

Türkiye Barolar Birliği Dergisi

SAHİBİ

Türkiye Barolar Birliği
Başkanı
Av. Dr. Eralp ÖZGEN

YAYIM KURULU

Başkan
Av. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Yayın Sorumlusu

Av. Talay ŞENOL

Yayın Sekreteri

Av. Nebile KISA

Üyeler

Av. Visalettin PEKİNER
Av. Atilla ELMAŞ
Av. Zeynep TEKİN
Av. Nuri KILIÇ
Av. Canan DAGISTAN

1996

Sayı : 2

Fiyatı : 200.000 TL.
Dört ayda bir yayınlanır.

İçindekiler

DOKTRİN VE MESLEK YAZILARI

Medeni Yargıda İnsan Hakları
Prof. Dr. Ejder YILMAZ 149-167

Tüketicinin ve Rekabetin Ko-
runması Bakımından Gazete
Promosyonları
Av. c. Murat BAYKAL 168-202

Paydaşıktan Çıkarma Davası
İle İlgili Bir Hukuk Genel Kurulu
Kararı Hakkında Düşünceler
Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN 203-243

Birlik Çalışmaları

TBB'nin Kuruluşu'nun 28. Yıl-
dönümü Nedeni İle Yayınlanan
Bildiri 246-250

- Baro Başkanları Kamuoyu
Duyurusu 251-252

- TBB Başkanı Avukat Eralp
ÖZGEN'in 9.11.1996 Günü
Yapılan Baro Başkanları Top-
lantısı Açış Konuşması 253-256

- TBB'nin 22.11.1996 tarih,
2278/59 No.u Genelgesi 257-264

Avukatın Disiplin Hukuku 265-278

Yüksek Mahkeme Kararları 281-301

Yargıtay'dan Duyuru 303-304

PAYDAŞLIKTAN ÇIKIRMA DAVASI İLE İLGİLİ BİR HUKUK GENEL KURULU KARARI HAKKINDA DÜŞÜNCELER (M.K. m. 626/a)

Doç. Dr. Etem Saba ÖZMEN (*)

1- ARAŞTIRMANIN SUNUMU

Söze araştırmamı hukuk genel kurulunun bu kararı ile büyük haksızlığa uğradığına inandığım Şaban Göze'ye ithaf ile başlıyorum.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1996/6-300 Esas ve 1996/506 sayılı kararı oybirliği ile vermiş bulunmaktadır. M.K'un 626. Maddesi ile ilgili olarak verilmiş bulunan bu karara eleştiriler getireceğiz. 1991 yılında yürürlüğe girmiş bu madde ile ilgili olarak ilk olduğunu zannettiğimiz bu genel kurul kararında içtihad olma sonucu benzer uyuşmazlıklarda gözönüne alınmayı gerektirecek özellikler bulunmamaktadır. Çünkü, genel kurul, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin yanlışlarla ve eksikliklerle dolu gerekçesini aynen aktarmak suretiyle bu olumsuz özellikleri paylaşmıştır. Paydaşlıktan çıkarma davasına bağlı olarak gerek maddi koşullarının saptanmasında gerekse bir karardan beklenen gerekçe doyuruculuğuna sahip bulunmayarak eksikliklerle dolu olan bu karar bizi bu araştırmaya yöneltmiş bulunmaktadır.

Bu dava ile ilgili olarak hukuki mütalaa vermiş olmamın sorumluluğu ve nedense bilimsel araştırma yapanlara ve bilimsel araştırmalara karşı yüksek mahkemede yerleştiğine inandığımız antipatinin verdiği üzüntü ile bu karar tahlilini yapma zarureti

(*) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

doğmuştur. Çünkü M.K. 626. maddesinde düzenlenen Paydaşlıktan Çıkarma konusunda ilk esere (1) sahip olmanın - ki mehazı oluşturan İsviçre öğretisinde sonuçlar ışığında bu kararın analiz edeceğiz. Araştırma ilk olarak davaya konu kanuni düzenlemenin açıklanması ile başlayacaktır. Daha sonra davada taraf iddialarına yer vereceğiz. Bunu takiben davanın seyrine bağlı olarak alınan kararlara yer verecek ve sırası ile mahkeme kararı, Yargıtay bozma ilamı ve Huku Genel Kurulu kararlarını aynen aktaracağız. Araştırmayı tüm bu kararlara ilişkin eleştirilere değinerek tamamlayacağız.

II. PAYDAŞLIKTAN ÇIKARMA DAVASINA İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEME

Müşterek mülkiyet (Miteigentum), M.K. muzda aynı hakların düzenlediği 4. kitapta (Sachenrecht) "mülkiyet" (Eigentum) 1. Kısımda (M.K. m. 618; ZGB. Art 641) "birden ziyade kimselerin bir şey üzerinde mülkiyeti" başlığı altında "iştirak halinde mülkiyetle" (Gesamteigentum) birlikte düzenmiş bulunmaktadır. (M.K. m. 623 628; ZGB. Art 646-654)

M.K.umuzun anılan hükümlerinin yetersizliği bu gün artık herkesçe kabul edilir bir olgudur. Mehaz kanun açısından aynı yöndeki yetersizlik ve sakıncalar ile birlikte günün gelişen koşullarına bağlı olarak doğan yeni ihtiyaçlar İsviçre kanunkoyucusunu bu konudaki hükümlerde büyük çapta değişikliğe itti.

Bu amaçla Mart 1963 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile medeni kanunda müşterek mülkiyeti de kapsayan değişiklikler kabul edilmiştir. İşte tahlilimizi oluşturan paydaşlıktan çıkarma davasına da, bu değişiklik ile kabul edilen ZGB Art. 649/b ve 649/c hükümleri esin kaynağı olmuştur.

Bu vesile ile Türk hukukunda, kaynağı İsviçre Medeni Kanunu olan yeni bir gelişmeye değinmek istiyoruz. Şöyle ki, M.K.umuz gerek eskiyen dili gerekse kabulünden bu yana geçen uzun yıllar

(1) ÖZMEN, E. Saba: Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992.

karşısında çağın gereklerine uymama özelliği ile hep tümü ile hep tümü ile gözden geçirilerek yeni bir kanun yaratma özlemlerine konu olmuştur. 1971 yılında Adalet Bakanlığınca yayımlanan Türk Medeni Kanunu öntasarısı ve gerekçesi ile 1984 tarihli ve yine aynı kurum tarafından aynı isimle yayımlanan ve bundan böyle M.K.Ö.T. şeklinde kısaltacağımız metinler buna en canlı örneklerdir (2).

Ancak bu olumlu gelişmelerin sonrasında her iki tasarının kaderi de raflarda tozlanmak olmuştur. Ancak, 1984 T.li M.K.Ö.T.nın yayımlanmaktan ibaret kalan etkisi yeni bir gelişme göstermiştir. Son yıllarda M.K.umuzun tümü ile değiştirilmesi arzusu şimdilik sönmüş; bunun yerine kısım kısım değişiklik ve ilaveler yapılmaya başlanmıştır.

M.K.Ö.T.ndan esinlenilerek gerçekleşen değişikliklerden kısmi de olsa köklü olarak nitelendirebileceğimiz 4.5.1988 T.li 3444 sayılı kanunu takiben konumuzla doğrudan ilgili hükümlerin yer aldığı hayli uzun bir isme sahip 3678 sayılı kanun müşterek mülkiyet açısından beklenen ilk olumlu adımdır.

Bu kanunun maddelerine dayanarak yapılan değişiklikte ilgili maddeleri aynen yazalım:

Hissedarlıktan çıkarılma,

Madde 626/a - Kendi tutum ve davranışları veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışları ile diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlal eden hissedar, bu yüzden onlar için müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmişse mahkeme kararıyla hissedarlıktan çıkarılabilir.

Davanın açılması, aksine bir anlaşma yoksa, hissedarların hem hisse hem de sayı bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlıdır.

(2) Tasarıların tarihçesi hakkında bk., 1984 T.li MKÖT, s. III-IV.

Hakim, çıkarma talebini haklı gördüğü takdirde, çıkarılacak hissedarın hissesini karşılayacak kısmı maldan ayırmak mümkün ise bu ayırmayı yaparak ayrılan parçanın müşterek mülkiyetten çıkarılana tahsisine karar verir.

Aynen ayrımı mümkün bulunmayan maldaki hissenin dava tarihindeki değeri ile kendilerine devrini isteyen hissedar veya hissedarlar bunu hissedarlıktan çıkarılma talebi ile istemek zorundadırlar. Hakim, hükmünden önce re'sen tayin edeceği münasip bir mehil içinde hisse değerinin tediye veya tevdiine karar verir. Davanın kabulü halinde hissenin talep eden adına tesciline hükmolunur.

Hisseyi karşılayacak kısım maldan aynen ayrılması mümkün olmaz ve bu hisseye talip olan hissedar bulunmazsa hakim, davalıya hissesini temlik etmesi için bir süre tayin eder ve bu süre içinde temlik edilmeyen hissenin açık arttırma ile satışına karar verir. Satış kararı cebri icra yoluyla paraya çevirmeye dair hükümler uyarınca yerine getirilir.

Diğer hak sahiplerinin çıkarılması,

Madde 626/b – Bu hissedarın çıkarılmasına dair hükümler, kıyas yoluyla intifa veya diğer bir ayni hak veya tapuya şerh edilmiş kira gibi şahsi hak sahibine de uygulanır. Şu kadar ki, devri caiz olmayan hakkın uygun bir tazminat karşılığında sona ermesine karar verilir.

Anlaşılacağı gibi, malvarlığına dahil bir ayni hakka medeni hukuk sistemimiz de pek de alışık olmadığımız biçimde son verildiğini görüyoruz. Hal böyle olunca kanuni düzenlemede, yoruma bağlı çok sayıda boşluk ile hakimin çok geniş takdir yetkisine yolaçan hacimde bir metin ortaya çeşitli sakıncalar doğurmaktadır. İsviçre / Türk hukuku açısından gözden uzak tutulmaması gereken bir husus olarak müşterek mülkiyet konusunda Alman Medeni Kanunu (B.G.B) ile dayanan ortak temellerdir. Her ne kadar müşterek mülkiyette paydaşıktan çıkarmaya yer verilmemişse de bir üst paragrafta andığımız boşlukların yorumlanmasında ve konumuzla ilgili olarak ortaya çıkacak ana sorunlarda Alman öğretisinden yararlanmak gere-

kecektir (3). Kaldı ki, hemen belirtelim, tıpkı bizim K.M.K. m. 25 hükmünde olduğu gibi Alman (WEG §18) ve Avusturya (WEG §10) kat mülkiyeti kanunları benzer uygulamaya yön vermiştir (4).

Yeri gelmiş iken hemen belirtelim, kanunda "kat mülkiyetinin devri mecburiyeti" olarak düzenlenmiş bu kuruma bağlı bilimsel ve yargısal içtihatlardan yararlanmamız elzem olacaktır. Çünkü, yükümlülük ihlali ve buna bağlı çekilmezlik koşullarının birarada arandığı bir dava hakkında aksi düşünülemezdi. Bu noktada kanuni düzenleme başlığı altında eleştirisel bir saptama yapmak gerekirse M.K.m. 626/a hükmünde K.M.K. m. 25/III. fıkradan, olduğu gibi, çekilmezliğin her halde mevcut sayılacağı nedenlerin sayılmamış olması eksiklik olmuştur. Özellikle, mali yükümlülüklerin ihlalinin alışkanlık halini alması gerektiği düşünülecek olursa, somut olarak bazı mutlak çekilmezlik hallerinin belirtilmiş olması halinde daha başarılı bir metin elde edilmiş olacaktır (5).

Kanuni düzenleme konusunda son olarak değinmek istediğimiz benzer bir dava olarak aynı kanun değişikliğinin eseri "üst hakkının süresinden önce devri talebi"dir. Buna göre, "üst hakkı sahibi bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal ederse, malik üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir" hükmü getirilmiştir. O halde açıkça görülebileceği gibi, kanunkoyucu karşılıklı iddialarda bulunan kişilerin yükümlülük ihlallerine bağlı olarak oluşturdukları birlik ilişkisinden uzaklaştırılmasına imkan verecektir. İşte, karar tahlilimize konu uyuşmazlıklarda M.K. 626/a

(3) Bu gereğe işaret eden yazar için bkz., HAAB Robert/SIMONIUS August/SCHERRER Werner: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, Art, 641-729, Zurich 1977, Vor, Art, 464-654, Nr. 15.

