

“Davacı vekili tarafından 03/08/2024 tarihinde açılan arabuluculuk metnine icra edilebilirlik şerhi verilmesi davasında, dava dilekçesi ekinde sunulan Elmadağ Arabuluculuk Bürosunun 2024/... Büro Dosya numaralı, 2024/... Arabuluculuk Dosya numaralı ortaklığın giderilmesine ilişkin anlaşma metnine dair icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilmiştir.

Dava dilekçesi ekinde sunulan Sincan 1 Noterliğinin 15/03/2024 tarihli ve ... yevmiye nolu mirasçılık belgesine göre muris ..(...) mirasçıları ; ..., ..., ..., ..., ..., ... şeklindedir. Üzerinde anlaşma sağlanan taşınmaz Ankara ili Elmadağ ilçesi Yeşildere-Fatih Mah .. ada .. parsel sayılıdır. Anlaşma belgesine göre;

"..1.Taraflar, Muris ... adına kayıtlı Ankara İli Elmadağ İlçesi, Yeşildere-Fatih Mah. Mevkiinde kain .. ada .. parselde (Cilt no:... sayfa no:...) kayıtlı arsa niteliğindeki 1.418,00 metrekare miktarlı taşınmaz üzerinde bulunan ortaklığın umum arasında açık arttırma yoluyla satılarak giderilmesi konusunda anlaşmaya varmıştır.

2. Taraflar yukarıda belirtilen tereke varlığı dışında başkaca bir malvarlığının tespit edilmesi halinde bu malvarlığı üzerindeki miras haklarını saklı tutmuşlardır.." şeklinde taraflar arasında anlaşma sağlanmış olup metin ..., ..., ... vasisi ..., ... ve ..., ..., ... vekili tarafından imzalanmıştır. Vekaletnamenin incelenmesinde arabuluculuk sürecine dair özel yetki verildiği görülmüştür.

Taraflardan'ın akıl hastalığı nedeniyle TMK 405 maddesi gereği Mahkememizin 07/07/2021 tarihli ve 2021/... esas sayılı ilamı ile kısıtlanmış, kendisine kardeşi ... vasi olarak atanmıştır. 07/08/2023 tarihli talep üzerine Mahkememizin 29/11/2023 tarihli kararı ile kısıtlıya annesi ... veli olarak atanmıştır.

Konu ile ilgili iç hukuk hükümleri aşağıdaki şekildedir;

1982 tarihli TC Anayasası'nın 9 maddesi şu şekildedir.

“ Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır”

1982 tarihli TC Anayasası'nın 35. maddesi şu şekildedir

Madde 35 – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

1982 tarihli TC Anayasası'nın 36. maddesi şu şekildedir

“Madde 36 – Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

1982 tarihli TC Anayasası'nın 141. maddesi şu şekildedir.

"Madde 141 – Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak

gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur. Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."

Tapu Sicili Tüzüğü

"Resmî senet düzenlenmesini gerektirmeyen işlemler

MADDE 20 – (1)

.....e) Mahkeme kararına dayalı tescillerde; kesinleşmiş mahkeme kararı..."

6100 Sayılı HMK 322.maddesi;

".....(2) Paylaştırma ve ortaklığın giderilmesi için satış yapılması gereken hâllerde, hâkim

satış için bir memur görevlendirir. Taşınır ve taşınmaz malların satışı İcra ve İflas Kanunu

hükümlerine göre yapılır..."

Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Uyuşmazlıkların yargı yetkisi kullanılarak Devlet tarafından mahkemeler aracılığıyla çözülmesi esas olmakla birlikte her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesi mahkemelerin iş yükünün artmasına ve davaların makul sürelerde bitirilememesine yol açabildiği gibi bu durum tarafların menfaatlerine de hizmet etmeyebilmektedir. Yargı görevinin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması da gözetilerek uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk gibi yöntemlere başvurulabilmektedir. Anayasa'nın 141. maddesiyle Devlete yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak yükümlülüğü de getirildiği gözetildiğinde esasen anayasal hükümlere uygun olmak şartıyla arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulup başvurulamayacağı hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Fakat bu durumun Anayasanın yukarıda belirtilen maddelerinde düzenlenen haklara bir sınırlama getirdiği kabul edilmelidir. Kanun koyucunun ise hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir (Bu yönde bkz. AYM, E.2017/178, K.2018/82, 11/7/2018, § 16). Diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmışının

mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere kişinin kendisinin irade beyan edebildiği ve üzerinde tasarruf hakkının olduğu konularda alternatif uyuşmazlık yollarına başvurmak gerçekten yargı erkinin iş yükünü gözle görünür oranda azaltmakta, bireylerin hakkına daha çabuk ulaşmasını sağlayarak ilerde uğrayabileceği munzam zararlardan korumaktadır. Ancak gerek fiziksel gerekse zihinsel engelliliği nedeniyle kendi adına irade beyan edemeyen kişilerin durumunun ne olacağına dair belirsizlik mevcuttur. Somut olayda anlaşma metninin incelenmesinde kısıtlının kendisinin de imzasının alındığı, vasinin veli olarak atanması nedeniyle kısıtlının mallarında kural olarak velayet hükümleri gereği dilediği gibi tasarruf edebileceği, ayrıca veli ve kısıtlının aynı taşınmazda paydaş olmaması nedeniyle aralarında menfaat çatışması olmadığı görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının da bazı pozitif yükümlülükler içerdiğini kabul etmektedir. AİHM'e göre mülkiyet hakkının gerçekten etkili bir biçimde korunabilmesi, devletin müdahale etmeme görevi yanında ayrıca bazı pozitif tedbirler almasını da gerektirmektedir (Öneryıldız/Türkiye [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 134; Broniowski/Polonya [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 143). AİHM'e göre devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde -özel kişiler arası mülkiyet ilişkileri bakımından olsa bile- kişilerin mülkiyet haklarına yapılacak keyfi müdahalelere karşı hukuksal bir koruma sağlaması gerekmektedir. Bu bağlamda devlet, özellikle tarafların mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar yönünden gerekli usule ilişkin güvenceleri sunan, etkin bir yargısal mekanizma oluşturma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede oluşturulan yargı yollarında ulusal mahkemeler de iç hukukta yer alan ilgili kanunlar ışığında etkin ve adil bir biçimde mülkiyet uyuşmazlıklarını çözmek durumundadır. AİHM, bu gerekliliğin sağlanıp sağlanmadığını değerlendirirken uygulanan usulün bütününe incelemektedir.

Taşınmazlarda bir şekilde paydaş durumuna gelmiş insanlar uzun yargılama sürecini kısaltmak için ve artık zorunlu dava şartı olarak öngörülmüş olması nedeniyle anlaşma yoluna tercih etmektedir. Ancak ülkemizde taşınmazların devri ve paylaşılmasına ilişkin pek çok mevzuat bulunmakta olup (Kat Mülkiyeti Kanunu, Boğaziçi İmar Kanunu, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun,vb) paylaşma biçimi de bir o kadar çeşitlidir; örneğin ivaz karşılığı taksim, aynen taksim, rızai taksim, satış suretiyle taksim gibi. Bu kadar geniş bir mevzuat nedeniyle sık sık kanun yararına bozma (örneğin Yargıtay 7 HD 2022/3353 Esas, 2023/4818 Karar sayılı ilamı) kararlarının da verildiği düşünülürse arabuluculuk metninde anlaşılan kişilerin icra edilebilirlik şerhi alamaması yüksek ihtimal olup Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre (".....(6) Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ile ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, arabuluculuk ücreti bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin ikinci kısmına göre belirlenir. Ancak bu ücret 6.000,00 TL'den az olamaz...") yapılan masraf bu kişilerin üzerinde kalmaktadır. Üstelik dava değerine göre tespit edilen bu ücret yargılama aşamasında yapacakları masrafın üstüne çıkacaktır.

