ve Canbolat F, ‘Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi’ (2011) 1 (1) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.
- Ünal M ve Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili* (11. Bası, Savaş 2020)
- Yavuzaslan C, *Ecrimisil* (Filiz 2017).
- Yücedağ N, ‘Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arasında Ecrimisil Talep Edilmesi İçin Gerekli İntifadan Men Şartı ve Bu Şartın İstisnaları’ (2023) 18 (212) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-197.