(4) Bu konuda bk., Schneider, s. 152; İsviçre Kat Mülkiyeti (Das Stockwerkeigentum; ZGB. Art 712/a-712/t) müşterek mülkiyet payları üzerine medeni kanunda yer aldığı için anılan maddelerde ayrıca kat mülkiyetinden çıkarılma düzenlenmemiştir.: Ayrıca bu konuda bk., MULLER Kurt; Der verwalter von Liegen schaften mit Stockwerkeigentum, Bern 1965, s. 36; RUETSCHIPETER Tina: Das Schweizerische Stockwerkeigentum, Auf. 5, Zurich, 1980, s. 28-29.

(5) Kanun tasarısı halinde iken Arpacı da haklı olarak bu hususa işaret etmiş bulunmaktadır; bk., Arpacı, Müşterek, s. 94.

maddesine dayalı olarak yükümlülük ihlallerinden ötürü müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiği öne sürülerek dava açılmıştır. Bu dava en son Hukuk Genel Kurulu'nun formül bir kararı ile reddolunmuştur. Alt başlıklar altında bu sürece bağlı mahkeme kararlarını analiz edeceğiz.

III. DAVAYA KONU TAŞINMAZ VE MÜŞTEREK MÜLKİYET BİRLİĞİ

M.K. 626/3 maddesi, taşınır taşınmaz ayrımı yapılmaksızın, tüm mülkiyet konusu nesnelere uygulanabilecektir. Davanın zaruri ön koşulu, müşterek mülkiyet birliğinin varlığıdır.

Bu bağlamda dava konusu taşınmaz, kat mülkiyetine konu bir anagayrimenkulde 24/120 arsa paylı, deposu ve asma katı bulunan dükkan nitelikli bir no'lu bağımsız bölümdür. Davalı ve davacı bu taşınmaza müştereken 1/2 pay oranı ile malik bulunmaktadır. Başka bir ifade ile, dava konusu uyuşmazlık iki kişilik müşterek mülkiyet birliğinden kaynaklanmaktadır.

İşte bu taşınmazla ilgili olarak M.K.un 626. maddesine dayanılarak paydaşlardan biri diğerine bu hükmün uygulanmasını talep ile dava açmıştır.

IV. TARAF İDDİALARININ ARAŞTIRMAYA ESAS ÖZETİ

A- DAVA DİLEKÇESİNDE YER ALAN İDDİALAR

Davacı, yukarıda belirttiğimiz bağımsız bölüm ile ilgili olarak davalı ile 1/2 pay oranında müşterek malik olduklarını, dava tarihinden önce bir kollektif şirketinin eşit şekilde ortağı olduklarını; davalının tutum ve davranışları karşısında davacının kollektif şirket ortaklığından ayrıldığını belirterek, dava konusu taşınmazın dava konusu taşınmazın 01.05.1988 tarihli kira sözleşmesi ile davacının ayrıldığı şirkete kiralandığını belirtmiştir.

Bu sözleşme davalı tarafından davacının vekili ile birlikte hem kiralayan olarak hem de kollektif şirketin tek yetkili temsilcisi sıfatıyla imzalanmıştır. Davacı, bu hukuki olguya bağlı olarak davalı bir anlamda kendi kendisi ile akit yapmış demektir.

Ayrıca, davaya esas iddia olarak, davalının kollektif şirketi eski ünvanını ve davacının da ismi bulunan marka tescil belgesini kullanarak ihracat yapıp, kazanç sağladığını ileri sürmüş ve bu hususta ceza davası dosyasını ve davalının ikrarını içeren duruşma tutanağını ibraz etmiştir.

Yapılan kira aktinin hukuki sonuçlarının hep kendi aleyhine olduğunu ileri süren davacı, tüzel kişiliğin paravan olarak kullanılıp, davalının kiralayan olarak kullanacağı hakların kullanılmasına engeller çıkardığını belirterek, somut şu iddialarla yükümlülük ihlallerinin olduğu iddia edilmiştir.

Davalının, bu kira sözleşmesi ilişkisinde hiç bir zaman kiralayan sıfatı ve müşterek malik sıfatıyla hareket etmediği; kendi kendisi ile akit yapma alışkanlığını sürdürerek, kendi kurmuş olduğu, ortakları kendi aile fertlerinden oluşan ve aynı zamanda temsilcisi ve tek söz sahibinin de kendisi bulunduğu iki ayrı şirkete dava konusu müşterek mülkü kullandığı ve kiraya verdiği ileri sürülmüştür. (Bu durum davalı tarafından vergi dairesi, belediye, ticaret siciline verilen belgelerle ispatlanmak istenmektedir.)

Davalının kiracı olarak 6570 sayılı kanun uyarınca yetkili olmadığı halde alt kira ile taşınmazı başkalarına kiraladığı;

Ayrıca, müşterek malik olarak, önemli yönetim işi (daha ziyade mühim idari tasarruf; M.K.un 624/III fıkra) olarak paydaşların birlikte karar verebileceği kullandırma veya kiralama aktini tek başına davacının muvafakati olmadan yaparak bu yoldaki kuralı ihlal ettiği için kendisine karşı M.K.un biliştirak idare konusundaki yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.

Bu fiile bağlı olarak, bu sözleşmelerin hukuki semere olarak gelir getirmesi gerekirken, davacının semere elde hakkından mahrum edildiğini ve böylece bir diğer yükümlülük ihlalinin olduğu ileri sürülen diğer bir iddiadır.

Davalının başka yükümlülük ihlallerine örnek olarak taşınmazda kiracının sahip olmadığı yetkileri müşterek malik olarak kullanarak tadilatlar ve değişiklikler yapmış olduğu; bu yönetim

işlerinin, esaslı tamirat ve tadilat icrası olarak (M.K. m. 624/II) iki kişilik müşterek mülkiyet birliğinde yapılacak idari işlerden olduğu ileri sürülerek bu hususa riayetsizliğin yükümlülük ihlali oluşturacağı belirtilmiştir

Davalının, uyuşmazlık konusu kira aktine dayanarak açılmış bulunan kira tespit davalarında iyiniyetli davranmadığı, devamlı kiracı gibi hareket etmediği, Pyramid markasının davacıya ait bir marka olmasına rağmen bu markanın davalı tarafından hukuka aykırı olarak kullanıldığı belirtilmiştir.

Bu ihlallere bağlı olarak yapılmış bir dizi ihtarname, dava dosyaları delil olarak ileri sürülmüştür.

M.K. m. 626 hükmünce aranan koşullardan biri olarak "yükümlülüklerin ağır ihlali"nde davalının anılan ihlalleri kötü niyet ve kasıt ile işlendiği ileri sürülerek bu fiillerle müşterek mülkiyet ilişkisinin çekilmez hale gelmesinde illiyet bağının varlığının tartışmasız olduğu öne sürülmüştür.

Ayrıca, davacı davanın kabul edilmesi halinde taşınmazın aynen taksimi olanağının bulunmaması nedeniyle davalıya ait 1/2 payın hakkaniyete uygun olarak saptanacak dava tarihindeki değerini ödeyeceklerini beyanla devrini talep etmiştir.

"Sonuç ve istem" başlığı altında, davalıdan kaynaklanan ortaklığın çekilmez hale gelmesi sebebi ile M.K. 626/a maddesi gereğince davalının paydaşlıktan çıkarılmasına ve davalının 1/2 payının davacıya devredilmesine, davanın sonuna kadar taşınmazdaki 1/2 davalı payının başkalarına devrini önlemek amacıyla tapu kaydına ihtiyati tedbir konulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

B- DAVALI CEVAPLARI

1- Davalı, davacının sıfatına ilişkin itirazında davacı olarak husumet yöneltebilmesinin mümkün olamayacağını ileri sürülmüştür. Bu iddiaya gerekçe olarak, M.K. 626/a maddesinin 2. fıkrasında davanın, hissedarların hem hisse hem de sayı bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlı olacağını; 1/2 paya sahip olan diğer paydaşın ve paydaş bütünlüğüne sahip olama-

yacağından davanın esasına girmeden reddi gerekeceği ileri sürülmüştür.

2- Esasa ilişkin itirazlar kapsamında, davalı olarak kira aktini kendi kendileriyle yapmış oldukları şeklindeki davacı iddiasının Türk Ticaret Kanununca, şirketin ayrı bir kişiliğe sahip olduğunu bu nedenle iddiaların geçerli olmadığını ileri süren davalı ayrıca davacının ileri sürdüğü haksız rekabete ilişkin ceza davasının beraetle sonuçlandığını; Ticaret Mahkemesinde açılan davanın da reddolunduğunu,

Davalı savunması kapsamında kira sözleşmesinin karşılıklı irade ile beyanları imzaladığını; davalının kira aktinden doğan her türlü hakkını kullanmasının doğal olduğunu; kira bedellerinin bağımsız mahkemelerce tespit edildiğini; buna dayalı olarak kiracıya tanınan itirazların doğal bir hak olarak kullanıldığını; bu konuda doğan yakınmaların kira aktinden doğduğunu; kira parasından doğan yargı kararlarına saygılı olmakla davalının diğer hissedarlara karşı ağır kusurlu olmasının mümkün olamayacağını; bu konuda tek yolun izale-i şuyu davası açılması olduğunu; buna rağmen davacının davalının kişilik haklarını rencide ettiğini belirterek davanın esastan reddine karar verilmesini talep etmiştir.

V- DAVANIN GÖRÜŞÜLMESİ SIRASINDA VERİLEN ESASA ETKİLİ KARAR VE SONUÇLARI

1- Davacı talebi doğrultusunda, "davalı adına kayıtlı 1/2 hissesinin iş bu dava sonuna kadar başkalarına devir, aynı veya şahsi bir hakla takyit edilmemesi bakımından H.U.M.K. m. 101 ve müteakip maddeleri gereğince tapu kaydına ihtiyati tedbir konmasına" karar verilmiştir. (3 Şubat 1993)

2- 5 Ekim 1993 tarihli ara kararı ile "M.K.un değişik 626/a bendinin yürümesi için hissedarların hem hisse hem de sayı bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlıdır: tapu kaydı davacı ve davalının 1/2 eşit hisseleri olduğunu göstermektedir, bu durumda kanunun boşluğunun Hakim tarafından doldurulması gerekir, hissedarlardan birinin ve davranışının diğer hissedarın haklarını ihlal eder ve müşterek mülkiyet ilişkisinin devamı çe-

kilmez hale gelirse hissedarlıktan çıkarılması istenir, bütün hissedarların kayıtlarında da bu kaidenin yürütülmesi gerekir, aksi halde iki hissedarlı taşınmazlarda maddenin tatbik edilmesi gerekir ki kanun vazının lafsı bu olamaz. Bu durumda da 626/a maddesinin geçerli olacağı düşünüldüğünden davalı vekilinin itirazının reddi verildi".

3- Davada her iki tarafında tanıkları dinlenmiştir. Bu konuda tanık beyanlarını eleştirilerimizde kullanmayacağız. Çünkü, maddi vakıaların hakimnin vicdani kanaati ile takdir hakkına konu olması nedeni ile araştırmada hukuki malzeme yapılmayacaktır.

4- Mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucu taşınmazın değeri altı milyar TL. olarak tespit edilmiş; tarafların rapora itirazının olmaması sonucu davalıya ait payın değeri olan üç milyar TL.sinin mahkeme veznesine depo edilmesi için süre verilmiştir. (29 Kasım 1994)

VI- MAHKEME KARARI

İstanbul Şişli 1. Asliye Hukuk Hakimliği, 20.12.1994 tarihinde, "Gereğe: Toplanan delil durumuna göre taraflar 1983 yılında ortak olarak Luki şirketini kurmuşlardır, aralarında çıkan anlaşmazlıklar neticesinde davacı % 50 hissesini davalının kardeşine devretmiş ve 21.04.1988 tarihinde şirketten ayrılmıştır, bu durumda şirket davalı ve kardeşine kalmıştır, tapuda ise davacı ve davalı 1/2'şer hissedardır, 1.5.1988 tarihinde davacının ayrıldığı şirket kiracı olmuş, davacı ve davalı yan kiralayan durumuna girerek şirketle kira akti yapmışlardır, diğer bir deyişle davalı kira aktinde % 50 hisse itibari ile hem kiracıdır, hem de kiralayandır.

