

■ Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN * – Av. Berşah TARTICI** ■

TARIM ARAZİLERİNİN BİRLİKTE MÜLKİYETE DAYALI OLARAK TASARRUF YETKİSİ KISITLAMA ELEŞTİRİLERİ VE CEBRİ ARTTIRMA YOLU İLE PAYLI HALİN GİDERİLEREK PARAYA ÇEVRİLMESİ UYGULAMASI

CRITICISMS OF DISPOSAL RESTRICTIONS AND COMPULSORY PARTITION
BY AUCTION IN JOINTLY OWNED AGRICULTURAL LAND

ÖZET

Bu çalışma, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile getirilen tarım arazilerinin bölünmesini önleyici hükümler çerçevesinde, birlikte mülkiyet (paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti) türlerinde ortaya çıkan hukuki sorunları ele almaktadır. Çalışmada, pay kavramının yalnızca paylı mülkiyet için geçerli olduğu, Yargıtay kararları ışığında, hatalı uygulamaların sonuçları eleştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tarım arazileri, Birlikte mülkiyet, Paylı mülkiyet, Elbirliği mülkiyeti, İcra ve İflas Kanunu m.121, 5403 sayılı Kanun.

ABSTRACT

This article examines the legal challenges arising from the application of co-ownership regimes—specifically, tenancy in common and joint ownership—within the framework of the provisions introduced by Law No. 5403 to prevent the division of agricultural lands. It argues that the notion of “share” applies exclusively to tenancy in common, and critically assesses the consequences of misapplication of the law, as well as incorrect interpretations and practices in this context, in light of the Supreme Court’s jurisprudence.

Keywords: Agricultural lands, Co-ownership regimes, Tenancy in common, Joint ownership, Enforcement and Bankruptcy Law Art. 121, Law No. 5403.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 08.07.2024 **Kabul Tarihi:** 19.08.2025

* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0002-8622-9660>

Maltepe Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, sabaozmen@sabaozmen.av.tr

** **ORCID ID:** <https://orcid.org/0009-0006-8786-8524>

İstanbul Barosu Avukatı, bersaht@unitedks.com

I. GENEL OLARAK KONUNUN SUNUMU

5403 sayılı “*Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı*” başlıklı Kanun¹ özünde doğru bir yaklaşımla tarım arazilerinin yaşamdaki önemine bağlı olarak korunması uyarınca en önemli tedbirlerden biri olarak bölünmenin önüne geçme yolunda hükümler getirmiştir. Yıllar önce bir dönem bölünmenin yasaklandığı ve sonra uzun müddet böyle bir kısıtlamaya tabi olunmadığı süreçte ne denli olumsuz sonuçlara yol açtığı anlaşılmakla bölünme yolunda kısıtlamalar temelde isabetli kabul edilmelidir. Ayrıca verimlilik açısından tarım arazilerinde paylı mülkiyet oluşumunun da kısıtlamaya tabi tutulduğunu görmekteyiz. Bu konuda eleştirecek hiçbir yön bulunmadığı gibi Kanunun konuluş amacının (hikmeti vücudu; ratio legis) takdire şayan olduğu açıktır. Ancak Türk Kanun Koyucusu, bu konuda da bilimsel temelden uzaklaşmanın sonucu olarak sıkıntılara vücut vermektedir. Bizi hiç şaşırtmayan yönüyle hukuk bilimi temelinden nasibini almamış pratik zekâlı bürokrat metinleriyle yürürlüğe sokulan hükümlerle, kanunlarımız, hemen akabinde yaşanan olumsuzluklarla kısa sürede art arda değişikliklere uğramıştır. Kulağımıza gelen bir bürokrasi esprisi “*Kanun yapma işi, hukukçulara bırakılmayacak kadar ciddi bir iştir.*” sözü ile hareket eden bürokrasi metinlerine Özmen’in en ağır eleştiriler ile vereceği cevaplara hazır olunmalıdır.

Bu yönü ile Türkiye Cumhuriyeti’nin en başarısız metinleri arasına 5711, 5092 sayılı Kanunlar ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu değişiklikleri, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 6306 sayılı Kanununa bir de 5403 sayılı araştırma konumuz “*Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu*” başlıklı metin de eklenmiş bulunmaktadır.

Araştırma konumuz açısından 5403 sayılı Kanuna emeği geçen kişilerin Eşya Hukuku bilgisinden hiç nasibini almadıkları, birlikte mülkiyet (TMK m.688-703) üst başlığı altında elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet; TMK m.701-703) ile paylı mülkiyet (müşterek; TMK

¹ 19.07.2005 tarihli, 25880 sayılı Resmi Gazete uyarınca yayımlanmıştır.

m.688-700) ayırımının farkında olmadıkları ve de malvarlığını etkileyen kazandırıcı işlemler üst başlığı altında borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) ve tasarruf işlemi ayırımını² bilmediklerine ilişkin emareleri kolaylıkla gözlemleyebilmekteyiz.

Araştırmamız, tarım arazilerinde mevcut parsel büyüklüklerine bağlı olarak küçülmenin sonucu yapılan hatalı tercihlerle birlikte, mülkiyet kavramının bilinmemesine dayalıdır. Gerek elbirliği mülkiyetinin zorunlu sonucu miras ortaklıklarında paylı mülkiyete geçişin engellenmesi, gerekse mevcut paylı mülkiyette pay devrinin yasaklanması nedeniyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) hükümlerince, bir malvarlığı değeri elbirliği ortaklığı ve paylı mülkiyet payının paraya çevrilmesinde payın, hatalı uygulamayla tıpkı pay kavramının olmadığı elbirliği ortaklığında olduğu gibi alacaklılarının menfaatini korumak yolunda taşınmazın bütününe yönelik cebri arttırma kararları alınması sonucu yaşanan hukuksuz uygulamalar irdelenecektir.

II. ARAŞTIRMA KONUSU İİK M.121 HÜKMÜNÜN BİRLİKTE MÜLKİYET ÜST BAŞLIĞI ALTINDA DÜZENLENMESİ

İcra ve İflas Kanunumuz aşağıda irdedeceğimiz metni ile TMK m.701/II “*Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır.*” şeklindeki hüküm gereği olarak elbirliği ortaklık hakkının malvarlığında yer alan haczi kabil bir değer olmasına dayalı kabulü paylı mülkiyet açısından gerek olmayan özel bir düzenleme getirilmiştir. Çünkü pay kavramına bağlı olarak TMK m.688/son “*Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.*” şeklindeki hükmü, açıkça anlaşılacağı üzere payın bir malvarlığı değeri olarak diğer paydaşları etkilemeden haczini ve paraya çevrilmesini mümkün kılar.

² Bu kavramlar açıklayıcı bilgiler için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014

Bu ön bilgi sonrası araştırmamızın amacı, İcra ve İflas Kanunu'nun "Paraya çevirmenin diğer tarzı. İştirak halinde mülkiyet hisseleri" başlıklı m.121 " ... yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi ... satılması lazım gelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malûm olan alakadarları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir." şeklindeki hükmüne dayalı sonuçları tarım arazilerine yönelik irdelemektir. Hemen belirtelim madde kanuni terminolojiyi kullanma bakımından tam bir başarısızlık örneği sergilemektedir. "İştirak halinde mülkiyet hisseleri" ya da "iştirak halinde tasarruf edilen mal hissesi" ifadesi yeni tabiriyle elbirliği mülkiyeti kavramından bi' haber olunduğunun apaçık göstergesidir.

Maddenin deyimisel yorumu idari açıdan geniş bir takdir yetkisi vermiş iken bu konuda kolaya kaçılarak ve Yargıtay kararları denetiminden geçmekle daima eşyanın (taşınır/taşınmaz) tümünün cebri arttırma ile satışına karar verilerek, eşyanın elbirliği ortaklığı konusu olmaktan çıkmasına neden olan uygulamalar yerleşmiş bulunmaktadır. Oysa olması lazım gelen bir yol olarak, icra memurunun süre vermek suretiyle diğer ortaklara alacaklıların ifa menfaatini sağlayan ortaklığın devri (Örneğin, adi ortaklıkta TBK m.632 vd. ortaklık devri mümkün olmakla ortaklar arasında bu devrin gerçekleşmesi için süre verebilmesi gibi.) yolunda çözümler üretmesi mümkün iken kolaya kaçılarak bu tür bir çaba sarf edilmediğini görüyoruz.

Konumuz bu olmamakla İcra ve İflas Kanunu hükmünün Yargıtay içtihatlarına dayalı tarım arazilerinde andığımız hatalı düzenleme ile paylı mülkiyette de kıyasen uygulanması sonucu yansıtılması doğru değildir. Üstelik bu konuda öğretiler³ tarım arazileri ile sınırlı dahi tutmak-

³ "Yargıtay, haczedilen paylı mülkiyet hissesi hakkında İİK'nun 121. maddesi hükmünün uygulanamayacağı, yani, icra mahkemesi tarafından, alacaklıya şüyuun giderilmesi davası açmak için yetki verilemeyeceği görüşündedir. Fakat, (özellikle paydaş sayısının çok olması halinde olduğu gibi) bazen paylı mülkiyet hissesinin yalnız başına satılması zor olabilir (alıcı bulunmayabilir) veya satış çok düşük bedelle olur. Bu gibi hallerde, borçlunun paylı mülkiyet hissesini haczettirmiş olan alacaklıya, icra mahkemesi (m.121'e göre) şüyuun giderilmesi davası açma yetkisi verebilmelidir. Fakat, yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay karşı görüştedir.", Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, İstanbul, s.546.

sızın İİK m.121 hükmünün bazı somut uygulamalara dayalı olarak paylı mülkiyet payı ile ilgili olarak da uygulanabileceğini kabul eden görüşlere rastlanmaktadır. İlk bakışta şekli hukuk açısından kıyasen uygulamada akla uygun gelebilecek bu uygulamanın gerçekten maddi hukuk açısından irdelenmesi gereğini duymuş bulunmaktayız. Bariz farklılıklarla Medeni Kanunumuzun düzenleme konusu içinde kalan iki mülkiyet türünün hiçbir hukuki doku benzerliği bulunmamasına rağmen elbirliği mülkiyeti hükmünün, bu kıyas yoluyla uygulanmasının amaçsal yorum ilkeleriyle hiçbir şekilde bağdaşmadığını vurgulayacağız.