Benzer şekilde metnin imzalanmasından sonra örneğin taraflardan birisinin vefat etmesi halinde yapılan masraf tarafların üzerinde kalmakta, mirasçı yeniden bir arabuluculuk metni yoluyla anlaşmayı kabul etmediği takdirde zaten niteliği itibarıyla oldukça masraflı olan bir dava olan taşınmazın aynına ilişkin davayı daha da pahalı hale getirmektedir. Oysa dava açılmış olsa idi mirasçının davaya dahil edilmesi yoluyla sürecin ilerlemesi mümkündür. Bundan da

öte hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak anlaşma metninin icra edilebilirlik şerhi verilmesi amaçlı dava açıldığında karşı tarafa tebliği gerekmektedir. Taraf vekilleri dahi bu hususu gözden kaçırmakta olup anlaşma metnini doğrudan ve dosya üzerinden icra edilebilirlik şerhi alarak tescil ettirecekleri kanaatine sahiptirler. Oysa icra edilebilirlik şerhi alan bir arabuluculuk metni olsa dahi yukarıda belirtilen Tapu Sicil Tüzüğünde düzenlenen tescil sebepleri arasında arabuluculuk anlaşma metni yer almadığından metnin tescil isteminin ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından reddedilebileceği ihtimali de yüksektir. Bu durum uygulamada iş yükünü daha da artırmakta, ilgililerin sonuca ulaşmasına ve mülkiyet hakkının kullanılmasına engel olmaktadır. Her ne kadar iptali istenen kanun metninde anlaşma metninin kanuni sınırlamalara uygun olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilse de bu uyuşmazlıklar yukarıda belirtildiği üzere taşınmaz hukuku hakkında derin bilgiye sahip olmayı gerektirmekte olup bu konularda yetersiz kalındığı izlenimi hasıl olmuştur. Bu eksikliklerin icra edilebilirlik aşamasında tamamlanması da mümkün değildir. Zira anlaşma metninin kendi başına herhangi bir ekleme ve çıkartma yapmaksızın doğrudan icra edilebilir (ilam niteliğinde belge) olması gereklidir. Oysa somut metinde satış için memur görevlendirilmemiş, arabuluculuk masrafının ne şekilde ödeneceği kararlaştırılmamış, satış sonrası ihale bedelinin nasıl paylaştırılacağı belirtilmemiş, ihale nedeniyle alınacak harç oranı, davacı vekilinin vekalet ücreti, yargılama giderleri gibi hususlar gösterilmemiştir. Kaldı ki zaten satış için memuru hakimden başkasının görevlendirmesi mümkün değildir.

Benzer şekilde icra edilebilirlik şerhi alma aşamasında taşınmazın kadastro paftası istendiğinde taşınmazın gerçek yüz ölçümü ile tapu kaydındaki yüz ölçümünün tutmaması veya kök muristen intikal eden taşınmazlarda elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete çevirme gibi dava türlerinde intikal tarihlerine göre ayrı ayrı hesaplama yapılması gereken durumlarda da Mahkemenin gerekli görmesi halinde bilirkişi veya keşif deliline başvurusu da mümkün değildir. Zira iptali istenen 18/B-3 maddesi Hakimın gerekli gördüğü delillere başvurusuna izin vermemektedir. Başvuru dosyasına bazı bölge adliye mahkemesi kararları eklenmiş olup bu hususta verilen BAM kararları kesindir. Uygulamada oluşan karmaşa nedeniyle

ARZ ve TALEP:

Ayrıntısı ile açıkladığımız üzere Mahkememizce görülmekte olan davada uygulama yeri bulunup Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 6325 sayılı 07/06/2012 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/B-1 ve 3 maddesinin 1982 Tarihli T.C. Anayasanın 9,10, 35 ve 36 maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Mahkememizce gerekçesi ile birlikte iş bu başvuru yapılmıştır.

Zikredilen maddenin Anayasa'nın gerekçemizde yazdığımız maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmesine karar verilmesini saygılarımızla arz ederiz.”