Taraflar arasında 1983 yılında kurulan Luki şirketinden davacının 1988 yılında çıkması, kârlı ve kazançlı olan böyle bir şirketten çıkıldığında hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu tarihten sonra şirketi eline geçiren davalı bu yeri Sera şirketine kiraya vermiş, M.K.nun 624/II. maddesi gereğince önemli işlerinde anlaşma ve muvafakat alınması gerektiği halde bunları almayarak önemli tamiratlar yapmış, taraflar arasında iyiniyet sınırlarını aşan kira tesbit davalarınınca buna bağlı takip ve davalar yaparak

müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmiştir. Taraflar arasında haksız rekabet davaları da bu konumuzu doğrulamaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere davanın kabulü gerekmiştir." şeklindeki hukuki dayanaklarına bağlı olarak, "taşınmazın M.K.un değişik 626/a. Maddesi gereğince davalının paydaşlıktan çıkarılmasına, davalının 1/2 payının davacı adına tesciline, kararın kesinleşmesi halinde vezneye yatan 3.000.000.000 TL.nin (üç milyar liranını) davalıya ödenmesine tedbirin hüküm kesinleşinceye kadar devamına" hükmünü vermiş bulunmaktadır".

VII- YARGITAY BOZMA KARARI

Yargıtay 6. H.D.si 20.04.1996 Tarih E. 1995/4043 K. 1995/4221 no'lu kararında şu sonuçlara varmıştır: "Dava M.K. 626/a gereği ortaklıktan çıkarma işlemidir. Mahkemece işlem gibi karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3768 sayılı yasa ile Medeni Kanununun 626. Maddesine eklenen 626/a maddesi gereğince hissedarlıktan çıkarılma kararı verilebilmesi için,

a-) Bir paydaşın tutum ve davranışı ile diğer paydaşların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır surette ihlal etmesi,

b-) Bu davranışı yüzünden müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi gerekmektedir.

Madde de bahsedilen yükümlülüklerin ağır surette ihlali deyiminden kusurun özel bir yoğunlukta ve önemde bulunması amaçlanmıştır. Ağır surette ihlal unsurunun gerçekleşebilmesi için paydaşın kasten ve bilerek müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekir. Fiilin işleniş tarzı, paydaşların sosyal ve ekonomik koşulları ile, objektif iyiniyet kuraları değerlendirilerek, her olayın özelliğine göre hakkaniyete uygun adil bir çözüm getirilmelidir.

Davanın açılması, paydaşların hem pay hem de paydaş bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlı olduğu gibi, çıkarma istemini haklı gören hakim, çıkarılacak paydaşın payını karşı-

layacak kısmın müşterek mülkten ayrılıp ayrılamayacağını ve çıkarılacak paydaşa tahsisinin mümkün olup olmayacağını incelenmesi, tahsis mümkünse fen ehline tanzim ettirilerek krokinin, taşınmaz belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde ise imar yasası ve yönetmeliği uyarınca bu ayırımın mümkün olup olmadığının mümkün olup olmadığının belediyeden, taşınmaz belediye ve mücavir alan dışındaysa aynı hususun il idare kurullundan sorularak saptanması, ayırımı mümkün olmayan payın dava tarihindeki değeri ile devrinin isteyene verilmesinin dava dilekçesinde istenip istenmediğinin göz önünde tutulması, hisseyi karşılayacak kısmın maldan aynen ayrılması mümkün olmazsa ve bu paraya talip olan paydaş bulunmazsa, ancak tayin edilen uygun süre içinde temlik edilmeyen açık arttırma ile satışına karar verileceğinin düşünülmesi icabeder.

Maddeye eklenen 626/b bendi ile de, bu kuralların kıyas yolu ile intifa veya diğer bir ayni hak veya tapuya şerh edilmiş kira gibi şahsi hak sahibine de uygulanacağı kabul edilmiştir.

OLAYIMIZDA: Dava konusu taşınmazın kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm olduğu tarafların taşınmazda yarı yarıya paydaş olduğu anlaşılmaktadır. Davacı vekili dava dilekçesinde ortaklığından ayrıldıktan sonra taraflara vekaleten taşınmazın Lucky Spor Giyim Koll. Şti. ne kiraya verildiğini, şirketi taşınmazı akde aykırı olarak kullandığı halde, kendisine dava açma imkanı verilmmediğini, ihtarlarına cevap verilmediği gibi verilen sürelerde eski hale getirilmediğini, mülkiyet hakkı uyarınca eski tescil belgesi ile yapılan ihracata rağmen gelir elde etmediğini kendi işi için kiralık bir yerde bulunduğunu, taşınmaza ihtiyaç olduğuna dair ihtarların dahi sonuçsuz kaldığını bu hakların kullanılmasında davalının engeller ile karşılaştığını ve ortaklığın kötü niyet ve kasıt ile çekilmez hale gelmesi nedeni ile davalının ortaklıktan çıkarılmasını, dava tarihi itibarıyla belirlenecek bedel karşılığı taşınmazın adına tesciline karar verilmesi istenmiştir.

Davalı vekili savunmasında, dava şartının gerçekleşmediğini, davanın haksız olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur, davacının diğer tapu paydaşı davalının aleyhine Şişli 4. Ticaret Mahkemesinin 990/50 esas sayılı dava dosyası ile gerçeğe

aykırı ünvan ve belgeler kullandığı ve bu ünvan altında imzalar atarak ihracat yaptığı ve haksız kazanç sağladığı iddiası ile dava açtığı açılan davada davalının suçsuz görülerek beraatine karar verildiği anlaşılmaktadır, bu durumda davacı ve davalı arasında ticari ilişkilerden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunduğu kesinlikle anlaşılmaktadır. Davacının davalı ile olan şahsi ve ticari ilişkilerinden kaynaklanan olumsuz uyuşmazlıklarını ileri sürerek davalının M.K. 626/a gereğince ortaklıktan çıkarma isteminde bulunması yasanın amacına uygun değildir.

Davalı paydaşın müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirdiğini belirleyen bir kanıt yoktur.

Dosyadaki tüm deliller iddiayı kanıtlayıcı nitelikte görülmediğinden davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile istem gibi karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir" şeklindeki ifadesi ile anılan sonuçlara varılmıştır.

Karar tashihine başvurma sonucunda, 06.07.1996 tarihinde "H.U.M.K.nun 440. maddesinin III. fıkrasının 2 no'lu bendi uyarınca ortaklığın giderilmesi davalarına ait hükümlerin onanması veya bozulmasına ilişkin Yargıtay'ca verilen kararlar için karar düzeltme istenemez. Bu bakımdan düzeltme isteminde ait dilekçenin reddine karar verilmiştir".

VII- MAHKEMENİN ISRAR KARARI

Yerel mahkeme, Yargıtay'ca verilen bozma ilamı üzerinde bu defa 29.12.1995 tarihinde, "Bozmaya ilişkin Daire kararının incelenmesinde; ilamın ilk sayfası maddenin kapsadığı unsurları saymaktadır. Kararımızın bozma nedeni bu unsurların bulunmadığına dayanmaktadır. Zira mahkememiz yaptığı inceleme konusunda iki paydaşlı tapularda da bu maddenin tatbikinin mümkün bulunduğu izah etmiş, bu yerin hissedarlar arasında da bölünmesinin mümkün bulunmadığını tesbit ettiğinden 1/2 hisse belini depo ettirerek davalı tapusunun davacı lehine iptaline karar verilmiştir.

Mahkeme kararı Sayın Daire tarafından M.K.un 626/a maddesindeki hissedarlardan birinin tutum ve davranışı müşterek

mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirecek bir sebebin bulunması nedeni ile bozulmuştur.

Bu durumda maddenin anlam ve mahiyetinin açıklanması gerekir:

14.11.1990 tarihinde kabul edilen 3678 sayılı yasanın 14. maddesi ile M.K.un 626. maddesine, 626/a ile yeni bir madde eklenmiştir. Daha evvel mevcut yasaların yeterli görülmemesi nedeniyle bu maddenin konduğuna kuşku yoktur. O zaman hangi boşluğu doldurmak üzere bu madde konmuştur. Daha evvelki sistemimize göre iki paydaşlı tapularda şahsi ilişkilerin düzenlenmesi haricinde mülkiyet hakkında istifade yani mülkiyet ilişkisinin devamı belli unsurlara bağlanmıştır. Şayet burası bir mesken ise ve ancak bir ailenin kullanmasına müsait ise yapılacak şey intifadan men keyfiyetini sağlamak ve hisseye düşen kira ve ecrimisil bedelleri istemektedir. Şayet bu husus davacıyı tatmin etmiyor ise nizalı yerin İzale-i Şuyu yoluyla satışını istemeye varan bir çözüm yoluna gidilmektedir.

Şimdi yukarıdaki hükümler varken bu iki önerinin dışında yeni bir müessesenin getirilmesi olayımıza değişik bir açıdan bakma zorunluluğu getirmektedir.

Yeni maddenin iki önemli unsuru vardır.

a-) Bir paydaşın diğer pay ve paydaşlara karşı yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmesi,

b-) Paydaşın bu davranışı yüzünden de müşterek mülkiyet ilişkisinin çekilmez hale gelmesi,

1. unsurda hissedarın yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmesi, 2. unsurda müşterek mülkiyet ilişkilerinin çekilmez hale gelmesi belirtilmektedir. Yani tek cümle ile ifade ettiğimizde paydaşın kötü hareketleri ile diğer paydaşın nizalı şeyden mülkiyet hakkını kullanması amaçlanmıştır. Bu husus sabit olursa kötü paydaşın hissesi bedeli verilerek diğer bir paydaşa geçecektir. İşte tatbikatımıza gelen yepyeni bir çözüm şeklidir. Taraflar İzale-i Şuyu yoluna gitmeden kendi aralarında mülkiyetin üçüncü şahıslara geçmesini engelleyen ve mülkiyetin dağılmasını

sağlayan bir yoldur. Hiç bir sebebe dayanmayan geniş bir satış yolu olan İzale-i Şuyudan ayrılan ve gerçekten hissedarları koruyan yerinde bir yargı yoludur.

Bu maddenin, kati olarak tatbik edilmemesi, uyumlu olması ve tarafları genel satışa zorlayan bir yola itmemesi gerekir.

Davamızda; taraflar 1/2'şer pay sahibi oldukları dükkanda 1983 yılında ortak olarak Lucky şirketini kurmuşlar ancak anlaşmazlıklara dayanamayan davacı %50 hissesini davalının akrabalarına devretmek zorunda kalmış ve 21.04.1988 yılında şirketten ayrılmıştır. Kâr eden ve kazancı olan bir şirketten davalının samimi isteği ile ayrılması zaten düşünülemez. Demek ki ihtilaf bu ayrılma ile başlamıştır.

Davalı bu durumda taşınmazın hem 1/2 hissesi sahibi hem de şirketin yönetiminin sahibi haline gelmiştir. Fiili üstünlüğü ele geçiren davalı kendi aile ortakları ile kurduğu Sera Tekstil A.Ş.'ye ve diğer bir şirkete bu yeri kiraya vermiştir. Kiraya verme M.K. un 624 ve 625 maddelerine göre oy çokluğu ile yapılması gereken yönetim işidir. Buna yetkisi olmadığı, akde aykırı davranıldığı yolunda çekilen ihtarnameler semeresiz kalmıştır. Burada davalı hem kiralayan hem de kiracı durumuna gelmiştir.

Bu durumda davacı, sonradan kiraya verilen esasında fuzuli işgalci bulunan iki şirketin kira gelirinden istifade edememekte ve mülkiyet ilişkisini yeterince kullanamamaktadır.

Ayrıca M.K. un 624/II. maddesine göre önemli yönetim işlerini birlikte yapmaları gerekirken paydaşlardan davalı, diğer paydaşın reyini almadan müşterek malda önemli değişiklik ve tadilat yapmıştır. Dinlenen tanıklardan Sezai Şenyuva, Yusuf Niş, Mustafa Salkım; yapılan işlerden davalının haberinin bulunmadığını açıklamışlardır. Bu konuda davacı tarafından çekilen ihtarlar semeresiz kalmıştır. Bunun neticesi olarak davacı malı üzerinde kullanacağı mülkiyet hakkını kullanamaz duruma düşmüştür.

Davacı kira tesbit davası açmış, bu dava devam etmiş, kira farkı dosyasının Yargıtayda olması sebebiyle kalan bu fark ödenmemiştir. Davacı maddi zarara uğramıştır.

Taraflar arasındaki itilaflar o hale varmıştır ki Mahkemelerde ve Cumhuriyet Savcılıklarında uğraşır hale gelmişlerdir. Sayın Daire kararında bahsedilen dosyalarda taraflar arasındaki ihtilafların birer delilidir.