Bu konuda aksi görüşü savunacılara tokat gibi bir gerekçeyi hukuk tarihine dayalı arayacak olursak, bu sav iddialarına Mecelle'den gelen özlü *“benzer olaylar aynı hükmü alırlar”* deyişiyle elbirliği mülkiyetine ilişkin hükmün hiçbir şekilde benzerlik arz etmeyen paylı mülkiyete uygulanması aşağıda sıralayacağımız sancılara gebedir. Latince deyişle *“singularia non sunt extendā”* yani *“istisnalar dar yorumlanır”* şeklindeki ifadeye konu köklü ortak aklın muhteşem zekâ ürünü olan Roma Hukuku ilkelerinin, Atamızın armağanı olan Medeni Kanunumuza temel oluşturuyor gerçeği karşısında aksi yönde bilimsel görüşlerin hiçbir hukuki değeri olmadığını vurgulamaya çalışacağız.

Diğer yönden, Yargıtay kararları açısından başlangıç sonucunu belirleyecek olursak genel hükümler açısından paylı mülkiyetin herhangi bir somut olguya dayalı korunması gereken yarar görmeyerek, paylı mülkiyet ilişkisinde payı haczedilmesi durumunda İİK m.121/e hükmünce taşınmazın tamamının alacaklıya paylı halin giderilmesi davası açma yetkisi verilmesini kabul etmeyen Yargıtay kararları son derece isabetlidir.

III. ARAŞTIRMAYA ESAS OLARAK BİRLİKTE MÜLKİYET ÜST BAŞLIĞI ALTINDA PAYLI MÜLKİYET VE ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN BARİZ AYRIMI

A. BİRLİKTE MÜLKİYET TÜRLERİNDE “PAY” KAVRAMININ İRDELENMESİ

Birlikte mülkiyet türleri olarak karşımıza çıkan paylı (müşterek; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴ m.688 vd.) ve elbirliği (iştirak halinde; TMK m.701-703) mülkiyetinde araştırmanın hacmiyle özlüce vurgulamak gerekirse “*bölünmezlik olgusu*” hâkimdir⁵. Buna göre birlikte mülkiyette ne konusu eşya ne de mülkiyet hakkı bölünmektedir. Bölünen sadece paylı mülkiyette Türk Medeni Kanunumuz m.683 vd. hükümlerinin oluşturduğu hukuki statü gereği mülkiyet hakkının hak sahibine bahşettiği yetkililerdir; bölünebilen nitelikte olanlarda paylar oranında, bölünemez olanlarda ise tüm paydaşlara ait kılınmıştır. Buna karşılık elbirliği mülkiyetinde, TMK m.701’de yapılan genel tanımla elbirliği mülkiyetine doğrudan vücut veren kanun hükümleri (miras ortaklığı) veya kanun hükmü ile öngörülen hukuki ilişki tesisince (eşlerin mal ortaklığı; adi ortaklık gibi) uygulanacak bağlayıcı hükümler çerçevesinde mülkiyet hakkının içeriğinde yer alan yetki ve yükümlülüklerin birlikte kullanımı söz konusu olmaktadır.

Uygulamada halkın paylı mülkiyeti yüzölçümü ile ifade ederek hak sahipliğinden söz etmesi hiçbir bilimsel temele dayanmamaktadır. Pay, Tapu Sicil Tüzüğü m.28⁶ hükmünce bir kesir olarak ifade edilmekle yüzölçümüne dayalı olarak tapu kütüğüne tescil olunmamaktadır. Son

⁴ 8.12.2001 tarihli, 24607 sayılı Resmi Gazete uyarınca yayımlanmıştır.

⁵ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, 341; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, 2018, 410-411; Halûk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, 244-245; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 329; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 16. Baskı, İzmir, 2021, s. 265.

⁶ Tapu Sicil Tüzüğü m.28/III “Paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterilir.”.

yıllarda TMK m.1020 hükmünce ilgililere verilen tapu kütüğü sayfası örneklerinde yüzölçümlerine yer verilmesi tamamen hatalıdır.⁷

Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyetinin asla karıştırılmaması gereken farklılıkları, bu araştırmanın temel hareket noktası olacaktır. Ayırt edilmesi gereken en önemli özellik ise paylı mülkiyet kurumunda öne çıkan “pay” kavramının elbirliği mülkiyetinde asla söz konusu olmamasıdır. Süje özelliği bakımından önemle vurgulamak gerekirse Kanunumuzun da bu tabirlere isabetle yer vermesi sonucu paylı mülkiyette hak sahipliği “paydaş” ifadesi ile vurgulanmış iken, elbirliği mülkiyetinde hak sahipliği yerini “ortak” ifadesine bırakır. Pay, paylı mülkiyet kurumunda hukuki varlığı ile bir eşya olmayıp “hak”tır.⁸ Ancak taşınmaz üzerinde söz konusu olduğunda Tapu Sicil Tüzüğü m.28 hükmünce kendine has mülkiyet tescilince taşınmaz gibi işlem gören bir malvarlığı değeri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Buna karşılık bariz bir farklılıkla ayrılması gereken elbirliği ortaklığına vücut veren ilişki asla üzerinde ortakların bağımsız tasarruf edebileceği pay kavramına vücut vermez. Bu husus, TMK m.701/II hükmü gereği tartışmasızdır. Hatta anılan adi ortaklığa vücut veren hukuki ilişkilerin sona ermesi halinde yine kendiliğinden paylı mülkiyete dönüşüm söz konusu olmayıp anılan hukuki ilişkiden doğan oranlar kural olarak tasfiyeye yönelik hak sahipliği statüsüne vücut vermektedir. Bu görüşümüze karşılık örneğin eşlerin mal ortaklığında aksi kararlaştırılmadıkça yarı oranda⁹; miras ortaklığında mirasçılık belgesinde yer alan miras payları ile adi ortaklıkta sözleşme özgürlüğünce kararlaştırılan kazanca katılma oranlarının varlığı tıpkı pay gibi kesir olarak ifade edilen orana vücut

⁷ Örneğin, kat mülkiyetinde bağımsız bölümlerin ilintili arsa payları temelinde paylı mülkiyet barındırmakla, kentsel dönüşüm uygulamalarında sonradan KMK m.3 hükmünce yeni bağımsız bölümlerin değerine göre değişmekle bazı kimselerin yüzölçümü hesabı yapması garabet iddialara vücut verebilmektedir.

⁸ E. Saba Özmen/Melek Bilgin Yüce, *MK md. 700 Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:81, Sayı:3, 2007, İstanbul, s.949-970, s.952; Oğuzman/Seliç/Oktay Özdemir, s. 303; Nomer/Ergüne, s. 210. Payın niteliğine ilişkin doktrindeki tartışma için ayrıca bkz.: Akipek/Akuntürk/Ateş, s. 390.

⁹ Türk Medeni Kanunu m.276/II “*Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir.*” hükmü gereği oranın değiştirilmesi mümkündür.

vermekle hatalı savlara haklılık kazandırmayacaktır.¹⁰ Bu bağlamda paylı mülkiyette olduğu gibi üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek ve taşınmazlar açısından bazı sınırlı aynı haklar kurulmasına dahi imkân veren pay özelliği elbirliği mülkiyetinde söz konusu edilemez. Araştırmamız açısından ara sonuçla vurgulamak gerekirse malvarlığı ile sorumluluk ilkesince paydaşın ve elbirliği ortağının eşyanın bütünü açısından hacze katlanması farklılık arz edecektir; verdiğimiz genel hükümlere dayalı bilgi çerçevesinde bu son derece doğal karşılanmaktadır.

B. PAYLI VE ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE HAK SAHİPLERİNE İLİŞKİN HACİZ İŞLEMLERİNE DAYALI HÜKÜM VE SONUÇLARIN FARKLILIĞI

Medeni Kanunumuz “Birlikte Mülkiyet” başlığı (1.kısım, 1.bölüm C.) altında düzenleme konusu yaptığı paylı ve elbirliği mülkiyeti kurumlarını bariz farklılıklarla düzenleme konusu yapmıştır. Bu araştırmada payın TMK m.688 hükmünün “Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır. Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczedirilebilir.” şeklindeki kuralı gereği bir malvarlığı değeri olarak haczedilebilme özelliğine ilişkin hükmü açık bir hukuki gerçeklik olmakla, bu yolda bir hüküm, elbirliği mülkiyetinde yer almadığı gibi varlığı da düşünülemez. Bu nedenle kıyasen hiçbir şekilde pay kavramına yer olmayan elbirliği mülkiyetinde de ortakların bir malvarlığı değerine sahip olduğu ilkesine dayalı olarak payın, konusu olan eşyadan bağımsız olarak (müstakilen) haczedilebilme özelliği asla söz konusu olmayacaktır. Çünkü elbirliği ortaklığının konusu olan eşyada bu ortaklığa vücut veren hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir cebri arttırma alacaklısının bu birliğe dâhil olması düşünülemez. Örneğin mal ortaklığını seçmiş eşlerden birinin evlilik birliğini temsili niteliğinde olmayan harcamasına dayalı olarak haciz iş-

¹⁰ Bu tür elbirliği mülkiyeti birliklerinde hak sahiplerinin malvarlığında yer alan statü gereği geçerli olan kesir temelde elbirliği mülkiyetine vücut veren hukuki ilişkinin tasfiyesinde önem kazanabilecektir. Örneğin, miras ortaklığının TMK m.642 hükmünce “paylaşmayı isteme hakkı” uyarınca miras payının niceliği önem kazanır.

lemi sonucu eşlere ait elbirliği mülkiyet konusu malın tamamının değil sadece elbirliği hakkının cebri arttırmada satılması sonucu, evlilik ilişkisinde olmayan biriyle ortaklık meydana gelecek olur ki bu sonuçla aksi düşüncenin abesle iştigal oluşturduğu konusunda daha fazla açıklamaya gerek kalmaz.

Böylece araştırmamızın hacmini sınırlandıran olgu belli olmuştur. Paylı mülkiyette malvarlığı kalemi olarak üzerinde tasarruf edilebilen konu eşyadan ayrı ve bağımsız olarak payın varlığı, borçlu kişilerin İcra İflas Kanunu m.82 kapsamında kural olarak malvarlığı ile sorumluluk ilkesi gereğince haczi kabil unsurlar açısından payın haczedilebilmesine olanak tanımaktadır. Elbirliği mülkiyeti açısından andığımız bariz farklılık ile pay kavramının olmayışı, korunması gereken alacaklı menfaati açısından İcra ve İflas Kanunumuzu düzenlemeye itmiştir.

Bu ön bilgi çerçevesinde araştırma konumuz, İcra ve İflas Kanunu anılan hükmünün özetle düzenlemesine yer vererek bu hükmün 5403 sayılı Kanuna dayalı olarak tarım arazilerine ilişkin aşağıda irdelleyeceğimiz fahiş hatalı uygulamaları ile kıyasen paylı mülkiyet birliğinde de uygulanmasına dayalı içtihatların son değişiklikle konusuz kalmasına dayalı sonuçları irdelemeye yöneliktir.