Tüm bu hadiseler şirketi temsilen ele geçiren ve 1/2 tapuda pay sahibi olan davalının fiil ve işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Yani davalının paydaşa karşı yükümlülüklerini kötü niyetle kullanmasından ileri geldiğinin bunları kasden ve bilerek yaptığının kabulü gerekir:

Tabii bunun sonucu olarak 1/2 hise sahibi davacının davalının yaptığı fiili durum nedeni ile mülkiyetindeki maldan yeterince faydalandığı söylenemez. Maliyla olan mülkiyet ilişkisi çekilmez hale gelmiş bulunmaktadır.

Tüm yukarıda izah ettiğim nedenler dikkate alındığında maddenin tatbikinde katı bir yol izlenmemesi; taraflara İzale-i Şuyu yolu gösterilmemesi; diğer hissedarların haklarını kullanmasına mani olan tarafın taşınmazla ilişkisinin kesilmesi yolunun açılması olayımıza uygun, daha adil ve gerçekçi olacağı kanısındayım.

Bu gerekçelerle eski hükümde ısrar ediyorum." şeklinde ısrar kararı vermiş bulunmaktadır.

IX- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

Karar tahlilimize esas Yargıtay Hukuk Genel kurulu kararını aynen aktarıyoruz. "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan geciktirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.un 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA** istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine oybirliği ile karar verildi".

X- KARARLARA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

1- MAHKEME KARARI ELEŞTİRİSİ

Paydaşlıktan çıkarma davasını kabul ile davalıya ait payın devrine karar veren mahkeme kararını aşağıdaki hususlarda doğru bulmuyoruz.

A- İhtiyati Tedbir kararına İlişkin Düşünceler

Yukarıda yazdığımız mahkeme kararında görüleceği gibi, hakim H.U.M.K 101. maddesi uyarınca "başkalarına devir aynı veya şahsi bir hakla takyit edilmemesi bakımından ihtiyati tedbir konulmasına karar verilmiştir.

Paydaşlıktan çıkarma davası açılması ile birlikte gündeme gelmesi kaçınılmaz olan bir konu hakkında, hakim olayı gözlemiş; fakat, hukuki sonuçları itibariyle teknik bir konuda yaygın olan hatayı işlemiş bulunmaktadır.

M.K. m. 623/III fıkra (ZGB. Art 646/III) hükmünce, "hissedarlardan her biri kendi hissesi hakkında hissesini temlik veya terhin edebilir. Alacaklıları da bu hisseyi haczettirebilirler" kuralı konmuştur. Doğal olarak, müşterek mülkiyet payı sahibi paydaşın sahibi olduğu tasarruf yetkisinin dava süresince ne olacağı çözülmesi gereken ilk sorunlardandır. Bu konuda M.K. 626/a maddesinde açık bir düzenleme göremiyoruz. O halde bu sorunun çözümü genel hükümlerde yatmaktadır.

İlk olarak safdışı bırakmak gerekirse, paydaşlıktan çıkarma davasının, davalının tasarruf yetkisini ortadan kaldırmadığı söylenemeyecektir. Örneğin bir tek şu örnek bile aksi sonuçtan bizi hemen uzaklaştırır. Davalı dava süresince payına bağlı, taşınmaz rehni, intifa hakkı, taşınmaz mükellefiyeti gibi sınırlı aynı hakları kurabilecek; dava süresince borcu için payı haczedebilecektir. İşte bu işlemlerin muvazaalı olması halinde bir çok sorun doğacaktır. Davalı payın ekonomik değerini düşürmek amacıyla bu tür işlemler yapabilecektir. Böylece, payın davacılara devrinde zorluk çıkarmış olacak, davacılarca talep edilmemesi halinde cebri satışı engellemeye çalışmış olacaktır. Açıkça anlaşılacağı gibi paydaşlıktan çıkarma davasında, davalının sınırsız bir tasarruf yetkisinden bahsedilemez.

Buna karşılık H.U.K.M. 101. madde hükmünce ihtiyati tedbir kararı ile mahkeme kararında olduğu gibi tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmak aşağıdaki önereceğimiz M.K.dan doğan imkan varken hiç de hukuki olmayacaktır. Genel olarak, hükmün peşin verilmesiyle özdeş sonuçlar doğuran ve haksız davacılar karşısında davaların uzun sürdüğü ülkemiz açısından sakıncalar doğuran tasarruf yetkisinin kaldırılması kabul edilemez (6).

M.K.umuz ve H.U.M.K.umuz doğal olarak anılan sonuca bağlı bir düzenleme getirmiş bulunmaktadırlar. Farklı hukuki düzenlemenin yarattığı karışıklık, yargısal içtihatlarla ve öğretiyeye de yansımış bulunmaktadır.

İlk olarak genel hükümler açısından sorunu kısaca ortaya koyarak çeşitli alt başlıklar altında paydaşıktan çıkarma davasına ilişkin sonuçları belirleceğiz.

Bu konu ile ilgili olarak karşımıza M.K. m. 920/I.b.; H.U.M.K. m. 101 ve H.U.M.K m. 186 hükümleri gelmektedir. Her üç hükmün birlikte olması yürürlükte olması ve ihtiyati tedbirleri düzenleyen H.U.K.M m. 101 hükmü kapsamında tanınan tedbirlerin ferağdan men şeklinde verilmesi karşısında doğan çelişkilerin araştırmamızla ilgili uzantıları da sorunu oldukça karmaşık hale getirmektedir.

Hemen konuya girerek sonuç belirleyecek olursak şu manzara ile karşılaşırız. İlk gözönüne alacağımız hüküm, davanın eşyaya ilişkin olmasından taşınır taşınmaz ayrımı yapmayan H.U.M.K. m. 186 hükmüdür. Kural karşı tarafın dava konusu şeyi (müddeabihi) temlik etmesi halinde diğer tarafa seçimlik hak tanımaktadır. Bu durumda isteğe bağlı olarak davasını dilerse müddeabihi temlik etmiş bulunan halihazır taraf ile sürdürebilecek dilerse eski davasından vazgeçerek dava konusu şeyi devralana karşı yönelebilecektir. Dava konusu şeyi temlik alana karşı davaya devam etmek istemediği takdirde, halihazır taraf ile olan davasını şeyin elden çıkması üzerine tazminat davasına çevire-

(6) Bu sonuçlar için bkz., Özmen, s. 119 vd.

cektir. Hemen belirtelim, davalı şeyin aynına kavuşma yolundaki iddiasında ısrar edecek olursa, bunun sonucu olarak şeyi devralana yönelttiği dava eski davanın devamıdır (7).

Usul hukukuna esas olarak şeyin temlikinden, devredenin mülkiyet hakkını elinden çıkardığı her türlü tasarruf işlemi anlaşılmalıdır (8). Bu durumda konumuzu ilgilendiren yalnızca davalının payını devretmesi suretiyle oluşan "müddeabihin temliki" olgusudur.

Unutulmamalıdır ki H.U.M.K. m. 186 gerek taşınırlarda gerekse taşınmazlarda şeyi devralan üçüncü şahısların iyiniyetle hak sahibi iktisabları iddialarını ortadan kaldırmış değildir (9). Başka bir anlatımla H.U.M.K. m. 186 hükmünün zıt anlamından (mefhumu muhalif) aksi ile kanıt yolu sonucu temlike izin verilmesinin nedeni ile şeyi devralan kişilere karşı davanın yürütülebilmesi onların iyiniyetle hak iktisaplarının bertaraf edildiğini göstermez. Eğer davalı taşınırlarda M.K. m. 901 ve 903 hükmünce taşınmazlarda M.K. 931 maddeye dayanarak bunu bilmeyen ve gerekli dikkat ve itina gösterse idi dahi bilemeyecek bir üçüncü şahsa devir yapacak olursa iyiniyetle hak iktisabı davanın bu kişiler aleyhinde yürütülmesine engeldir. Konumuz başlığı altında öne çıkan sorun olarak taşınmazlarda, davalı adına yolsuz bir tescil bulunması halinde bunu bilmeyen ve bilemeyecek kişilerin tescilin olumlu etkisi (10) sonucu iktisapları geçerli kabul edilmiştir (MK. m. 931). İşte bu sakıncadır ki farklı bir hukuki konunun daha, kanunkoyucu tarafından düzenlenmesine yolaçmış bulunmaktadır.

Önce sonuç çıkarmak gerekirse, H.U.M.K. m. 186 ve taşınmazlara özgü olarak biraz sonra değineceğimiz M.K. m. 920 hükümleri sonucu, dava açılmasının kural olarak, davalının tasarruf yetkisini kaldırılmadığını söyleyebiliriz. Tasarruf yetkisinin kaldırılmaması karşısında, andığımız tehlike karşısında dava-

(7) Kuru, Usul III, s. 2714; Üstündağ, Usul, s. 465.

(8) Üstündağ, Usul, s. 464.

(9) Üstündağ, Usul, s. 468.

(10) Bu etki konusunda bk., Oğuzman/Seliçi, s. 205; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya, s. 343-371; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 285 vd.

cının dāvayı kazanmış olsa bile şeyin aynına yönelik talebinin yerine gelmesi mümkün olmayabilir.

H.U.M.K. bu konuda yine taşınır ve taşınmazlara özgü ayrı ayrı koruma imkanı getirmiştir. "İhtiyati tedbirler" (H.U.M.K. m. 101) başlığı altında tarafların davaya hazırlık ve dava açılması anı ile birlikte uzayan zaman süresince, hükmün kesinleşerek icra kabiliyetine kavuşması anına kadar karşı tarafın tasarruf işlemlerine karşı korunmaları sağlanmıştır. Alınabilecek ihtiyati tedbirler arasında konumuzu ilgilendiren menkul ve gayrimenkul malların aynı münazaalı ise bunun haciz veya yeddi emin'e" konusunda hüküm getiren 1. bend uyarınca hakimin takdir hakkı ile somutlaşacak taşınmazlar için haciz, taşınırlar için yeddi emin'e teslim hali öngörülmüştür.

Şeyin yeddi emin'e teslimi konusunda genel eserlere atıf yaparak (11) konumuz açısından önem taşıyan taşınmazlara özgü ihtiyati tedbir kararlarını araştırmaya geçebiliriz. H.U.M.K. unun konuya ilişkin hükmü yanında (101/1. bend) M.K. 920 maddesinin taşınmazlara özgü hükmünü aynen yazalım. "Temlik hakkının tahditleri "başlığı altında" aşağıdaki sebeplerle bazı gayrimenkulleri temlik hakkına karşı yapılan tahditler tapu siciline şerh verilebilir" hükmü konmuş ve konumuzla ilgili olarak 1. bend yer almıştır. "Münazaünfih hakların muhafazası veya icraı iddia zımında müttehaz resmi kararlar" H.U.M.K. 101 ve 920. madde birinci bendleri aynı konuya ilişkin olarak ortak bir kaderi paylaşmaktadır. O da ifadelerindeki belirsizliktir. Bu belirsizlik de, olduğu gibi, uygulamaya taşınmış bulunmaktadır.

İlk olarak, H.U.M.K m. 101 de sözü edilen haciz tamamen hatalı kullanılmıştır (12). Hacizin İ.İ.K. kapsamında tamamen teknik bir kavram olarak burada yeri yoktur.

Taşınmazlarda dava açılmakla süregelen tasarruf yetkisi sonucu dava taraflarının korunması amacı ile ihtiyati tedbir kararı

(11) Yeddi emin'e teslim taşınırlar hakkında geçerli olmakla birlikte taşınmazlar hakkında da semere getirmesi, geliri bulunması ve benzeri durumlarda uygulama imkanı bulabilmektedir. Bu konuda ve yeddi emin'e teslimi konusunda bk., Kuru, Usul III, s. 3059-3061; 3051. vd., Üstündağ, Usul, s. 484.

(12) Üstündağ, haciz sözünün yetersiz olduğunu ifade etmiştir. Bk., s. 4488.

verilmesi haciz kavramı ile ifade edilemez. Doğrudan doğruya yetkili bir makamın emri ile haciz kararının alınması kanun tarafından öngörülmemiştir. Zaten konumuz açısından öngörülen tedbirler konusunda böyle bir yola gerek bulunmadığı da apaçık anlaşılacaktır.

Ancak öğretilerde taşınmazlar için haciz terimine yer verildiği belirtilerek, "buna göre, mahkeme ihtiyati tedbir olarak (aynı çekişmeli bulunan) dava konusu gayrimenkulün haczine karar verilebilir ve bu haciz temlik hakkının tahdidi olarak tapu siciline şerh verilir (M.K. m. 920/2; İ.İ.K. m. 91)" görüşü savunulmuştur (13).

Bu görüşe katılmıyoruz; çünkü, anılan görüş hatalı bir kavrama anlam kazandırma gayreti ile yola çıkmakta ve hatalı sonuçlara varmaktadır.