IV. ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE ORTAKLARIN BORÇLARI YÜZÜNDEN TARIM ARAZİLERİNİN HACZİNE DAYALI SONUÇLAR

A. İİK M.121 HÜKMÜNE DAYALI KANUNİ DÜZENLEME VE ELEŞTİRİSİ

Yukarıda verdiğimiz bilgi çerçevesinde elbirliği mülkiyetinde, teorik soyutlama malvarlığı kavramı açısından aktifte para ile ifade edilebilen bir değer oluşturduğu kuşkusuzdur. Paylı mülkiyetten farklı olarak bu malvarlığı değeri kanun hükmüne tabi ve kanun hükmünde öngörülmüş hukuki ilişki çerçevesinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemlerine im-

kan sağlar. Örneğin miras payının¹¹ devrine ilişkin TMK m.677 hükmü *“Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır. Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği, noterlikçe düzenlenmesine bağlıdır. Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçıya özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar.”* şeklindedir. TMK m.640/I hükmünce mirasçı, elbirliği ortaklığının, bu konudaki miras hakkının TMK m.677 hükmünce diğer mirasçılarla veya üçüncü bir kişiyle borçlandırıcı işlem olarak sözleşme yapılması ve sonrasında tasarruf işleminin gerçekleşmesi yolunda düzenleme getirmektedir.

Araştırma konumuz açısından elbirliği ortaklığı hak sahipliği statüsü, bir malvarlığı değeri oluşturması ve fakat hak sahipliğinin üzerinde tasarruf edebileceği konusu eşyadan bağımsız bir paya vücut vermemesi sorumluluk ilkesi açısından farklı bir düzenlemeye ihtiyaç doğurmuştur. Böylece malvarlığı ile sorumluluk kurumu açısından haciz işlemleri ile alacaklının menfaatinin nasıl sağlanabileceği konusunda duraksama yaşanması kaçınılmaz olmuştur. Şöyle ki, andığımız gerekçe ile paylı mülkiyette pay gibi müstakilen haczedilebilecek bir malvarlığı değeri olmadığı, buna karşılık kendisine vücut veren temel bir ilişkinin salt bir borçlu ortak tarafından ilişkiye üçüncü bir kişinin dahil olup olmayacağı veya haciz işlemiyle ortaklık ilişkisinin dağılmasının diğer ortakların hukuki yararı gözetilmeyerek salt alacaklı yararına heba edilmesi gibi düşünceler, İİK m.121’de sayılan düzenlemenin konuluş (hikmeti vücudu;ratio legis) amacıdır. Şöyle ki, maddede sayılan diğer bazı hacze konu malvarlığı değerlerinin farklı ve fakat istisnai özelliği gözetilmekle paraya çevirme yolunda önceden belirlenmiş bir yol sınırlandırılmamakla icra memurunun somut olayın özelliklerine göre farklı paraya çevirme usulleri belirlemesine hukuki zemin oluşturmuştur.

¹¹ Bu tabirle yanlışta bulunduğumuz düşünülmemelidir. Çünkü *“miras payı”*, Miras Hukuku kitabına özgü elbirliği ortaklığına ilişkin birlikte kullanılması gereken bir tabir olarak asla salt, tek başına kullanılan bir pay olarak nitelendirilemeyeceğini artık biliyoruz.

Hükmü yalnızca elbirliği ortaklığına ilişkin yönüyle aynen tekrar ederek sonuç çıkarmak gerekirse şu şekildedir: “... veya taksim edilmemiş bir miras ... yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazım gelirse icra memuru satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malûm olan alakadarları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir.”. Araştırma açısından ciddi sonuçlar doğuran bu hükmün öncelikle irdelenmesi gerekecektir.

Her zaman dile getirdiğimiz gibi şekli hukuk düzenlemesi içinde kalan hükümler maddi hukuk hükümlerini dikkate almaksızın kaleme alınacak olduğunda, bu konuda içine düşülen yanılığın facia boyutunu anlatmak için bundan daha güzel bir örnek olamayacaktır. İcra ve İflas Kanunu düzenleme konusu içine aldığı maddi hukuk kurumları özelliklerini dikkate almaksızın hükme konu edecek olursa, bir de buna yargılama makamı hataları eklenmekle içine düşülen fahiş hatalar sancılı olacaktır. Anılan madde hükmüyle ilgili olarak araştırma konumuz dışında olmakla düzenleme konusu içinde yer alan intifa hakkının satışının nasıl yapılacağı yolunda deyimsel yorumun sonucu olarak yaşanan faciayı daha önce spesifik makalemize konu etmiş bulunmaktayız.¹²

Konu başlığımız altında ilk eleştirimiz, garabetiyle malum hükmü düzeltici yoruma tabii tutacak olursak “satışın nasıl yapılacağını” ifade-sini doğru anlaşılması gereken boyutu ile “paraya çevrilme usulünü icra mahkemesinden sorar” şeklinde yorumlanması¹³ gerekeceği bilgili hukukçuların dikkatinden kaçmayacaktır.¹⁴ Konumuzla ilgili olarak eski

¹² İntifa hakkı, zorunlu olarak kişiye bağlı irtifak haklarından olmakla intifa hakkı sahibi borcu yüzünden konulan haciz nedeniyle açık artırma ile devrine karar verilerek paraya çevrilecek olursa bu konuda duyarlı hukukçuların kanunun donmasına yol açan sonucu izah etmek abesle iştigal olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. E. Saba Özmen/Selen Yıldırım, *İcra İşlemlerine Konu Olarak İntifa Hakkının Paraya Çevrilmesi Uygulamaları ve Cebren Devri Yanılığı Üzerine Düşünceler*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:1, 2017, s.152-167.

¹³ Belirtmek gerekirse İcra ve İflas Kanunumuzda paraya çevirme ve çevirme tabirlerinin niceliği neredeyse 100’e yakın olmasına rağmen satışın nasıl yapılacağı yolunda hatalı tabir bir tek bu hükümde yer almıştır.

¹⁴ Konumuz dışında intifa hakkı ile paraya çevirme usulünün sorulması üzerine verilmesi gereken İcra Mahkemesi kararına örnek vermek gerekirse, taşınmazın üzerinde mevcut intifa hakkında konut söz ko-

düzenlemeye dayalı iştirak halinde mülkiyet ile ilgili kanuni düzenlemede “mal hissesi” tabiri ile artık yeni Medeni Kanunumuza göre payın, elbirliği mülkiyetine hisse tabiri ile sokulması hatalı olmuştur. Üçüncü sınıf Eşya Hukuku bilgisi olarak sınav kâğıdında yer alması halinde fahiş hataya neden olacağını söylemekle yetiniyoruz. Neyse ki, konumuzla ilgili olarak doğru uygulama sonucu elbirliği mülkiyet ortaklık statüsünün devrine yol açan paraya çevrilme usullerine şimdilik rastlamamış olmaktadır. Bu son genel bilgiyle artık elbirliği mülkiyetinde İİK m.121 hükmünce eski Medeni Kanunumuz m.629-631 hükümlerinde yer alan iştirak halinde mülkiyeti (yeni tabirle elbirliği ortaklığı) paraya çevirme usulü hakkında bilgi vererek araştırmamız ile ilgili hedeflediğimiz sonuçlara geçebiliriz.

B. İCRA HAKİMLİĞİNİN ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNİN PARAYA ÇEVİRME USULÜNE BAĞLI ÇÖZÜMLER

Bu başlığımız altında İcra Hukuk Mahkemesi’nden alınan haciz konusu elbirliği ortaklığının nasıl paraya çevrilebileceği konusunda alınması gereken yetki hakkında öneriler sunulacaktır. İİK m.121 uyarınca icra mahkemesinden alınan yetkiye göre taşınmazın, cebri arttırmaya gidilerek satışı sonucunda ortaklığının giderilmesine karar verilmesi için zorunlu usulü işlem olarak alınması gereken icra memurunun başvurusu sonucu adli yargı kararı ile icra hakimliğinin dava konusu taşınmazın elbirliği mülkiyetine konu olması gerekmektedir. Hüküm uyarınca belirtilmiş olan mal ve hakların paraya çevrilmesi özel bir yönteme bağlanmıştır. İİK m.121 hükmünce öngörülen satış şekli, mal ve hakların neler olduğu ve söz konusu mal ve hakların ne şekilde paraya çevrileceği hususu İcra ve İflas Kanunu 114 vd. düzenlenmiş olan genel paraya çevirme şekllinden ayrılmaktadır.

Elbirliği (iştirak halinde) mülkiyet söz konusu olduğunda, İİK m.121 uyarınca satışın nasıl yapılması gerektiğini icra müdürlüğünün

nusu ise haliyle mütenasip olmama halinde icra mahkemesi hakimince kiraya verilme usulü ile kira bedelinin bir kısmıyla haliyle mütenasip bir eve taşınmayla, bakiye hukuki ürün kira bedelinin alacaklıya her ay düzenli olarak taksit oluşturacak şekilde ödenmesine karar verilmesi gerektiğini anılan makalemizde belirtmiştik. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen/Yıldırım, s.158.

icra mahkemesinden sormasının sonucu olarak mahkemenin vereceği karara göre hareket edilmektedir. Uygulamada yukarıda da andığımız gibi bu konuda yerleşik ve hiçbir alternatif sorgulanmaksızın icra memurluğuna talepte bulunulması sonucu hatalı kanun ifadesine dayalı olarak doğrudan satışın nasıl yapılması gerektiğinin icra mahkemesinden sorulması istenmektedir. Bu uygulama ile mahkemeden satışın nasıl yapılması gerektiğinin sorulması yine yukarıda yaptığımız eleştiri konusunda sanki satış konusunda icra memurluklarında farklı bir usul varmış gibi bir anlam taşımakla garabeti kendinden menkul olarak ortada kalmaktadır.

İcra mahkemesi, adresleri bilinen ilgilileri davet edip, gelenleri dinledikten sonra bu hususta bir karar vermektedir. Bu karar üç şekilde olabilmektedir -ki, bu bilgiler hakimın satışın nasıl yapılacağı sorusuna cevap vermeyip paraya çevirmenin nasıl yapılacağına ilişkin karar verdiğini göstermektedir:

1-Hakların açık artırma yolu ile satışını emretmek

2-Satış için bir memuru görevlendirip satışı bu memura havale etmek

3-Gerekli gördüğü diğer bir tedbiri almak.

Önemle belirtmek gerekir ki İİK m.121 uyarınca yetki talebinde bulunmak suretiyle anılan ilama dayanılarak borçlu ortağın alacaklısı, ortağı olduğu taşınmaz açısından ortaklığın giderilmesi davası açabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus yetki belgesinin İcra Hakimliğinden alınmasının zorunluluğudur. Buna rağmen İcra Hakimliğinden yetki belgesi alınmaksızın doğrudan doğruya veyahut yetkisi olmayan İcra Müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde İcra Hakimliğinden yetki belgesi alınmak üzere süre verilerek davanın reddine karar verilmesinin önüne geçilmektedir. Bu husus Yargıtay kararları uyarınca da benimsenmiştir.¹⁵

¹⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 2013/524 E., 2013/2913 K. sayılı ve 21.2.2013 tarihli kararı: “...Elbirliği mülkiyetinde borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden İ.İ.K.nun 121.maddesine göre alacağı yetki bel-

Usulü işlemler açısından başkaca dikkat edilmesi gereken husus miras payı (hissesi) söz konusu ise alacaklının, öncelikle İİK m. 94/II *“Borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu ... dairesine ve icabında mahkemeye bildirir.”* ifadesince şekli hukuk açısından taşıdığı boyutu artık yeni Medeni Kanunumuza dayalı olarak eşya hukuku hükümlerince yorumlayacak olursak şu olasılıklar gündeme gelebilecektir. Maddede açıkça sayılan bir olasılık olarak miras bırakanın ölümü ile birden fazla mirasçı arasında kanun hükmünce oluşan miras ortaklığı sonucu (TMK m.641) tescilsiz (TMK m.705/II) kazanılan mülkiyet hakkı, anılan İİK hükmüne gerekçe olmuştur. Şöyle ki, TMK m.992 hükmünce mülkiyet karinesi tescilsiz edinme ile elbirliği ortağı mirasçıların lehine ancak TMK m.1013/II hükmünce bildirici (açıklayıcı; izharî) tescilin gerçekleştirilmesi sonucu işleyecektir. Aksi takdirde TMK m.1020 hükmünce tapu sicili açıklığı (aleniyeti) ilkesince hakimın tapu kütüğünün ve tutulan tamamlayıcı evrak dosyasının birlikte elbirliği ortaklarının hak sahibi olarak gözükmemesi sonucunu doğurur. İşte İİK anılan hükümü ile borçlunun mirasa dayalı elbirliği ortaklığı¹⁶ hakkının maddedeki hatalı tabirle *“mal hissesi”* nin tapu siciline tescilini gerçekleştirildikten sonra miras payının İİK m.121’e göre paraya çevrilmesi istenmelidir.

gesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan İcra Müdürlüğünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip, icra hakiminden yetki belgesi almak üzere önel verilmelidir...” şeklindedir. www.kazanci.com Erişim Tarihi: Nisan, 2022.

¹⁶ Tapu Sicil Tüzüğü m.28/V hükmünce elbirliği ortaklığının tapuya tescili *“Elbirliği mülkiyette elbirliğini doğuran neden, malik adlarının ortak paranteze alınmasından sonra belirtilir.”* şeklindeki kural gereği yapılmaktadır. Örneğin babanın ölümüne dayalı eş ve iki çocuğun mirasçı olarak elbirliği ortaklığına vücut vermeleri halinde tapu kütüğünde paylı mülkiyette olduğu gibi ¼ eşin; 3/8’er iki çocuğun miras paylarının bu tescilde yer almadığı görülecektir. Buna göre elbirliği ortaklığının tapu kütüğüne dayalı bildirici tescil sonucu görünümü şu şekilde olacaktır: Ayşe Çetin, Elif Çetin, Oğuz Çetin *“miras ortaklığı elbirliği mülkiyeti”*.

C. İİK M.121'İN ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİ İLİŞKİSİNDE UYGULANMA GEREKÇESİ

Yukarıda verdiğimiz bilgiler sonucu İİK m.121 hükmünün elbirliği mülkiyetinde (hükümde eski tabiri ile “*iştirak halinde mülkiyet*” olarak ifade edilmekle) uygulanmasının sebebi kolayca anlaşılabilecektir. Buna göre tekrar vurgulamak gerekirse, TMK m.701/II uyarınca elbirliği mülkiyetinde pay kavramına yer bırakmayan düzenleme, aksi sonuca geçit vermez. Bu düzenleme yerindedir; çünkü, Kanun gereği ya da Kanunca öngörülmüş hukuki ilişki gereği taraflar arasında oluşturulmuş tüzel kişilik barındırmayan birlik ilişkisi içinde yer almayan bir kişinin icra yolu ile edinebileceği pay olmadığı sonucu gözetildiğinde kanun koyucunun birlik ilişkisine yabancı bir kişinin (mal ortaklığında eş, miras ortaklığında mirasçı, adi ortaklıkta ortak olmayan birinin) kanunda yer alan hukuki ilişkiye sokulması doğal olarak arzu edilmemiştir. Hal böyle olmakla, taşınmazın tamamının cebri icra yoluyla satışı sonucu alacaklının böylece elbirliği mülkiyeti konusu olmaktan çıkan taşınmazın ikame değeri bedeli, tasfiye ilişkisi gereği diğer ortak veya ortaklara ait olacak bedelde söz hakkı olmayacağı açıktır. Alacaklı yalnızca sona erdirilen elbirliği ortaklığının paraya çevirme usulünce borçlu ortağa ait ikame değer satış bedelinin borcun itfasında kullanılmasıyla amaç elde edilmektedir.

Hemen belirtmek gerekirse bu konuda taşınmazın tamamının satışı yoluyla paraya çevrilmeye dayalı olarak her elbirliği ortaklığında bulunan hak niceliğine dayalı kesir, varlığını bu konuda hissettirecek ve alacaklılar borçlunun bu oranda payına düşen nakdi alacaklarına mahsuben tahsil etmiş olacaklardır.

D. İİK m.121'İN PAYLI MÜLKİYETTE UYGULANAMAMA GEREKÇESİ

Yukarıda verdiğimiz bilgiler doğrultusunda artık İcra İflas Kanunun 121. maddesinin paylı mülkiyet birliğinde konusu eşyanın tamamının cebri icra yoluyla satışına yol açacak şekilde uygulanamamasının gerekçesi belli olmuştur. Çünkü karşımızda paylı mülkiyet konusu eşyadan

bağımsız ayrı bir malvarlığı değeri olarak üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek “pay” kavramı durmaktadır. TMK m.688/son f. c.1 “Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur.” şeklindeki ifadesi ile paydaşa pay bakımından sanki bir eşya söz konusuymuş gibi malik hak ve yetkileri bahşedilmiştir. Doğal olarak bu yetkinin kendine has bir özelliği olacağı açıktır. Çünkü bu konudaki malik statüsü, bölünebilenlerde bağımsız olarak, bölünemeyenlerde bütün eşya üzerinde tüm paydaşlara birlikte kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi sunmaktadır.

Konu başlığımız için önem arz eden tasarruf yetkisi açısından “Hiç kimse sahibi olduğu haktan fazlasını devredemez (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).” şeklindeki Roma Hukuku kuralı yansımalarıyla paya bağlı tasarruf yetkisi taşınmazın bütününe bağlı tasarruf yetkisinden -ki, bu takdirde TMK m.692 hükmünce oybirliği ile bağlayıcı işlem tesisi mümkündür.- tamamen bağımsız olarak yalnızca pay üzerinde kullanılabilir. Böylece pay TMK m.688/son f. c.2’nin “Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir.” kuralı gereği konu başlığımız açısından taşınmazın bütününden ayrı hacze konu olabilmektedir. İşte bu nedenledir ki, “*istisnalar geniş yorumlanamaz (singularia non sunt extanda)*” Roma Hukuku ilkesi gereği kıyasen uygulama yasağı bizi bu konuda İİK m.121’in paylı mülkiyette uygulamasında olumsuz sonuca götürür. Başka bir deyişle kanun koyucu aslında bu yönde menfaati olmakla borçlunun yalnızca payının paylı mülkiyet objesi olarak satışına nazaran taşınmazın tümünün satılarak paydaşa düşen bedelin daha yüksek olacağı yolunda öne süreceği hukuki yararı korumamıştır, zaten bu yönde koruma asla adil olmayacaktır.¹⁷ Çünkü diğer paydaşlar açısından sebep olmadıkları bir davranış yani aleyhlerine hukuka aykırı bir davranış atfedilememesi sonucu temerrüde düşen borçlu yanında aynı müeyyideye tabi kılınmaları sonucunu kabul etmek olanaklı değildir.

¹⁷ Yeri gelmişken tekrar etmek gerekirse Kuru’nun aksi yönde görüşe varmaya yol açan olgular hiçbir şekilde diğer paydaşların taşınmazın tamamının satılmasına yönelik sonuca katlanmalarını haklı kılmamaktadır. Bkz. 3 No’lu dipnot.

Son olarak vurgulamak gerekirse İcra İflas Kanunu m.82’de öngörülen istisnalar dışında malvarlığı ile sorumluluk ilkesince mevcut bir değeri olmakla alacaklıya korunması gereken hukuki yararı doğrultusunda yalnızca pay, cebri arttırmaya konu olur.

V. 5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU UYARINCA GETİRİLEN KISITLAMALARLA İİK M.121’İN PAYLI MÜLKİYETTE UYGULANMASINA YOL AÇAN FAHİŞ HATALI KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK SORUNUN TEMELDE SOMUTLAŞTIRILMASI

Yukarıda verdiğimiz bilgi doğrultusunda paylı mülkiyette payın, elbirliği ortaklığı hak sahipliğinden bariz bir biçimde farklılaşmasına dayalı olarak bağımsız bir şekilde tasarruf işlemlerine konu olması ve bu kapsamda pay hak sahipliğinin devri, niteliği ile bağdaşan sınırlı aynı haklara konu olması ve de taşınmaz rehin türlerinden mümkün olan ipotek ile yüklenmesinin mümkün olduğunu artık biliyoruz. Tam bu noktada tarım arazilerinin bütünlüğünün korunması yolunda emredici hükümler getiren 5403 sayılı Kanunun tarım arazilerinde paylı mülkiyete ve paya bağlı tasarruf işlemlerine ilişkin çeşitli değişikliklerle getirdiği düzenlemelerinin garabet niteliği ile İİK m.121 hükmünün kıyasen tarım arazilerinde payın hazineye bağlı olarak uygulanması gerektiği yolunda mahkeme kararlarına konu olmuştur.