Her ne kadar 920/II.f. da ifade edilen sonuç değişmese de, taşınmazda aynı hak değişikliğine yol açacak veya üzerindeki aynı hakkı değiştirecek veya sınırlandıracak kişisel talepler hakkında M.K. 920. madde altında 1. bend hükmü öngörülmüştür. Yukarıda belirttiğimiz sonuçları tekrar edecek olursak, kanunkoyucu teknik bir anlamı olan hacize İ.İ.K.'undan ayrı olarak H.U.M.K çerçevesi içinde yetkili bir mahkeme emri ile doğrudan haciz olarak ifade edilebilecek bir anlam kazandırmak istememiştir.

O haldede görüyoruz ki H.U.M.K. m. 101/1 bend ile m. 920/I. bend arasında doğrudan yakın bir ilişki vardır. Aynı ilişkiyi hacizlerde de irdeleyerek hem konumuz hakkında sağlıklı bir hüküm örneği görmüş olalım hem de konumuzla olan bariz farklılığı pekiştirmiş olalım.

M.K. m. 920/2. bentte haczin tasarruf hakkının kayıtlaması olarak şerh verilebileceği öngörülmüştür. Bu şerh borçlu malikin tasarruf yetkisini kaldırmaz. Yalnızca şerh bulunmaksızın sağladığı etkinin (14) üçüncü şahısların iyiniyetlerini bertaraf ederek taşınmaza bağlı olarak aynı hak sahibi olacak kişilere ileri sürülebilmesini (dermeyanını) sağlamaktadır (M.K. m. 920/II.f.). Bu konuda İ.İ.K. ile taşınmazlar hakkında, "gayrimenkulün haczi ile

(13) Kuru, III, s. 3055.

(14) Bu konuda hacizlerin şerhinin kurucu (ihdası) olmayıp; bildirici (izhari) nitelikte olduğu belirtilmiştir.

tasarruf hakkı Medeni Kanununun 920. maddesi anlamında tahdide uğrar" hükmü getirilmiştir (İ.İ.K. m. 91/T).

Bu hükümlerle usul hukuku açısından yaşanan karmaşanın hacizlerde de görülmesi üzerine, İ.İ.K. m. 91 hükmü, 538 sayılı kanunla değiştirilmiş ve biraz önce yazdığımız ifadesi ile M.K. m. 920 hükmüne-açık bir yollama yapılmıştır (15).

Hakkında bu şekilde açık bir hüküm getirilmeyen taşınmazların ihtiyati tedbire konu olması hakkında, M.K. m. 920/1. bend ve II. fıkra hükmünün kesinlikle gözardı edilmemesi gerekirdi. Ancak, uygulama bugün artık tamamen farklı bir yön almıştır. Şöyle ki, artık istisnasız olarak taşınmazların aynına yönelik bir şahsi talep (16) söz konusu olduğunda mahkemeler uyuşmazlık konusu taşınmaza ilişkin her türlü tasarruf işlemini yasaklayıcı nitelikte ihtiyati tedbir kararları almaktadırlar. "Ferağan men" kararları olarak adlandırılan (17) bu tedbir sonucu bu konuda geçerli adlandırma ile "kütüğün kapanması" (18) veya "kütüğün kilitlenmesi" (19) uyarınca taşınmaz her türlü tasarruf işlemine konu olmaktan çıkarılmaktadır. Uygulamada da bu tür mahkeme kararlarına H.U.M.K m. 101 hükmünün yorumu sonucu geçerlilik tanımlanmaktadır (20). Buna göre hacizin el koyma şeklinde anlaşılması gerektiği ve M.K. m. 920 hükmünce verilen şerhin mülkiyet iddiaları için yeterli olmadığı savunulmuştur (21).

(15) Bu konuda eski uygulama ve bugünkü gelişme için bk., Oğuzman/Seliçi, s. 221, dp. 506; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 392-393, dp. 17; Özmen E. Saba: Türk Hukukunda Hacizlerin Şerhle Kazandığı Hukuki Nitelik ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçların İrdelenmesi, ABD., Mart 1991, Y. 48, S. 2, S. 182 vd., Ayrıca bk., Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 7.7.1965 T. 1390 Sayılı Genelgesi.

(16) Aynı nitelikteki talepler karşısında MK. m. 922 hükmünce muvakkat (geçici) tescil yapılması gerekecektir.

(17) Bu terim ve bu yönde uygulamalar için bk., Üstündağ, Usul, s. 483; Kuru, Usul III, s. 3054 vd.

(18) Bu kavram ve anlamı için Gürsoy Kemal T.: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 386, Gürsoy/Eren/Cansel, s. 301.

(19) Sungurbey İsmet: Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 118.

(20) Bu görüşte ve ayrıntılı gerekçe için bk., Kuru, Usul III, s. 3055-3056.

(21) "icra iddia zımında müttehaz resmi kararlar"ın bu başlık altında anlamsız olduğu ileri sürülmüştür. Bk., Gürsoy, zilyetlik, s. 387.

Daha önce hacizler hakkında mevcut hata ile taşınmazlarda kütüğün kapanması sistemi H.U.M.K. M. 101/1. bentde yer alan haciz kavramına da yansiyarak bu güne kadar aynı şekilde gelmiştir. Eş deyişle hacizlerdeki temlik yasağı ihtiyati tedbirlerdeki hatalı terim hacizle de bu konuya da taşınmıştır. Ancak, yukarıda andığımız 538 sayılı kanunla İ.İ.K. m. 91'de yapılan değişiklikle galat-ı meşhur nitelikte gerekçesi de artık açıklığa kavuşmuş iken hala mahkemeler, şeyin aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tasarruf yetkisini ortadan kaldırır nitelikte ihtiyati tedbirlerle ferağdan men kararları vermektedirler.

Bu noktada şunu saptamamız gerekiyor. Şeyin aynına yönelik şahsi nitelikte taleplerin mahkeme önünde ileri sürülmesi ile bağlayıcı dava süresince ihtiyati tedbirler ne tür bir etki yaratmalıdır? Önce M.K. m. 920/1. bendinde yer alan "münazaünfi hakların muhafazası veya icrai iddia zımında müttehas resmi kararlar'ın şerhini görelim. Eşya hukuku öğretisinde çekişmeli hakların korunması başlığı altında şeyin aynına yönelik uyuşmazlıklarda taşınmaz ilgili sütununa şerh verilebileceğini öngören M.K. m. 920/1. bend hükmünün ihtiyati tedbir konusu olacağı belirtilmektedir (22). Böylece şerhin çekişmeli hakların korunmasında kurucu rolü ile malîğin taşınmaz üzerinde devam eden tasarruf yetkisine dayalı olarak yapacağı tasarruf işlemlerine karşı şerh sahibi lehine üçüncü şahısların iyiniyetle hak sahibi olmalarını engeller. Malîğin yaptığı geçerli tasarruf işlemlerine bağlı olarak mülkiyet hakkı kazananlara, mahkemenin kararı üzerine şerh konusu talebi ileri sürülmesi ve buna riayet etmeleri sağlanmış olur.

Anlaşılabileceği gibi M.K. m. 920 ve H.U.M.K. 186 madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde dava sırasında taşınmazın devri karşısında karşı tarafı koruyucu hükümlere yer verilmiş iken (23) H.U.M.K. m. 101 anlamda değil de ferağdan men sonucu kütüğün kapatılması sonucunu doğurmaktadır. Başka bir deyişle, taşınmaz üzerinde hiç bir tasarruf işlemi yapılmasına izin verilmemektedir. Ancak, bu durumda taşınmazın devrini yasaklayan

(22) Oğuzman/Seliçi, s. 192, dp. 434.

(23) Kuru, Usul III, s. 3056'da bunun yeterli olmadığı görüşündedir.

kararlar verilmesini M.K. m. 920 hükmünün amacına ters düşmektedir (24).

Bu konuda şu ayrımı yapmak gerektiğine inanıyoruz. H.U.M.K. 101. madde hükmü her uyuşmazlıkta kesinlikle ve istisnasız ferağdan men kararları verileceği şeklinde yorumlanmalıdır; yorumlanamaz. Hakim, takdir hakkına dayanarak aynı değişikliğe yönelmiş şahsi talepler dışında (çünkü bunların şerhin etkisi ile korunmaya ihtiyaçları yoktur) bazı hallerde ferağdan men kararı verebilir. Ancak bu takdirde hukuki dayanak H.U.M.K. m. 103 olmalıdır. Bu hükmün takdir hakkına yolaçan geniş ifadesi anılan yoruma uygun düşecektir.

Sonuç olarak konu başlığımız altında da etkilerini detaylı inceleyeceğimiz bu konuda, uygulamada görüldüğü şekli ile H.U.M.K. m. 101/1 bendin M.K. m. 920/1. bend hükmünün uygulanma imkanını ortadan mutlak olarak kaldırılışını kabullenmek mümkün değildir. Çünkü, davacı ile davalının bu yönde çatışan yararlarını maddi hukuka ilişkin etkileri ile düzenlemek M.K. amacı ve konusu içindedir. Buna göre, ihtiyati tedbir taşınmazlarda aynı değişikliğe yolaçan bir talebi güvence altına alma nedeni ile ortaya çıktığında M.K. m. 920 hükmüne bağlı olmalıdır. Bunun dışında "101 ve 102 maddelerde gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike ve zararı defî için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir" (H.U.M.K. m. 103) şeklinde hüküm getiren ilgili madde ferağdan men kararlarına hukuki neden olarak gerekçe oluşturabilecektir.

Sonuç olarak paydaşlıktan çıkarma davasına bakan hakim, M.K. 920 madde hükmünce tasarruf yetkisi tahdidi olarak şerh verilmesine karar verilmelidir. Bu açıdan sıraladığımız gerekçelerle mahkemenin devir yasağı getiren ara kararına katılamıyoruz.

B- Gerekçeye İlişkin Eleştiriler

Mahkemenin aynen yazdığımız iki paragraflık gerekçesinin ilk paragrafı mevcut hukuki durumun belirlenmesine ayrılmıştır.

(24) Bu konuda tartışmalar için bk., Üstündağlı, Usul, s. 483-484.

Hükme esas gerekçe ikinci paragrafta yetersiz olarak kaleme alınmıştır.

İlk olarak gerekçede davalının ileri sürdüğü, tek tek ileri sürülmüş tüm yükümlülük ihlallerinin irdelenmesi gerekirdi. Yükümlülük ihlali olarak, davalının kiraladığı taşınmazı kira ile devretmesi ele alınmıştır. Burada kiralama işleminin müşterek malik sıfatı ile mi yoksa alt kira ile kiracı şirket olarak mı yaptığı konusunu açıkça ele almamıştır. Bu husus aşağıda değinebileceğimiz gibi önemlidir, M.K. 624/II fıkra hükmüne dayanarak (hükümde yanlışlıkla 622/II fıkra olarak yazılmıştır) önemli yönetim işlerinden olan önemli tadilatlar yaptığını doyurucu bir gerekçe ile saptamıştır.

Diğer gerekçeler ise şöyle eleştirilebilir. Müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının ispatı olarak, davacının davalı ile ortak olduğu kazançlı ve kârlı şirketten ayrılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu tezi kabul edilemez. Ayrıca, taraflar arasında iyiniyet sınırlarını aşan kira tespit davalarınınca buna bağlı takip ve davalar yaparak müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını davalının çekilmez hale getirdiği şeklindeki gerekçede yine doyurucu olarak kabul edilmekten çok uzaktır. Taraflar arasındaki haksız rekabet davalarının bu konuyu doğruladığı şeklindeki ifade ise yüksek mahkeme kararlarını da hataya düşüren yanlış bir sonuçtur. Çünkü, her ne kadar ceza mahkemelerince verilen be-
raat kararlarının paydaşlıktan çıkarma davasına bakan mahkeme-
meyi bağlamayacağı kuralı geçerli ise mahkemenin bu konuda haksız rekabet davalarının paydaşlıktan çıkarma kararına nasıl etkide bulunduğu daha ayrıntılı irdelenmeliydi.

Mahkemenin ısrar kararında yükümlülük ihlalleri daha ayrıntılı olarak ve tek tek ele alınmaya çalışılarak kararın savunulmaya çalışıldığını görüyoruz.