İlk olarak belirtmek gerekirse 5403 sayılı Kanun anılan yönde kısıtlamaları ile AY m.35 “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” normundan esinlenen TMK m.731/I fıkrasının “Taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur” şeklindeki hükmü gereği kamu düzenine ilişkin emredici kuralların TBK m.26 hükmünce sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturduğu ve aksine borçlandırııcı işlemlerin TBK m.27 hükmünce kesin hükümsüz olduğu ve bu yasağa ay-

kırı tasarruf işlemlerinin taşınmazlara yönelik yolsuz tescil oluşturacağı açıktır. Bu konuda 5403 sayılı Kanun m.8'i ele alacak ve bu konuda düzeltici yorumlara ihtiyaç olduğu açıktır. Sonuç olarak varacağımız noktada İİK m.121'in paylı mülkiyette pay haczinde de kıyasen uygulanıp uygulanmaması yolunda sonuç belirleyeceğiz.

B. TARIM ARAZİLERİNİN BİRLİKTE MÜLKİYETE KONU OLMASINDA GETİRİLEN KAMU HUKUKU KARAKTERLİ TAŞINMAZ MÜLKİYETİ KISITLAMALARINA İLİŞKİN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

Aşağıdaki şemada sunacağımız sıralı Kanun değişikliklerinin ilk olarak kısa aralıklı olması ile Kanun yapma ciddiyetinden ne kadar uzakta olduğunu görmekteyiz. Diğer yönden aşağıda belirteceğimiz gibi eğer hukukçu katkısıyla yapılmışsa bu konuda eğitimlerinin sorgulanması gerektiği, -ki, büyük olasılıkla böyle olmadığını düşünüyoruz- özel hukukun kökü Roma Hukukuna kadar dayanan geçmişi göz önüne alınmakla cahil cesareti ile kaleme alındığı açıktır. Çünkü hiçbir şekilde bir kanun koyucunun ciddiyetinin gözetmesi gereken terim birliğinin sağlanamadığı, aynı anlama gelen terimlerin farklı kavramlarmış gibi hükme konu edildiği ve de Medeni Kanun temel ilkelerinden uzaklaşarak ulaşmak istenen amacın hiçbir şekilde getirilen hükümlerle sağlanamadığı görülecektir. Şematik olarak aynen bir hukuk garabeti değişikliklerini yan yana koyalım:

5403 SAYILI KANUN MADDE 8 HÜKMÜ DEĞİŞİKLİKLERİ

3.7.2005 kabul tarihli madde hükmünün değişikliğe uğramamış ilk hali	31.1.2007 kabul tarihli 5578 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış hali	30.4.2014 kabul tarihli 6537 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış son hali
"...Kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsellerinden daha küçük parçalara bölünemez. Miras yolu ile intikallerde yeter büyüklükteki parseller oluşturulamazsa ifraz yapılmaz; ortak kullanım, kiralama veya satış yoluna gidilir..."	"...Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayırlamaz...Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehnedilemez. Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun öngölmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır..."	"...Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini güncün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselenendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir..."

1. Kanunun 8. maddesinde son iki yılda yapılan değişikliklere yönelik eleştiriler

a. 3.7.2005 kabul tarihli madde hükmünün değişikliğe uğramamış ilk haline ilişkin eleştiriler

Bu hüküm, diğer değişiklik hükümlerine de yansıyacak boyutuyla “bölünme” ve “ifraz” kelimelerini farklı kavramlarmış gibi kullanmaktadır. Bu beyanımıza karşılık kadastro parselleri TMK m.1000/II (*eTMK m.913 hükmünce taksim*) hükmünce bölünür, imar parselleri ifraz edilir şeklinde bir savunma getirilecekse bu temelsiz iddiaya verilecek cevabımız olmayacaktır. Bilindiği gibi TMK m.1003 hükmünce tapuya kayıtlı taşınmazların resmi ölçüye dayalı bir planı bulunmakla TMK m.1000/II “*Bir taşınmazın bölünmesi veya birden çok taşınmazın birleştirilmesi hâlinde uyulacak usul Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.*” şeklindeki hükmü gereği¹⁸ yeniden bir plan oluşturularak taşınmazın birden çok parçaya ayrılması açıkça görüleceği üzere “bölünme” olarak adlandırılmıştır. İmar mevzuatına yön veren teknokratların bu konuda “ifraz” denilen kavramı oluşturması yargılama makamınca yapılan işlemin “bölünme” şeklinde kanuni terime dayanmış olma gerçeği karşısında savımız yadsınamayacaktır.

Diğer yönden metinde miras yolu ile intikallerde kullanılması gereken terimin ifraz olup diğer hallerde bölünme teriminin kullanılacağı söylenemeyecektir. Miras ortaklığına konu taşınmazlarda diğer bu yönde ihtiyaçlarda olduğu gibi aynı hükümlere tabii olarak bölünme işlemine tabii tutulabilecektir. Son olarak miras yolu ile intikallerde “*ortak kullanım, kiralama ve satış yoluna gidilir*” tabiri 3.sınıf Eşya Hukuku sınav sorusunda cevap verilmiş olsa bütün kağıdın fahiş hata nedeniyle olumsuz değerlendirilmesine yol açacaktır. Bu hükümle elbirliği ortaklığı konusu taşınmazların TMK m.683 hükmüne tabii Roma Hukukundan bu yana gelen “*usus, fructus, abusus*” yetkilerinin ayrımının kullanma, yararlanma ve tasarruf olarak varlığı ile tekrarının yanı sıra, “*kiralama veya satış*” ifadesi ile inanılmaz bir gaflet ile sözleşme özgürlüğünün en-

¹⁸ Kanuni yollama ile anılan konuda Tapu Sicil Tüzüğü m.57 vd. hükümleri dikkate alınmalıdır.

gin sınırlarını bu iki sözleşmeye indirgemesi de gerçekten kanun koyucu ciddiyetinin mevcut olmadığı yolunda bariz deliller sunmaktadır. Bu yönleriyle fahiş hatalı metin içlerine sinmemiş olacak ki kısa sürede yeni değişiklik ihtiyacı ile iki yıl sonra -ki, bu dahi kanun yapma ciddiyetinin yokluğuna delildir- yine fahiş hatalarla dolu bir metinle karşılaşmaktayız.

b. 31.1.2007 kabul tarihli 5578 sayılı Kanun ile 5403 sayılı Kanun m.8 değişikliğine ilişkin eleştiriler

Bu yönde değişiklik ile getirilen kuralın içinde yer alan “... Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayırlamaz...” ifadesi garabete tüy dikmiştir. Aynı kelimeye sokak ağzı ile kullanıldığı gördüğümüz bir terim daha eklemiştir.

Bir sonraki cümlede mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü kişilere satılamayacağı, devredilemeyeceği ve rehin edilemeyeceği şeklindeki hükmün apaçık ortaya çıkan sonucu, bu metni kaleme alanların birlikte mülkiyet üst başlığı altında paylı ve elbirliği mülkiyeti kavramından haberdar olmamasıdır. Öncelikle mirasa konu olma halinde TMK m.705/II ve TMK m.640 hükmü gereği kendiliğinden oluşan tescilsiz edinme sonucu, tapuda ancak TMK m.1012 hükmünce bildirici tescil ile açıklığa (aleniyete; TMK m.992) kavuşan elbirliği ortaklığı, zaten bünyesinde pay kavramını barındırmakla (TMK m.701/II) tarım arazilerinde bir tehlike doğurmaz. Ayrıca miras payının mirasçılar arasında devri halinde¹⁹ ise maddenin amaçsal yorumu doğrultusunda miras payının tamamını devreden mirasçının elbirliği mülkiyet birliğinden çıkması sonucu mirasçı sayısının azalması ile zaten kanun koyucunun amacı gerçekleşmektedir. Önemle dikkat edilirse bu olasılıkta elbirliği mülkiyet hakkı devredilmemekte; ferdiyle muayen bu taşınmaza yönelik miras payı devredilmektedir.

¹⁹ TMK m.677/I “Terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır.”.

Bu konuda Anayasa m.35 kapsamında mülkiyet hakkı bahşeden pay hak sahipliği, bir malvarlığı değeri oluşturmakla üzerinde tasarruf edilememesi hiçbir şekilde kabul edilemeyecektir. Bu maddenin de daraltıcı amaç denetimi ile son değişiklikle isabetli bulacağımız yönü ile “*pay adedi arttırılamaz*” şeklinde düzenlenmesi gerekirken tasarruf yetkisinin tamamen kısıtlanması amaçsız ve yararsız olmuştur. Diğer yünden “*satış ve devir*” tabirlerinin “kazandırıcı işlem” üst başlığı altında “borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi)” ile tasarruf işlemleri ayrımından haberdar olmamakla -ki, özel hukukun temelini oluşturan kavramlardır.- bilgisizlikle kullanılması kanun tasarısı hazırlama konusunda cehaletin zirvesini oluşturmuştur.

30.4.2014 tarihli 6537 sayılı yasa ile şimdilik son halini bulmuş gözüken m.8 ile andığımız eleştiriler doğrultusunda mevcut payların üzerinde tasarruf yetkisinin TBK m.27 ve TMK m.731/I hükmünce kamu düzenine ilişkin emredici niteliği ile kaldırılmış olmasının amaçsızlığı anlaşılmış olmakla bu konuda hatadan dönülmüş olması yüreklere su serpmiştir. Ancak bu değişiklikten haberdar olmayan uygulayıcıların noterler ve tapu dairelerinde vatandaşa sıkıntı yaratmaya devam edecekleri konusunda nedense iyimser olamamaktayız.

c. 30.4.2014 kabul tarihli 6537 sayılı Kanun ile değişikliğine ilişkin eleştiriler

Makalemizi kaleme aldığımız sırada son hali ile 8.madde yine fahiş hatalarla dolu olarak hukuk hayatımıza katılmış bulunmaktadır. Bu defa sadece “*ifraz edilemez*” tabiri ile TMK m.1000 hükmünce “*bölünme*” kavramlarının metinden çıkarılması doğru olmamıştır. Diğer yünden “*Bakanlıkça belirlenen büyüklük*” kavramı tarım arazilerinin sınıflandırılmasında değişik arazi türlerine göre Kanun hükmünce getirilen yüzölçümü sınırlaması mevcut iken yalnızca “*yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü*” için mevcut Bakanlık yetkisi ile sınırlı “*bölünememe (metin gereği ifraz edilememe)*” tamamen kavram kargaşasına vücut vermiştir.