2- YARGITAY 6.H.D. NİN KARARININ ELEŞTİRİSİ

Yukarıda Yargıtay'ın araştırmamıza konu kararını aynen yazmıştık. Kararın ilk olarak M.K. 626/a maddesinin uygulanma koşullarını açıklayarak kaleme alındığını görüyoruz. Daha sonra somut olayın özellikleri verilen bu sonuçların ışığı altında hükme

bağlanmaktadır. Biz de bu ayrıma bağlı olarak eleştirilerimizi iki başlık altında ele almak istiyoruz.

A- İki Kişilik Müşterek Mülkiyet Birliğinde Karar Aranmayacağına İlişkin Sonuçlar

Yargıtay kararında, somut uyuşmazlık ile ilgili davanın açılması, paydaşların hem pay hem de paydaş bakımından çoğunlukla karar vermelerine bağlıdır görüşüne yer verilmiştir. Her ne kadar bu sonuç karara etkili olmamışsa da, gerekçede yer alması kabul edilemez. Çünkü iki yönden de incelendiğinde, iki kişilik müşterek mülkiyet birliğinde tek başına paydaş diğerine paydaşlıktan çıkarma davası açılabileceği tereddüde yer bırakmaz.

İlk olarak, davalı paydaş veya paydaşların oylamada hesaba katılmayacağı ifade edilmemiştir. Mevzuatında bu konuda hiç bir tereddüde yer bırakılmayarak davalı dışındaki tüm müşterek maliklerin çoğunluğundan sözedilmiştir (ZGB. Art. 649/b,II). Gerçi işin doğası gereği, kişinin kendi aleyhine alınacak bir karara katılması özel hukukun temel prensiplerine aykırı düşecektir şeklinde bir savunma getirilebilecektir. Ancak daha doyurucu bir temele oturtmak gerekirse, bir kişinin kendi tutum ve davranışları ile aleyhine bir dava açılması karşısında kendi oyu bulunmaksızın dava açılmayacağını öne sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir. Bu sonuç hüküm eksikliğine rağmen ne kadar doyurucu olursa olsun açık bir düzenleme daha başarılı olacaktır.

O halde yeter sayı, işin doğası gereği davalı dışında (veya davalı paydaşlar) hesaplanmalıdır.

Müşterek malik sayısının iki olduğu ortalıkta paydaşlardan birinin diğeri aleyhine dava açıp açamayacağı M.K. umuzda çözümsüz kalmıştır. Oysa kendisinden esinlendiğimiz mevzuatında, bu konuda her türlü kuşkuyu gidererek topluluğun yalnızca iki paydaştan oluşması halinde her birinin dava hakkına sahip olacağını açıkça hükme bağlamıştır. (ZGB. Art. 649/b, II). Gerçekten de, çoğunluk oluşmasının imkansız olduğu bu hal ile ilgili olarak getirilen bu açık hüküm, mevzuatından olumlu; böyle bir hükmün bulunmadığı kanunumuz açısından ise büyük eksikliklerdir.

Türk hukuku açısından yukarıda andığımız eksikliğe bağlı olarak davalı dışında müşterek maliklerin çoğunluğundan sözedilmesi karşısında, iki kişilik müşterek mülkiyet ilişkisinde davalı dışında tek olan paydaşın dava açabileceğini kabul etmek gerekir. Yoksa iki paydaşlı ortaklıkta hükmün lafzından varılacak sonuçla karar alınma imkanı bulunmamasından hareketle olumsuz sonuca varılması, hükmün amacı ve çözüme ulaştırdığı çıkar çatışmaları karşısında temelsiz olma yargısından kurtulmamacaktır. Çünkü konunkoyucunun bu konudaki suskunluğunu dava açılmasını reddettiği şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Korunması gereken çıkar, diğer paydaşa karşı yükümlülüğünü ihlal eden paydaşın değil; mağdurun olacaktır.

b- Kararın Hukuki Koşullarına İlişkin Sonuçlarının Değerlendirilmesi

aa- Yargıtay'ın Kusura İlişkin Görüşünün Değerlendirilmesi

Kararda, M.K. 626. madde hükmünün ifadesinde yer alan yükümlülüklerin ağır surette ihlali deyiminden kusurun özel bir yoğunlukta ve önemde bulunması amaçlanmıştır denilerek, bu unsurun gerçekleşmesi için paydaşın kasten ve bilerek müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesi gerekir denilmektedir.

İlke olarak Yargıtay'ın içine düştüğü fahiş hatasını gidermek gerekirse, kusurun hiç bir şekilde müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmiş olmasına ilişkin olmadığını bilmek gerekir. Kusur yükümlülük ihlalinin oluşturan davalı paydaşın hareketine yol açan iradesinin hukuk düzenince psişik yönü ile beğenilmemesi anlamındadır; yoksa, müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez kılma olgusuna dayalı bir psişik yön araştırılması asla söz konusu olamaz. Bu sadece paydaşlıktan çıkarma müeyyidesinin uygulanmasının bir diğer koşuludur.

Diğer açıdan ifade edilen, yükümlülük ihlallerinin kasıtlı işlenmiş olması zorunluluğuna yolaçan sonuç, M.K. 626/a maddesinin uygulanmasını hükmün amacına ve hakkaniyete aykırı olarak anlamsızca kısıtlayan bir nitelik taşımaktadır.

Görüşümüzce, burada ağır surette ihlalden amaçlanan kurusun özel yoğunlukta oluşmasıdır. Bu da kast yanında ağır ihmalin de hükmün uygulanması için yeterli olmasını gerektirmelidir. Yayımlanması halinde hatalı yönlere sürükleyebilecek kararın bu yönünü ayrıntılı gerekçelendirmek istiyoruz.

Görüşümüzce, bu noktada hareket noktamız, kanuni düzenleme başlığında değindiğimiz 3444 sayılı kanun değişikliğinden önceki B.K. m. 49/I.f. olacaktır. Buna göre öğretide, kişilik haklarına hukuka aykırı bir tecavüz halinde tecavüzün ve kusurun ağırlıkta olması koşulu aranmıştır (25). Hükümde "hatanın hususi ağırlığı" olarak yazılmış olsa da artık bu ibarenin kusura yönelik olarak kusurun ağırlığı şeklinde anlaşılması gerektiği hususu tartışmasızdır. Buna göre tecavüz, kast, ihtimali kast ve ağır ihmalle işlendiği takdirde ağır kusurdan sözedileceği hususu da tartışmasız bir diğer sonuçtur (26).

Bu hükme bağlı öğretinin ışığı altında konumuzla ilgili olarak yükümlülük ihlalinin hem sonuç (yükümlülük ihlalinin yarattığı dış etkiler) hem de bu fiile sebebiyet veren iradenin yoğunluğu (kusur) açısından ağır olma koşulunun aranması gerekir.

Burada haksız fiilden farklı olarak; sorumluluk müeyyidesi nesnel bir hak ile ferdin ilişkisinin koparılması olacaktır. İşte bu sorumluluk kapsamında kusur kurucu unsur olmaktan çıkarılırsa; belirli bir olguya bağlanmış olur ki, bu da konumuz açısından yalnızca bir hukuk kuralının gereğini yerine getirmekten ibaret kalır. Bu konuda, kusursuz sorumluluk açısından yeterli gerekçe hazırdır. Buna göre, olağan sebep sorumluluğu (27) niteliği arzedecek böyle bir hal için ferdin, kusurlu olmasada sorumlu tutulabilmesi için bir eşya (nesne) üzerindeki egemenliği yeterli bir neden oluşturabilmektedir (28).

(25) Eski metne bağlı olarak yazılmış eserlerde, bu konuda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 889; Feyzioğlu, I, s. 604-605; Tunçomağ, genel, s. 494-499.

(26) Tunçomağ, genel, s. 498.

(27) Olağan sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu dışında kalan sebep sorumluluğu hallerini içermektedir; bk., Eren, II, s. 156; Alelade kusursuz sorumluluk başlığı olarak aynı bilgi için bk. Tunçomağ, genel, s. 531.

(28) Bu konuda bk., Eren, s. 156; 12-13.

Mehaz kanuna bağılı olarak paydaşın kusurlu olmasının gerekmediğı belirtilmiştir (29). Ülkemiz hukuku açısından bu sonuca katılmıyoruz. Kara Avrupası insanına nazaran birbirine daha farklı yaklaşan insanımız için kusur bulunmaksızın oluşan yükümlülük ihlallerinde paydaşlıktan çıkarma haklı olarak kabul edilemez.

Yükümlülüklerin ağır surette ihlali kusurun da özel bir yoğunlukta olmasını gerektirir. Bu başlık altında daha ayrıntılı bir gerekçe getirmek ve olası bir şekilde ileri sürülebilecek hükümde yükümlülük ihlali yanında kusurdan sözedilmediğı veya kusur kabul edilmekle beraber ağır kusur ile sorumluluk alanını daraltmanın kabul edilmeyeceğı eleştirilerine cevap vermek gerekir. Bir kere, paydaşın çıkarılmasına karar verilebilmesi için yalnızca yükümlülük ihlalinin yeterli olacağını kabul edemiyoruz. Yukarıda vardığımız bu sonuca bağılı olarak diğeryönden diğeryaydaşlara karşı olan "yükümlülüklerin ağır surette ihlalinin" hükmün lafzında yer alıp, bir anlam taşımadığı savunulamaz. Müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi ayrıca ifade edildiğine göre ağır ihlale amaçsal yorum ilkeleri doğrultusunda da bir anlam vermek gerektiğine inanıyoruz. Başka bir anlatımla müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesine yolaçacak yoğunlukta ihlalin, bu sonuca yönelik ağırlığı yanında ayrıca ağır surette ihlalinden sözedilmesinin tesadüfi olarak kullanılmış bir kavram olarak düşünülmemesi gerektiğine inanıyoruz. Ağır surette ihlal, yükümlülük ihlaline yolaçan fiilin işlenişine yönelik bir derecelendirmeyi de beraberinde getirir. O halde ağır surette ihlal bir nicelik sorunu olarak salt yükümlülük ihlali yanında fiilin işlenişine bağılı ek bazı koşullara bağılı olmak gerekir. Fiilin objektifliğı yanında işlenişe yönelik ağırlık sanırız kusurun ağırlığı başlığı altında yatmaktadır. Buna göre, ancak ağır kusur halinde işlenmesi halinde yükümlülük ihlali çıkarılmaya neden olabilecektir. Bu da kast ve ağır ihmalin varlığını zorunlu kılar (30).

(29) Gürsoy, müşterek, s. 282.

(30) Kast ve ağır ihmal hakkında ayrıntılı bilgi için bk., Eren, II, s. 113 vd., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar, s. 605 vd.; Feyzioğlu, II, s. 478 vd.

bb- Müşterek Mülkün Aynen Taksimine İlişkin Görüşler

Yargıtay kararında paydaşın payını karşılayacak kısmın müşterek mülkten ayrılıp ayrılmayacağını ve çıkarılacak paydaşa tahsisin mümkün olup olmayacağını incelenmesi konusunda verilen bilgiler somut uyuşmazlık hakkında geçerli olamaz. Çünkü, dosyada tapu kaydı bulunan taşınmaz kat mülkiyetine tabidir ve hakim 634 sayılı kat Mülkiyeti Kanununun hükümleri çerçevesinde anagayrimenkulde diğer arsa paylı kat maliklerinin varlığı karşısında yeni bağımsız bölüm yaratmanın emredici hukuk kuralları ile düzenlendiğini (K.M.K. m. 44) ve bir bağımsız bölümün M.K. m. 913 anlamında ifraz edilmesinin hakim kararı ile mümkün olamayacağını bilmek durumunda olan kişi olarak burada sözü edilen formalitelerin yerine getirilmesinin hiç bir anlamı yoktur. Hakim bu konuda kat mülkiyetine tabi bir işyerinin aynen taksimının mümkün olmadığına yazışma yapmadan karar verebilir. Kaldı ki gereksiz olarak, 18.01.1994 tarihli raporla bu hususun gereği mahkemece yerine getirilmiştir. Yargıtay kararında bu konuda verilen hukuki sonuçlar somut olayda geçerli değildir.

c- Kararın Yükümlülük İhlaline Bağlı Esasa İlişkin Sonuçlarının Değerlendirilmesi

aa- Genel Olarak Yükümlülük İhlali

Yükümlülük ihlallerine ilişkin M.K. 626/a maddesi okunduğunda tam bir açıklık göremiyoruz. Hükümde yalnızca, "diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerin ihlali" ele alınmıştır. Görüldüğü gibi yükümlülük ihlalinin nelerden ibaret olabileceği konusunda maddede en ufak bir belirtmeye rastlamak mümkün değildir.

Genel bir hukuk terimi olan yükümlülük kavramına yollama yapılarak, belki de uyuşmazlığın niteliğine göre çözüm bulması konusunda hakime takdir hakkı tanınmıştır.

İlk olarak karşımıza şu ayrım çıkacaktır. Hükümde sözü edilen yükümlülükler yalnızca bir hukuki ilişki olarak müşterek mülkiyet ilişkisinden doğan yükümlülükler olarak mı anlaşılacaktır?

Yoksa, genel yükümlülük olarak tüm fertlere ödev olarak getirilen yükümlerin ihlali, çıkarmaya neden olabilecek midir? Biliyoruz ki K.M.K. m. 25 deki kat mülkiyetinin devri mecburiyeti ile ilgili olarak K.M.K.dan doğan borç ve yükümlerden sözederek sınırlama getirilmiştir (I.f).

Mehaz kanununun uygulamasına yönelik olarak, kişilik hakları dahil her türlü maddi ve manevi değerlerin ihlalinin çıkarma nedeni olabileceği ifade edilmiştir (31). Bu konudaki davranışa ilişkin olarak keyfi, cebri, hileli ve benzeri hareketlerin diğer paydaşların müşterek şeyden yararlanmasını ve birlikte barış içinde yaşamalarını imkansız hale getirmesi halinde hükmün uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir (32).

Ülke hukukumuz açısından daha ayrıntılı bir irdeleme ile belirleyecek olursak, hükümde yükümlülük müşterek mülkiyet ilişkisinden doğanlar da dahil olmak üzere herkese karşı olan genel ödevlerin ihlali anlamında kullanılmıştır (33).

Maddenin ifadesinde yeralan "diğer hissedarların tümüne veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerin ihlali" koşulu yanıltıcı olmaktadır. Haksız fiil ile borca aykırılığın temel ayırım noktasına bağlı olarak hükümde paydaşlıktan çıkarma talebi sahibi paydaşlardan sözedilmesi yalnızca müşterek mülkiyete özgü yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmez. Çünkü anılan şekilde muhatabın sınırlı şekilde paydaşlara bağlı olarak saptanması, davanın doğası gereğidir.

Görüşümüzce, yanılığa neden olmaması gerektiğini belirttiğimiz hükmün ifadesi, savunduğumuz görüşe yol açacak şekilde yoruma elverişlidir. Şöyle ki, paydaşların tümüne karşı olan yükümlülükler ancak müşterek mülkiyet ilişkisinin getirdiği yükümlülükler olabilir. başka bir ifade ile bu yükümlülükler ancak

(31) Meier-Hayoz, art. 649/b-49/c, Nr. 8; Müller, s. 36.

(32) Meier-Hayoz, Sachenrecht; s. 73; Ayrıca bk., Peter-Ruetschi, s. 28; Tuor/Schnyder, s. 626-627.

(33) Bu konuda bk., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 641; Tunçomağ Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1B.6, İstanbul 1976, s. 426-427.

birlik ilişkisi ile açıklanabilir. Oysa paydaşların bir kısmına –ki tek bir paydaş dahi paydaşların bir kısmıdır– karşı olan yükümlülükler ile bu yönde özel bir hak sujesi bulunmadığına göre, hukuk düzeninin tüm fertlere karşı olan yükümlülükleri kastettiğini kabul etmek gerekir.

Görüldüğü gibi yükümlülük kaynağı olarak, tüm fertlere yönelik ve nasıl davranılacağını belirleyen bir davranış normunun bulunması gerektiği açıktır. İşte bu kurala aykırılık oluşturan fiil ile birlikte yükümlülük ihlali koşulu gerçekleşmektedir. Eş deyişle, haksız fiil ile kıyaslandığında, "yükümlülük" hukuka aykırılığı karşılamakta; "ihlal" ise buna yolaçan davranışı (fiil, hareket) ifade etmektedir (34). Sonuç olarak öz bir deyişle paydaşlıktan çıkarmanın ilk koşulu, failin bir yükümlülüğü ihlal etmesidir.

Doğaldır ki yükümlülüğün ihlali koşulunu, bir de mağduru açısından irdelenmesi gerekir. Paydaşlıktan çıkarma davasında yükümlülük ihlali diğer paydaşlara (bir kısmına veya tümüne) karşı işlenmelidir.

Sonuç olarak M.K. m. 626/a hükmünün uygulanması için bir tek normun ihlali dahi yeterlidir. Bu açıdan nicelik tartışması yapılamaz. Nitelik tartışması ise yukarıda incelediğimiz kusuru ve aşağıda inceleyeceğimiz yönü ile hakimın takdirince müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez kılıp kılmayacağı yolunda yapılacak araştırma olacaktır.

bb- Davada İleri Sürülen Yükümlülük İhlaline Bağlı Hükümün Değerlendirilmesi

Dava ile ilgili olarak bir çok yükümlülük ihlali paydaşlıktan çıkarma talebi için hukuki sebep olarak gösterilmiştir. Ancak, dava dilekçesinde belirtilen ve ihlal edildiği iddia edildiği ileri sürülen yükümlülük ihlalleri Yargıtay kararında tamamen sükutla geçiştirilmiştir. Bunlar ciddi birer yükümlülük ihlali oluşturur. Şöyle ki alt kira ile taşınmazın kiralama yetkisi bulun-

(34) Bu konuda davranışın ayrı bir unsur olarak ele alınması ve kavram monusunda ayrıntılı bilgi için b1., ve karşılaştır; Eren, s. 30.

maksızın kiralanması, bunlardan gelir elde etmesine rağmen diğer paydaş davacıyı intifadan men etmesi, eğer ariyet olarak verdi ise olağanüstü bir idari iş olarak bunu yapmaya yetkisinin olması (M.K. 624-625) önemli tamirat işlerini diğer paydaşın iznini almadan yapması (M.K. 624). Bu yükümlülük ihlallerinin koşullarının gerçekleşmesi konusunda ayrıntıya girmiyor, sadece belirtmekle yetiniyoruz.

Bir diğer iddia ile ortaya çıkan ilginç hukuki sonuç ise şudur: Gerçek kişi paydaşlardan davalı kiralayan olarak imzaladığı sözleşmede aynı zamanda tüzel kişilik sahibi kiracının tek temsilcisi olarak yer almıştır. Özel hukukta pek sık rastlanmayacak türde yeralan bir olgu olarak ortaya çıkan bu sonuçta ilk bakışta hukuka aykırı bir yön bulmük mümkün değildir. Ancak tapu uygulamasında taraf oluşmaması olarak nitelenerek kabul edilmeyen bu uygulama çifte temsil olarak adlandırılan özel hukuk sorununa benzemektedir. Bu konuda temsil yetkisinin tamamen güvene dayanan özelliği sonucu mümessil özel olarak yetkili kılınmamış veya işin niteliği buna elverişli değilse, akit temsil edileni bağlamaz denmektedir.

Bu gibi durumları için, son zamanlarda perdeyi kaldırma teorisi ileri sürülmüştür (35). Tartışmaya meydan vermeyen bir ilke olarak tüzel kişiliğin tanımında ve kurucu unsurlarından olan bağımsız varlık ilkesi vardır. Tüzel kişiliğin üyelerinden bağımsız hukuki varlık oluşturması, yani ayrılık ilkesi olarak ifade edilen hukuki ayrılığın kötüye kullanılması daima önlemek istenmiştir. Çünkü; tüzel kişiliğin, sözleşmeden veya kanunda doğan yükümlülüklerden ve sorumluluklardan kurtulmak amacı ile kullanılmasına hiç bir hukuk düzeni izin vermez. Başka bir deyişle bu yoldaki menfaat korunamaz. Doğal olarak bu durumu öngören hukuk sistemlerince, ayrılık ilkesinin kötüye kullanıldığı hallerde tüzel kişilik dikkate alınmamaktadır. Başka bir deyişle, bu konuda ayrı hukuk subjeleri bulunduğu yolunda savunma yapmak isteyenlere fırsat verilmemektedir.

(35) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., Tekinalp Gülören/Tekinalp Ünal: Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 387 vd.

Bu durumda İngiliz hukukundan gelen deyimle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması (peçenin kaldırılması) (36) tabirine yer verilmektedir. İşte bu teorinin pek uygulanmadığı ülkemiz açısından bile M.K. 2. maddede ifade ve anlamını bulan hakların kötüye kullanılması yasağı bu noktada da geçerlidir. Bu konuda tek imzalı olarak temsil ettiği şirketi lehine kararlar alarak müşterek malik sıfatı aleyhine zorluklar çıkararak ve diğer paydaşın malvarlığı haklarına zarar veren davalının kötü niyeti yükümlülük ihlali olarak titiz bir araştırma ile karara esas alınmalıydı. Bu konuda olumsuz sonuca varılmış olsa idi dahi doyurucu bir gerekeye ihtiyaç bulunduğunu kimse yadsımayacaktı.

Sonuç olarak, Yargıtay ilamında sanki bir tek yükümlülük ihlali varmış o da haksız rekabet davasından doğmuştur şeklinde bir yargıya dayanılarak dosya incelenmiştir. Oysa gerek mahkeme kararında gerek davacı dilekçesinde ileri sürülen bir çok yükümlülük ihlali M.K. 626 anlamında hepsi birer paydaşlıktan çıkarma davasına yeterli gerekçe oluşturabilecekken kesinlikle inceleme konusu yapılmamıştır. Yargıtay ilamı bu açıdan eksik inceleme ile malüldür.

Bu konuda paydaşlıktan çıkarma davasına bakan hakimin yükümlülük ihlali oluşturan davranışlara ilişkin mahkeme kararları karşısında bağlayıcılığı hakkında da bir kaç söz söylemek istiyoruz.

Bu konuda, kararların bağlayıcılığında sözedebilmek için yükümlülük ihlaline ilişkin bir mahkeme kararı bulunmalıdır. Böylece yükümlülük ihlaline bağlı mahkeme kararı ile yine buna dayalı paydaşlıktan çıkarma davası arasında bu konuda aranan koşul olarak bağlantı bulunduğunda kuşku yoktur (37). Bu koşulun üzerine yapıyı kuracak olursak karşımıza çeşitli ihtimaller çıkabilecektir. Sıralayacak olursak, tarafların elinde (davalı veya davacı olarak lehlerine) paydaşlıktan çıkarılmaya esas yükümlülük ihlaline bağlı hukuk mahkemesi veya ceza mahkemesi

(36) Bu deyim için ayrıca bk., Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklık ve Kooperatif Hukuku B.5, İstanbul 1993, s. 121; Serozan Rona: Tüzel Kişiler, B.2, İstanbul 1995, s. 387 vd.

(37) Kuru, Usul III, s. 2358.

ya da her ikisi de birlikte bulunabilecektir. Herhalde bu konuda en ilginç, karşılıklı olarak çelişkili verilmiş hukuk ve ceza mahkemesi kararlarını lehlerine olacak şekilde ileri sürmeleri olacaktır.

Bu konuda açıklamalarımıza geçmeden önce, hukuki sorumluluk olarak haksız fiile ilişkin davalarda ceza mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen B.K. m. 53 hükmüne ilişkin genel ilkelere değinmek istiyoruz. Öncelikle hükmü verelim: "Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkemiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat ile de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun taktiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez". Bu hükme bağlı olarak, ceza hukuku ve ceza mahkemesi kararları karşısında hukuk hakiminin bağımsızlığının düzenlendiği öne sürülmüştür (38). Gerçekten de haksız fiil ve suçun çok farklı temellere dayalı kavramlar olarak ortaya çıkışı (39) bu sonucu haklı kılmaktadır. Ancak, öğretilerde bu sonucu katı bir şekilde uygulanmasının bazan haksız sonuçlara yolaçabileceği de öngörülmüş bulunmaktadır. Bu nedenle, ceza yargıcının, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğine ilişkin kararlarının hukuk hakimini bağlayacağı kabul edilmektedir (40).

Bu sonuç yerindedir; çünkü, ceza mahkemesi hakiminin fiilin sanık tarafından işlendiğini kabul etmiş iken bu defa haksız fiil nedeni ile açılmış tazminat davasında hukuk hakiminin fiilin davalı tarafından işlenmediği kabul ederek davayı reddetmesi düşünülemez. Böyle bir çelişki hukuk sistemi içinde barındırılmazdı.

(38) Eren, II, s. 419.

(39) Bu konuda bk., Eren, II, s. 418 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 946 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet: Haksız fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, AÜHFD, C.XXIX, Y. 1972 S. 3-4, s. 185-186.

(40) Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 951; Üstündağ, Usul, s. 596; Kılıçoğlu, s. 207.