İlk olarak metinde dikkat çeken ifade değişikliği “Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında hisselendirilemez.” kuralı ile bir sonraki cümlede yer alan “pay ve paydaş adedi arttırılamaz” tabiri karşısında söylenecek söz bulamamaktayız. “Hisselendirme” -Allahtan İmar Mevzuatındaki şuyulandırma tabirinin kullanılmaması karşısında görelî seviilmek gerekecektir.- tabirinin kullanılmış olması bilgisizlik eseridir. Bu konuda “paylı hale dönüştürülemeyeceği” ifadesi ile yetinilmelidir. Bunda ne sakınca olabileceği sorusu gündeme gelebilecek ise de; bir arazide yapı yapılması tamamen kamu düzenine ilişkin emredici hükümlerle bezenmiş kısıtlayıcı kanun hükümlerine konu olmuşken paydaş adedinin dilediğince artması arazinin bölünememesi ve paydaşların aklına estiği gibi yapı yapamadıkları çağdaş ülkelere özgüdür. Bu makaleyi okuyan her tecrübeli hukukçu paydaş adedinin arttırılması halinde araziye kaçak yapılarla doldurma arzularını gerçekleştirme yolunda amaç güdeceklerini mevcut sancılı uygulamalara bağlı olarak tahmin edebileceklerdir.

Diğer yönden “Pay ve paydaş adedi arttırılamaz” ifadesi de amacı karşısında fahiş hatasına dayalı olarak düzeltici yoruma tabii tutulmalıdır. Önce pay ve paydaş aynı nicelik konusu yapması, fahiş kavram hatası, ilk olarak yadırgatıcıdır. Her zaman söyleyegeldiğimiz üzere pratik zekalı bürokrat kalemi ile yazılan tasarıların kanunlaşması işte böyle fahiş hatalı hükümlere vücut vermektedir. Hemen belirtelim burada misli maldan söz edilen bir eşya söz konusu değil, süje özelliği bakımından paydaş söz konusu olup adet değil sayı niceliğine tabiidir. Buna göre bir paydaş, payının miktarını her zaman payın bölünebilir (tecezzi etmek) özelliği karşısında paya ilişkin kesire dayalı oranı yükseltmekle arttırabilir. İlk olarak deyimisel yorumdan elde edilecek hatalı sonuçları baştan önlemek gerekirse bu metinde pay adedinin arttırılmasına ilişkin yasak zırvalamanın örneği olmuştur. Öyle ya, mevcut bir paydaşın payın bölünebilir özelliği karşısında diğer bir paydaşın payının tamamının veya bir kısmını edinmesi sonucu Tapu Sicil Tüzüğü m.28/III bayağı kesimi arttıran bir kesirle pay niceliğini çoğaltması (tapu tabiri ile bir paydaşın payına dayalı “ipka”) bu maddeye göre tapu daireleri ile noterlerde pay satışına yetkili olması sonucu engelle karşılaşılabilecek olursa amaçsal yorumun deyimisel yoruma mağlubiyeti gerçekten alaycı gülümsemelere

konu olacaktır. Ayrıca üçüncü bir kişi mevcut paydaşlardan pay edinmesi sonucu paydaş sayısını arttırmaksızın selefî paydaş olmaktan çıkaran borçlandırıcı işlem sözleşmeleri özgürce yaparak tapuda adına tescili engelle karşılaşmaksızın mümkün olmalıdır. Çünkü kanun koyucunun gözetmesi gereken temel amacı, mevcut paylı mülkiyet ilişkisine dayalı arazilerde paydaşların paya ilişkin haklarını ve özellikle tasarruf yetkisini kısıtlamak olamaz. Çünkü, gerekçe basittir; aksi takdirde AY m.35 hükmünce payla sınırlı olsa da mülkiyet hakkının amaçsız ve yararsız kısıtlanmasına güzel bir örnek oluşur. Meğerki paydaş adedi arttırılmış olsun ya da eş deyişle yeter ki, paydaş adedi arttırılmamış olsun.

İsabetli bulduğumuz yönü ile kanunun yürürlüğünden önce zaten paylı mülkiyet birliğinin söz konusu olduğu hallerde Anayasa'nın andığımız hükmüne dayalı temelle, TMK m.683'e dayalı mülkiyet hakkının bahsettiği paydaşların paylarına ilişkin tasarruf hakkının devir konusunda kısıtlanmamış olması sevindiricidir. *"Paydaş sayısı arttırılamaz"* hükmü gereği mevcut paydaş sayısının arttırılmamasına dayalı kural ile yetinilmiş olması son değişikliğin takdire şayan yanını oluşturmaktadır.

Son değişiklikle bu defa atlanan kurum miras ortaklığına dayalı elbirliği ortaklığı olmuştur. Metnin son hali karşısında deyimse yorumla sıkıntılar doğması kaçınılmazdır. Öyle ki, miras bırakanın tek kişi mülkiyetine dayalı olarak TMK m.705/II ve TMK m.640/I hükümlerince tescilsiz edinme sonucu kendiliğinden (ipso iure) doğan elbirliği mülkiyeti halinde kaçınılmaz sonuçla tapuda bildirici tescilin yapılmasından kaçınılamaz. Yine aynı birlikteliğe dayalı kanuni hüküm gereği TMK m.644 hükmünce ya da Kadastro Kanunu ek m.3 hükmünce elbirliği miras ortaklığının paylı mülkiyete geçişi de kaçınılmaz yasal sonuç olmakla engellenmemelidir. Miras ortaklığının paylı mülkiyete dönüşmesi, temelde mevcut paylı mülkiyet bulunmamasına dayalı paydaş adedi arttırılması olarak düşünülemez. Tıpkı paylı mülkiyette isabetli bulduğumuz paydaş sayısının arttırılamaması hükmüne dayalı ölüm sonucu mirasın doğal hukuki olay olmakla, her zaman miras ortaklığının aynı hükümde mülkiyet hakkı ile beraber anayasal bir hak olması bize güçlü bir gerekçe sunar. Hukuki terim ve tekniklerden uzak biçimde kaleme

alınmış tebliğ, genelge ve özelgelerle mirasçılık belgesine dayalı olarak oybirliği ile (TMK m.702/II) ve biraz önce andığımız TMK m.640/I; Kadastro Kanunu ek m.3 hükümlerine dayalı elbirliği ortaklığının paylı mülkiyete dönüşmesi özelliğinin yasaklanmasına ilişkin uygulamalar fa-hiş olma eleştirisinden kurtulamaz. Çünkü, özlüce vurgulamak gerekirse 5403 sayılı Kanun tarım arazilerinde paylı mülkiyet olgusunu yasaklamamakta, aksine varlığına dayalı hüküm ve sonuç bağlamakla elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete hukuki geçişin niçin yasaklanmak isteneceği sorusu, cevapsız kalmaya mahkum olur.

2. Son kanun değişikliğine dayalı bölünme, pay ve paydaş sayısına dayalı sonuçlar

Araştırmanın hacmi bakımından özetle ifade edecek olursak; getirilen yasakla müktesep hak niteliğinde korunması gereken paylı mülkiyetin anılan niceliklerine uymaksızın varlığı bir yana bırakılacak olursa, mevcut bir arazi mülkiyeti TMK m.731/I uyarınca metnin son şeklindeki paylı hale dönüşme ve paydaş sayısı bakımından niceliksel kısıtlamalara tabi olduğu açıktır. Buna göre yukarıda da değindiğimiz gibi Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesinin özel hukuk normu olarak geçmişe yürürlü olmama ilkesi tüm özel hukuk ilkelerinde geçerli olmakla 5403 Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu başlıklı kanunun getirdiği taşınmaz mülkiyeti kısıtlamaları öncesinde mevcut paylı mülkiyet ilişkilerine uygulanmayacaktır.

Bu nedenle mevcut paylı mülkiyet birliğinde paydaşların arazi yüzölçümüne dayalı hakları Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ve de mevcut paydaşlar arasında bu büyüklük göz önüne alınmaksızın devirler söz konusu olabilmelidir. Kanun değişikliği sonrası ise yine mevcut paydaşların paydaş adedini artırmayan ve dolayısıyla kanundaki hatalı tabirle pay adedi de artmamakla paylarını kendi aralarında veya üçüncü kişiye devirleri geçerli olarak kabul edilmelidir.

C. 5403 SAYILI KANUNUN 8.MADDESİNDE YAPILAN SON DEĞİŞİKLİKLE PAYLI MÜLKİYETTE PAY HACZİNE DAYALI OLARAK İİK M.121’İN UYGULANMASININ ARTIK MÜMKÜN OLMAMASI

5403 sayılı Kanunun 31.1.2017 tarihli değişikliği öncesi Anayasa’ya aykırı hükümleri gereği mevcut bir payın devredilememesi ve miras ortaklığına dayalı elbirliği mülkiyetinin cahilce uygulamalarla paylı mülkiyete yasal dönüşümünün engellenmesi sonucu yaşanan sıkıntılara dayalı olarak son değişiklik ile her ne kadar doğru terimlerle kaleme alınamamış olsa da isabetli bulduğumuz sonuçla, pay adedi arttırılmayacağı gerekçesiyle mevcut bir payda tasarruf yetkisi engelinin kalktığını düşünmekteyiz.

Bu sonuçla tarım arazilerinde paydaşın borcu nedeniyle elbirliği ortaklığına ilişkin hacze dayalı olarak kıyasen arazinin tümünün cebri arttırmaya konu edilmesi uygulamalarına son verilmelidir. Aksi yönde tebliğ, genelge ve özelgelerle idari işleme konu getirilecek engellere dayalı olarak adli yargı hakimleri makalemizde andığımız tüm gerekçelerle bu konudaki idari engellemelere geçit vermemelidir.

D. 5403 SAYILI TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNU M.8 HÜKMÜNÜN KISA SÜREDE GEÇİRMİŞ OLDUĞU DEĞİŞİKLİKLER UYARINCA YARGITAY UYGULAMALARININ İNCELENMESİ

Bu başlığı açmamızın ve de şematik izahımızın sebebi meslektaşlarımızın karşılaştığı hukuki sorunlarla ilgili sağlıklı bir savunma yapabilmeleri açısından anılan kronolojik kanun değişiklikleri bilgisine sahip olmalarını temin amaçlıdır. Öyle ya rastladıkları içtihatların hangi dönemde meri mevzuata dayalı olarak ilama bağlandığı bilgisine sahip olmazlar ise değişiklikler karşısında hatalı yardımcı kaynak bilimsel görüş ve mahkeme kararlarına (TMK m.1/II) dayandıklarının farkında olmayabileceklerdir.

1- 3.7.2005 kabul tarihli madde hükmünün yürürlüğe girmeden önceki dönemde Yargıtay uygulamaları ile ilk düzenlenme şekline ilişkin incelemeler

Bu başlığımızda tarım arazilerinin korunmasına ilişkin olarak 5403 sayılı ve 3.7.2005 tarihli Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu (TKAKK) öncesi Yargıtay uygulamasını inceleyecek olursak doğru yaklaşımla İİK m.121'in elbirliği mülkiyetine (TMK değişikliğinden önce ve halen İİK'da yer alan müşterek tabiriyle) konu istisnai niteliği ile paylı mülkiyet ilişkisinde yukarıda sıraladığımız nedenler ve görüşler sonucunda uygulanamaz olması isabetle ilamlara bağlanmıştır.

T.C. Yargıtay 6.Hukuk Dairesi'nin 1997/4023 E., 1997/4161 K. sayılı ve 7.5.1997 tarihli kararı: *"Dava konusu taşınmazdaki borçlu davalının payı iştirak değil müşterek mülkiyet şeklindeyse alacaklı davacı İİK'nda düzenlenen iştirak halinde mülkiyet hisselerine özgü ortaklığın giderilmesini isteyemez. Müşterek mülkiyet olduğu için borçlunun müstakil payının haczinin ve sonuçta payın satışının istenebilmesi mümkündür. (...) 710 parsel ilişkin temyize gelince; davacı, davalılardan M.' de olan alacağı sebebiyle İİK.'nun 121. ve MK.'nun 588. maddelerine göre kendisine verilen yetkiye istinaden bu davayı açmıştır. Ancak, 710 parsel sayılı taşınmazdaki borçlu davalı payının müşterek mülkiyet halinde olduğu, burada borçlunun iştirakli payı olmadığı görüldüğünden, bu parsel yönünden İİK.'nun 121. maddesinin uygulama olanağı yoktur. Dolayısıyla, davacı bu parselin ortaklığının giderilmesini isteyemez. Bu parseldeki borçlunun müstakil payının haczinin ve sonuçta payın satışının istenebilmesi mümkündür. Bu nedenle hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, bu parselin dahi satışına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* şeklindedir.²⁰ Açıkça görülmektedir ki söz konusu Kanunun yürürlüğe girme tarihi öncesi elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyetin hukuken farklı nitelikleri sonucu İİK m.121'in istisna özelliği nedeniyle paylı mülkiyette uygulanmasına haklı olarak geçit verilmemiştir.

²⁰ www.kazanci.com

3.7.2005 tarihli TKAKK'nın yürürlüğe girmesi ile madde 8'in ilk hali gereği bir içtihadı rastlanmamış olması doğaldır. Çünkü TMK m.731/I hükmünce yürürlükte kaldığı 17 ay boyunca hiçbir şekilde paya bağlı tasarruf yetkisi verilmemekle cebri arttırmada alacaklı menfaatinin korunması yolunda İİK m.121'in yukarıda icra memurundan satışına izin verilmesi talebine dayalı olarak hemen daima elbirliği ortaklığının bozulması sonucu kıyasen bu dönemde uygulama bulmuş olması gerekirdi.

2- 31.1.2007 kabul tarihli 5578 sayılı Kanun ile 5403 sayılı Kanun m.8 değişikliğine ilişkin dönemde Yargıtay uygulamaları

Söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesi ile ilgili Kanun m.8 hükmünün çok sayıda parçadan oluşan tarımsal arazilerin bölünmesine engel olamaması, küçülerek bölünmeye devam etmesi nedeniyle kanunun amacına tam olarak hizmet etmediği açıkça görülmekteydi. Kanunun yürürlüğe girme amacına varılmak adına 5578 sayılı Kanunla değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve sonuncu fıkralarına hükümler konulmuştur. Bu hükme ilişkin eleştirilerimizi yukarıda belirtmiştik. Doğal olarak yürürlükte kaldığı sürede payın üzerinde tasarruf yetkisi olmaması sonucu TMK m.688/son hükmüne tabii olarak haczedilebilecek bir malvarlığı oluşturmaya rağmen cebri arttırma yolu ile paraya çevrilmesi mümkün olmamakla Yargıtayımız doğal olarak yine İİK m.121'in uygulamasında zorunlu olarak ortaklığın (iştirakin) bozulması olarak ifade edilen taşınmazın bütününe cebri arttırma yolu ile satılması sonucu ortağın elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklık ilişkisindeki payına düşen bedelin alacaklılara ödenmesi uygulaması kaçınılmaz olarak sürdürülmüştür.

Bu konuda T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, 2013/9662 E., 2013/11402 K. Sayılı ve 12.9.2013 tarihli kararı: "(...)5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmündeki yasal sınırlama sebebiyle parsel büyüklüğü uygun bulunmadığından borçlunun payının icra müdürlüğüne satışı mümkün olmayan, tarımsal nitelikli parsellerde alacaklı İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca aldığı yetki

belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığın giderilmesini isteyebilir.(...) Paylı mülkiyette ise yine kural olarak borçlu paydaşın alacaklısı, borçlunun payının icra yoluyla satışını isteyebileceğinden 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca yetki belgesine dayanarak ortaklığın giderilmesini isteyemez. Ancak 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmündeki yasal sınırlama sebebiyle parsel büyüklüğü uygun bulunmadığından borçlunun payının icra müdürlüğüne satışı mümkün olmayan, tarımsal nitelikli parsellerde alacaklı İcra İflas Kanununun 121. maddesi uyarınca aldığı yetki belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığın giderilmesini isteyebilir.” şeklindedir.

T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2013/7468 E., 2013/9674 K. Sayılı ve 24.6.2013 tarihli kararı: “Paylı mülkiyette ise, borçlu paydaşın alacaklısı, borçlunun bağımsız payının haczini ve satışını isteyebileceğinden İ.İ.K.nun 121. maddesi uyarınca İcra Mahkemesinden aldığı yetki belgesine dayanarak taşınmazın paydaşlığının giderilmesini ancak 5403 Sayılı Kanunun 8. Maddesi hükmü gereğince, pay satışı mümkün olmayan paylı mülkiyete tabi tarımsal nitelikli taşınmazlarda ise, alacaklı İ.İ.K.nun 121. Maddesi uyarınca aldığı yetki belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığın giderilmesini isteyebilir. (...) Tapu kaydına göre dava konusu taşınmazlardan biri ev nitelikli olup borçlunun taşınmazda 1/3 payı olduğundan bu parselle ilgili davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.” şeklindedir.²¹

3-30.4.2014 kabul tarihli 6537 sayılı Kanun ile değişikliğine ilişkin dönemde Yargıtay uygulamaları

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 15.05.2014 tarih ve 29001 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6537 sayılı Toprak

²¹ www.kazanci.com Bu yönde başkaca ilgili karar için bkz. T.C. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2013/17607 E., 2013/23570 K. Sayılı ve 24.6.2013 tarihli karar: “Paylı mülkiyette ise, borçlu paydaşın alacaklısı, borçlunun bağımsız payının haczini ve satışını isteyebileceğinden İ.İ.K.nun 121. maddesi uyarınca İcra Mahkemesinden aldığı yetki belgesine dayanarak taşınmazın paydaşlığının giderilmesini ancak 5403 Sayılı Kanunun 8. maddesi hükmü gereğince, pay satışı mümkün olmayan paylı mülkiyete tabi tarımsal nitelikli taşınmazlarda ise, alacaklı İ.İ.K.nun 121. maddesi uyarınca aldığı yetki belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığın giderilmesini isteyebilir. Tapu kaydına göre dava konusu taşınmazlardan biri ev nitelikli olup borçlunun taşınmazda 1/3 payı olduğundan bu parselle ilgili davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.”

Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değişikliğe uğramıştır. 6537 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklik ile engelleyici hüküm olarak görülen 5403 sayılı Kanunun m.8/son f. kaldırılmıştır.

İlgili kanun hükmü değişiklikle beraber “... Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselenendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz...” hükmüne haiz olmuştur. Artık yukarıda da izah ettiğimiz üzere bugüne kadar yapılan hatalardan arındırılmış olarak tarım arazilerinin küçülmesine dayalı olarak Anayasa m.35’de yer alan kamu yararı amacı ile kısıtlanma ihtiyacı doğmuş olmasına bağlı olarak bölünme (ifraz) yasağı getirilmesi yolunda yalnızca paydaş sayısının artmasına yol açan tasarruf işlemleri yasaklanmış olmakla bu konuda artık İİK m.121’in kıyasen paylı mülkiyete de uygulanmasına yol açan gerekçeler kural olarak kalkmış bulunmaktadır.

Geldiğimiz noktada, çok doğal bir sonuçla cebri arttırma sonucu payın paraya çevrilmesine yönelik ihalelerde bu yönde hiçbir kısıtlama olmamasına rağmen 5403 sayılı Kanuna tabii arazilere yönelik “birlikte pey sürme” uygulamasına yer olmayacağı kolaylıkla anlaşılabılır. Hemen belirtelim birlikte pey sürme engeli yalnızca üçüncü kişiler açısındandır. Bu konuda ihaleye hali hazır tüm paydaşların veya paydaşlardan bazılarının yokluğu ile yalnızca bir üçüncü kişinin katılımı ile (doğal olarak edindiği payın niceliği fark etmeksizin paydaş sayısı artmış olmamakla) birlikte pey sürme kararı ile iştirak mümkün olabilecektir.

Bu konuda Yargıtay kararları da İİK m.121’in paylı mülkiyete konu taşınmazlarda uygulama alanı bulmayacağı yönündedir. T.C. Yargıtay 14.Hukuk Dairesi 2015/15144 E., 2017/5604 K. Sayılı ve 4.7.2017 tarihli kararı: “5578 Sayılı Kanun’la değiştirilen 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. Maddesi gereğince bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne sebeple gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü şahıslara satılamayacağı,

devredilemeyeceği hükmü mevcutken, 5403 Sayılı Kanun'un 8. Maddesinde 30.04.2014 tarihli ve 6537 Sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle yapılan değişiklikle "Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez. Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılamaz..." şeklinde düzenleme yapıldığından artık asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altındaki arazilerde de payın üçüncü şahıslara satışı ve devri mümkün hale gelmiştir. Somut olayda İİK'nın 121. Maddesi gereğince yetki belgesine dayanılarak dava açılmıştır. Davanın açıldığı tarihte davaya konu taşınmazlar paylı mülkiyet rejimine tabi olsa da alacaklı 5403 Sayılı Kanununun ilgili maddeleri gereğince doğrudan pay satışı talebinde bulunamayacağından bu davayı açmakta hukuki yararı mevcut ise de 5403 Sayılı Kanununun 8. Maddesinde yapılan değişiklik sonucu artık alacaklının, borçlunun paylı mülkiyete konu hisselerini doğrudan haczettirerek icra takibi yoluyla satışı mümkün haline geldiğinden artık hukuki yararı kalmamıştır." şeklindedir. Yine aynı karar doğrultusunda T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2014/7183 E., 2014/10805 K. Sayılı ve 2.10.2014 tarihli kararı: "Somut uyuşmazlıkta, borçlu (davalı) Salim oğlu O. Ö. satışına karar verilen 175 parsel sayılı taşınmazda 1/5 oranında paydaş durumundadır. Yukarıda bahsedilen yasal değişiklikle alacaklı (davacı) Ş. B. tarafından borçlu O. Ö.'in haczedilen payının doğrudan icra yolu ile satışı istenebileceğinden alacaklının bu parsel yönünden İcra ve İflas Kanununun 121. maddesi gereğince ortaklığın giderilmesi davası açmasında hukuki yararı kalmamıştır. Bu itibarla mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." şeklindedir.²²