Bu sonuca bağı olarak hukuk hakiminin ceza hakiminin kararları karşısında kural olarak bağımsızlığı kabul edilince konumuzla ilgili olarak hukuk mahkemelerinin görevine giren davada ne yapılacaktır? Paydaşlıktan çıkarma davasına bakan hakim, ceza ve hukuk hakiminin kararları karşısında nasıl hareket edeceği dikkatle araştırılmalıdır.

Artık vardığımız genel ilkelerin yardımı ile paydaşlıktan çıkarma davasında hakim hukuk ve ceza mahkemesi kararları ile kural olarak bağı olmayacağını ifade edebiliriz. Hemen görülmesi gereken şekilde, yükümlülük ihlaline yolaçan bu kararlar arasında bağlantı kuşkusuz ise de, paydaşlıktan çıkarma davasında hakim tarafından yükümlülük ihlalinin işlenmesi olgusuna bağı olarak, ağır surette işlenmiş olma koşulu ve bu nedenle müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale gelip gelmediği hususu da ayrıca karara bağlanacaktır.

Bu kapsamda, hakim yükümlülük ihlaline ilişkin kararlarla bağı değildir. Bağı olmama ile yalnızca bir zorunluluk bulunmadığına işaret etmiş bulunuyoruz. Yoksa, paydaşlıktan çıkarma davasına bakan hakim, haksız fiil, akte (bu anlamda hukuki işlem olarak kararlara) aykırılığa ve suça ilişkin ceza kararlarını takdir hakkına bağı olarak serbestçe değerlendirebilecektir (41). Bu sonuç, konumuzu oluşturan paydaşlıktan çıkarma davasının niteliği karşısında son derece yerindedir.

cc- Müşterek Mülkiyet İlişkisinin Devamının Çekilmez Hale Gelmesi Koşuluna Bağı Olarak Kararların İrdelenmesi

Somut olayda bir diğer özellik şu şekilde ortaya çıkmaktadır. Müşterek mülkiyet ilişkisini çekilmez hale getiren olayların yükümlülük ihlallerinde önce başladığı olgusu söz konusudur. Ancak, kanunun amacı bunun önemi yoktur. Yargıtay kararında belirtildiği gibi ticari ilişkilerden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunduğu kesinlikle anlaşılmaktadır ifadesi yer almaktadır. Oysa belirttiğimiz gibi yükümlülük ihlalleri haksız rekabet dışında da oluşmuş ve sonuç olarak tarafların bir araya gelmesine olanak tanımayacak hale gelmesine yol açmıştır.

(41) Eren, II, s. 49.

İşte bu konuda tanık ifadeleri önemlidir. Davada mahkeme bu konuda davanın önemine binaen titiz davranmış ve her iki taraf iddialarına dayanan tanıklar dinlenmiştir. İlginç bir hukuki konuda ortaya çıkan sonuç davalı tanıkları dahi müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiğini belirtmişlerdir.

Bu konuda yükümlülük ihlalleriyle, M.K.un 626/a maddesi kapsamında müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale gelmesi sonucu arasında illiyet bağına takdir hakkı mahkemece yerinde kullanmıştır. Çünkü, korunması gereken çıkar yükümlülük ihlalinin mağduru olacaktır.

Türk hukukunda yükümlülük ihlalinin bir defa oluşması yeterlidir. Oysa İsviçre Medeni Hukukuda (ZGB. Art 647) aynı yönde yeralan hükümlerle paydaşlıktan çıkarmaya karar verebilmek için davalıya daha önce yapılan uyarı ve ihtarların neticesiz kalması gerektiği ifade edilmiştir (Meier-Hayoz Art 649/b - 649/c Nr:6). Somut uyuşmazlıkta, yükümlülük ihlallerine karşı davalı defalarca uyarılmıştır. Açıkça görülmektedir ki, ihlallerin sürüp gitmesi (temadi etme) söz konusudur. Bu takdirde kanun yürürlüğe girmeden önce oluşmuş ihlallerin sürüp gitmesinde dahi yükümlülük ihlali M.K. 626/a bendinin uygulanmasına esas olmaktadır.

Yargıtay kararında davalı paydaşın müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirdiğini belirleyen kanıt yoktur denilmektedir. Bu konuda onlarca tanık dinlendiği görülmektedir. Tanık ifadeleri, davalı tanıkları da dahil, müşterek maliklerin biraraya gelmelerine imkan olmadığı yolunda beyanlarla doludur. Hal böyle iken kanunun amacı, bu hale gelmesinde ve bu hale gelmiş iken, ilişkilerin bir daha düzelmez hale gelmesinde taraflardan birinin yükümlülük ihlalinin sabit olmuş ise mağduru çıkarılarak, davalının payının dileyen kişiye devrine verilmek suretiyle müşterek mülkiyet birliğinin yükümlülük ihlal eden fâilsiz devamındaki mefaatler korunmaktadır. İşte mahkeme kararı dava dilekçesinde ileri sürülen yükümlülük ihlallerinin subut bulduğuna karar vererek M.K. 626/a bendinin gereğini yerine getirmiştir. Bunca yükümlülük ihlali çeşitlemesine bağlı olarak ilginç bir içtihat olacak iken, kararın haksız ve eksiz in-

celemeye dayanan bir kararın bozulması, hukuka ve bu konuda ki M.K. 626/a, (ZGB Art, 649) hükmünün ruhuna uygun düşmemiştir.

3- KARAR DÜZELTME SONUCU VERİLEN YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ'NİN KARAR ELEŞTİRİSİ

Yargıtay 6. H.D.'sinin tashihi karar üzerine verdiği olumsuz kararın, asliye hukuk mahkemesinde görülmüş bir dava olması ve niteliğinin M.K. 627 maddesine dayanan paylı halin giderilmesi çok farklı olması nedeniyle yanlışlığı tartışmaya imkan vermeyecek niteliktedir. Tamamen mazeretsiz bir kararın bir kimsenin hak arama özgürlüğü elinden alınmıştır. Unutulmalıdır ki istisnalar ilişkin oldukları olaylara uygulanır.

4- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ ELEŞTİRİSİ

Yerel Mahkeme hakimi yukarıda aktardığımız gerekçeleri ile ilk kararında gerekçedeki eksikliklerini tamamlamış; kanunun ruhuna uygun bir araştırma ile yükümlülük ihlallerini subut bulduğuna inanarak saptamış ve bu ihlallere bağlı olarak müşterek mülkiyet ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiğini takdir hakkına bağlı olarak kabul etmiştir. İlk derece mahkemesi bu denli ciddi bir yaklaşımla ısrar kararı vermiş ve Yargıtay kararına eleştiriler getirmiş iken, aynı ciddi yaklaşım hukuk genel kurulunda maalesef görülememiştir. İşte kabul edilemez olan da bu noktada yatmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 6. H.D. sinin vermiş olduğu kararı aynen, mote mot tekrar ederek, kararı oybirliği ile almış bulunmaktadır. Bu durumda hakimlerin ısrar kararı ile neden hukuk genel kurulu kararı incelemesine ihtiyaç bulunduğu sorusu sorulabilecektir.

Bu açıdan Hukuk Genel Kurulu kararı adı altında, formül karar diyebileceğimiz bir karara yer verilmesi hiç kimseyi hatta lehine karar verilen davalıyı dahi tatmin etmeyecektir.

Bu araştırmayı şahsi bir kinle yazmış değiliz: Çünkü karar yine olumsuz olmakla birlikte yalnızca davacının yükümlülük

ihlallerinin subut bulmadığına ve fakat tek tek cevaplandırılarak cevap verilmiş olsa idi veya subut bulanlar kabul edilmekle bu ihlalleri müşterek mülkiyet ilişkisinin devamını tarafların sosyal statü ve somut olayın koşullarına uygun olarak çekilmez kılma- yacağı gerekçeleri (katılmasak da) yazılmış olsa idi bu karar tahlilini yapma gereğini duymayacaktık. Örneğin, Yargıtay bun- dan sonra bu davanın emsal alınacağı uyuşmazlıklar için müşte- rek mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez kılan yükümlülük ih- lalleri konusunda, adam öldürmeye teşebbüs suçu, bu suça az- mettirme, ağır yaralama, ırza geçme, hırsızlık, gasp, hakaret ve sövme gibi hukuka aykırı fiillerin kabul edilebileceğini söylemesi halinde bu takdire karşı hiç bir müdahalemiz olmayacaktı. Yal- nızca, davalının aynı hakkına son verilecek bir davada yükümlü- lüklerin ağır ihlalinden bu tür fiilleri anlamamız gerektiği sonucu bu konudaki takdir yetkisine dayanarak saygı ile karşılayacaktık. Ancak, yüksek mahkeme kararları yanlışlarla dolu olduğu gibi, tam bir gerekçe fukarası olarak gözükmemektedir.

Biz de Hukuk Genel Kurulu kararına eleştiri olarak Hukuk Genel Kurulu'nun yaptığı gibi formül bir eleştiri getirelim. Yar- gıtay 6. HD.si kararına yaptığımız eleştiriler burada da geçerli olduğu için tekrar etmeye gerek duymadığımızı belirtmekle yeti- nelim.

Araştırmamızı, Hukuk Genel Kurulu'nun 16.6.1993 T. 1993/ 15-551E 1993/454 sayılı kararını aynen yazarak tamamlamak is- tiyoruz. Buna göre, bir yerel mahkeme ısrar kararı ile ilgili ola- rak, "mahkememizce verilen 12.2.1992 tarihli karar verinde gö- rüldüğünden verilen kararda ısrara "denilmek suretiyle karar oluşturulmuş, gerekçeli kararın hüküm fıkrasında ise bu kez yalnızca "mahkememizce verilen 12.2.1992 tarihli kararda dire- nilmesine" denilmekle yetinilmiş, başkaca bir açıklamaya yer ve- rilmemiştir saptamasını yapan Hukuk Genel Kurulu bu karar üzerine şu güzel tespitleri yapmaktadır.

"H.U.M.K. m. 388 ve 389'a göre kararın açık ve net olması ge- rekir. Aksi durum yani tereddüt ve ihtilaflar yaratır. Hüküm he- define ulaşamaz. Bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitir- diğinden bu karara atıf suretiyle hüküm tesis edilemez" şeklinde

özet verildikten sonra, "mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin herbiri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

Aynı kural H.U.M.K.nun 389. maddesinde de tekrarlanmıştır. Keza H.U.M.K nun 381. maddesi uyarınca (kararın tefhimi en az 388. madde de belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur). Bu biçim yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereğidir. Aksi hal, yeni tereddütler ve ihtilaflar yaratır. Hatta giderek denilebilir ki dava içinden davalar doğar. Hükümün hedefine ulaşılmasını engeller, kamu düzeni ve barışı oluşturulamaz. Ayrıca bozma kararı ile ilk hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşikardır.

Öte yandan Yargıtay yerleşmiş görüşü de bu yöndedir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323-391 sayılı ve 18.9.1991 gün, 281-415 sayılı ve 25.9.1991 gün, 355-440 sayılı kararları).

Ceza Genel Kurulu'nca da C.U.M.K.nun benzer hükümleri taşıyan 261 ve 268 maddelerinin uygulanmasında bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme yeteneğini yitirdiğinden, önceki hükümde direnilmesine ve atıf suretiyle hüküm kurulamayacağı kabul edilmiştir. (Ceza Genel Kurulu'nun 2.2.1976 gün, 22-25 sayılı kararı)

O itibarla mahkemece H.U.M.K.nun 388. Maddesinin açık hükmü gözetilmeksizin yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır" sonucuna varılmıştır (42).

Görüldüğü gibi Hukuk Genel Kurulu, gayet yerinde bir tutumla yerel mahkemeye önceki karara yalnızca değinmek sureti ile ısrar kararı vermesi ile ilgili olarak şu uyarıyı yapmaktadır. Bozulmakla geçerliliğini yitiren karar üzerine gerekçeli karar yaz-

(42) Karar için bk., Ankara Barosu Dergisi, Y. 1994, S. 2, s. 275-276.

mak zorunda olduğu hatırlatılarak, aksi takdirde yargıda açıklık ve netlik prensibini ihlal etmiş olacağı belirtilmektedir.

Sonuç olarak, hukukun bir çok etkene bağılı olarak yara aldığı ve bu nedenle gittikçe artan bir hızla hukuk devleti olma niteliğinden uzaklaştığımız şu günlerde, gerekçeli kararlara olan susuzluğumuzu ve hiç olmazsa yüksek mahkemenin Hukuk Genel Kurul kararlarında bilimsel araştırmalara yer verdiğini görmek arzusu ile eleştirilerimizi tamamlamış bulunuyoruz.