Sonuç olarak özlüce ifade etmek gerekirse hatalı değişikliklerle sürdürülen uygulamalara son veren 2014 tarihli 6537 sayılı Kanun değişikliği ile mevcut paylı tarım arazilerinde yalnızca paydaş sayısı arttırılamayacağı yolunda isabetli çözümü sayesinde elbirliği mülkiyetine konu taşınmazlarda uygulama alanı bulan İİK m.121 hükmü uygulamasına yer olmayacaktır. Bu kısım üst başlığımızda değindiğimiz gibi uygulayıcıların yukarıda her değişikliğe ilişkin verdiğimiz içtihatlarla ilgili olarak

²² www.kazanci.com İlgili başkaca karar için bkz. T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 2018/3952 E., 2021/3580 K. Sayılı ve 27.05.2021 tarihli karar.

pay üzerinde tümü ile tasarruf yetkisini kısıtlayan kanuna tabi içtihatları yanlışlıkla esas almamaları gerekecektir.

VI. NOTERLERİN SON 7413 TARİHLİ KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE 5403 SAYILI KANUNA TABİİ YETKİ VE SORUMLULUKLARI

“Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve...” şeklindeki 1512 sayılı Noterlik Kanunu madde 1 hükmüne göre kamu hizmeti görevini hukuki güvenliği sağlamakla yükümlü olmakla 5403 sayılı Kanunun emredici hükümlerine aykırı olarak sözleşme yapamayacakları kolayca söylenebilecektir. Biz bu konuda kestirme bir cevap verilemeyeceğini en azından *“kural olarak”* ibaresi ile gerekçe oluşturmayı yeğlemekteyiz.

Bu konuda açıklamalarımıza geçmeden önce 28 Haziran 2022 tarihli resmi gazetede yayımlanan 7413 sayılı “Hâkimler Ve Savcılar Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile noterlere artık taşınmaz satış yetkisi verilmekle tapuya başvurmaksızın doğrudan noterlerde vade ve koşula bağlı olmaksızın TMK m.1013/I hükmünce tarafların payın halefine tescili taleplerinin tapuya elektronik ortamda iletmesi sonucu pay tescili sağlanabilecektir. Özmen bu kanun değişikliğine yönelik ağır eleştirilerde bulunmaktadır. Bu yönde ayrı bir makalenin konusu²³ olmakla araştırmanın hacmi bakımından yalnızca tapu dairelerine ilişkin bilgilerimizin artık doğrudan satış vaadi olarak değil taşınmaz satışı niteliğın pay devrinin tescille sonuçlanacağı işlemlerde yukarıdaki bilgilere yollama yapmakla yetiniyoruz. Sonuç olarak bir bilim insanı için en ağır yükün yapılan yeni yasalara karşılık eleştiri getirerek hiç işlemeyeceği yolunda itirazlarının dikkate alınmaması sonucunda “ben demiştim” beyanına mecbur kalmasıdır. Özmen makalesinde belirttiği gibi işlemeyeceğini söylediği kanunun gereği olarak noterler bu yönde başvuruları kabul etmemektedirler.

²³ E. Saba Özmen, *Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun*, Ankara Barosu Dergisi, 2022/14 s.502-540.

Bu makalede yalnızca taşınmaz satış vaadi niteliğinde (Tapu Kanunu m.26; Noterlik Kanunu m.60/b; Noterlik Kanunu m.89) vade ve koşula bağlı olmakla tescilin hemen talep edilmediği işlemlere ilişkin birkaç hususa değinmek istiyoruz. Konu başlığımız altında sözleşme söz konusu olmakla borçlandırıcı işlem (taahhüt muamelesi) gerçekleştirme görevi kapsamında tarafların irade özgürlüğüne bağlı olarak öneri ve kabullerinin TBK m.27 hükmünce tüm nedenlere dayalı kontrol etmesi gerektiği savunulamayacaktır. Konumuzla ilgili genel olarak sonuç çıkarmak gerekirse taşınmaz satış vadeleri²⁴ kesin hükümsüzlük yaratan tüm olguların noterlerin re'sen inceleme sorumluluğu altında olduğundan söz edilememelidir. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini yapan kişinin 17 yaşında sınırlı ehliyetsiz olması, re'sen düzenlenen sözleşmede ahlaka aykırı ve kamu düzenine ilişkin olguyu hukuk fakültesi eğitime dayalı kültürü ile belirleyebilecek olması halinde işlemin reddi gerekeceği söylenebilecektir. Ancak her ne kadar uygulamada imar planlarına aykırılığın imkansızlık olduğu yolunda genel bir kanı mevcutsa da biz bu görüşe katılmayarak emredici hukuk kurallarına aykırı olduğunu savunmakla²⁵ noterin yaptığı bir satış vaadi sözleşmesinde bu sözleşmenin ifasının imara aykırılık nedeniyle geçersiz olup olmadığını inceleme sorumluluğu olmadığını düşünmekteyiz.

Son değişiklikler karşısında noterlerin 5403 sayılı Kanun madde 8 uyarınca yapacakları işlemlerde konusu arazinin TMK m.731/I hükmüne tabii nitelikte kısıtlama tabii olup olmadığı ve paydaş sayısının arttırılamayacağına yönelik emredici hükme bağlı olarak noterlerin pay satış vaadi sözleşmesi yapan kişinin paydaş olup olmadığını ve yapılan işlemle paydaş sayısının artıp artmayacağını re'sen kontrol ettirmesi gibi bir yükümlülük altında oldukları savına karşı çıkacağız.

²⁴ Bu isimle anılmasına rağmen savunduğumuz görüş doğrultusunda taşınmaz satış sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olarak TBK m.29 tabii ön sözleşme niteliğinde olmaksızın, TBK m.237 hükmünce tüm esaslı unsurlarıyla noterlerin yaptığına inanmaktayız.

²⁵ E. Saba Özmen/Müge Ürem, *İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:1, 2017, s.152-167.

Bu gerekçeyle tıpkı taşınmazın bütününe yönelik satış vaadi sözleşmelerinde olduğu gibi tasarruf yetkisi bulunmaksızın yani daha basit bir tabirle maliki olmadan bir taşınmazın satışının vaad edilmesi, doğru tabirle mülkiyetinin devrinin borçlanılması ile hiçbir şekilde pay sahibi olmaksızın birden fazla pay taahhüdü de mevcut paylı mülkiyet konusu arazilerde veya her zaman üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde (TBK m.128) resmi kurum Bakanlığın uygun görüşünün alınmasına dayalı satış vaadleri yapılmasına sözleşmelerin şekle bağlı geçerliliği açısından hiçbir sakınca görmemekteyiz. Diğer yönden İmar Kanunu m.18/XIX *“Veraset yolu ile intikal eden, bu Kanun hükümlerine göre şüyu-landırılan Kat Mülkiyeti Kanunu uygulaması, tarım ve hayvancılık, turizm, sanayi ve depolama amacı için yapılan hisselerlendirmeler ile cebri icra yolu ile satılanlar hariç imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselerle ayıracak özel parselasyon planları, satış vaadi sözleşmeleri yapılamaz.”* şeklindeki kurala göre tarım arazisinin mevcudiyetine dayalı diğer istisnai olgular bir yana bırakılacak olursa ileride gerçekleşecek imar mercilerinin re’sen hareketi sonucu her ölçekteki imar planları gereği koşula bağlı (TBK m.172) olarak pay satışlarına vücut veren taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri yapılabilecektir.

VII. SONUÇ

Türk Kanun koyucusunun çağdaş hukuk devletlerinde olduğu gibi bilimsel bir hazırlık sürecinden geçmeden aceleye getirilmiş ve hiçbir bilimsel hukuk desteği almadan yürürlüğe koyduğu metinlerin fahiş hataları ciddi bir devlet anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

Araştırma konumuzda olduğu gibi Tarım ve Orman Bakanlığının bürokratlarının salt tarım mevzuatı ile düzenlemeye kalkışmaları sonucu 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu temelinde koskoca bir Medeni Hukuk ve özellikle Eşya Hukuku hükümlerinin bilgisine sahip olmadan ortaya çıkan metinler andığımız şekilde ağır eleştirilere tabii olmaktan kurtulamayacaktır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu uyarınca 2014 tarihli 6537 sayılı Kanun değişikliği ile mevcut paylı tarım arazilerinde yalnızca paydaş sayısı arttırılamayacağı yolunda isabetli çözümü sayesinde elbirliği mülkiyetine konu taşınmazlarda uygulama alanı bulan İİK m.121 hükmü uygulamasına yer olmamaktadır.

Bu araştırma, yürürlükte olan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile gerçekleştirilen değişiklikler uyarınca yargılama makamlarının hükümleri yorumlamasına ilişkin kaleme alınmıştır. Sakallı Celal'in her zaman hatırlattığımız *"Cehlin ol mertebesi ancak tahsille mümkündür."* sözünü haklı çıkartan metinlere vücut verilmemesi gerektiği uyarısı ile sürçülisan ettikse affola.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 2018.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 16. Baskı, İzmir, 2021.

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul, 2004.

NOMER, Halûk Nami/**ERGÜNE**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN, M. Kemal /**SELİÇİ**, Özer /**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

ÖZMEN, Saba/**YILDIRIM**, Selen, , *İcra İşlemlerine Konu Olarak İntifa Hakkının Paraya Çevrilmesi Uygulamaları ve Cebren Devri Yanılgısı Üzerine Düşünceler*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:1, İstanbul, 2017.

ÖZMEN, Saba/**YÜCE**, Melek Bilgin, *MK md. 700 Hükmünce Pay Üzerindeki İntifa Haklarının Paylı Halin Giderilmesi Davalarına İlişkin Hukuki Sonuçlar*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:81, Sayı:3, İstanbul, 2007.

ÖZMEN, Saba, *Noterlere Taşınmaz Satış Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun*, Ankara Barosu Dergisi, 2022/14.

ÖZMEN, Saba/**ÜREM**, Müge, *İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91, Sayı:1, 2017

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2020.