

KOMŞUNUN ARSASINA TAŞAN YAPI

Rona SEROZAN

Herkese karşı etkili tekelci bir egemenlik hakkının, kısacası, «mutlak aynî hakkın» nesnesi olarak, hukukî anlamda «eşyanın» dış evrende herkesçe seçilebilir, tanınabilir (alenileşmiş) belirli bir çerçevesi, bir sınırı bulunmalıdır. Taşınmaz mülkiyetinin başlıca konusunu oluşturan «arsa» da, bu mantıksal zorunluluğun, bu temel ilkenin dışında kalamaz.

MK'un 645'inci maddesinde de belirtildiği gibi, arsanın yatay (ufkî, horizontal) sınırı, tapu kütüğündeki «kadaastro p'lanında» veya «yerinde» (arsa üzerinde) mevcut sınır işaretleriyle belirlenir.

Öte yandan, taşınmaz mülkiyetinin dikey kapsamını belirleyen MK'un 644 üncü maddesine göre, arsa malikinin bu yatay çerçeve içerisindeki mülkiyetinin verdiği tekelci, mutlak egemenlik yetkileri, «yararlanma ve tasarruf çıkarı» ölçüsünde toprağın altına ve üstüne uzanır; toprağın altındaki kuyuları, mahzenleri, mecraları ve toprağın üstündeki yapılar ile bitkileri kapsar. Hatta arsa malikinin, toprak üstündeki hava boşluğu üzerinde de, teknik - dar anlamda bir mülkiyeti söz konusu olmamakla birlikte, (hava boşluğu, sınırlanmamış olduğu için mülkiyet konusu olabilecek bir eşya değildir) yararlanma çıkarıyla kayıtlı, kendine özgü (sui generis) bir egemenlik hakkı vardır.

Böylece, karşımıza düpedüz bir «hukukî egemenlik prizması» çıkmaktadır. Bu prizmanın içerisine, toprağın altına ya da

üstüne malikin oluru dışında gerçekleştirilen her tecavüz, arsa malikinın çeşitli hukukî silâhları ile karşılaşır :

Arsa maliki, MK 618'e dayanarak «müdahalenin men'i davası» ile tecavüzü ortadan kaldırabilir. Hatta MK 894'e dayanarak tecavüz fiilini kuvvet kullanmak suretiyle bizzat defedebilir. MK 896'ya dayanarak taşınmaz üzerindeki zilyetliğine tecavüzün ref'ini dava edebilir. Nihayet, MK 656'ya dayanarak da anılan egemenlik prizmasına sataşmış olan komşusundan eski halin iadesini ve uğradığı zararın tazminini talebedebilir.

Bu arada, arsa maliki, hukuken sınıksız tecridedilmiş egemenlik alanına uzanan ağaç dallarını ve köklerini de bazı koşullar altında kesip, kalıntıları ihraz etmeye ve kendi egemenlik alanına uzanıp sarkan dalları kesme bile, bunlar üzerinde yetişen yemişleri kesip almaya yetkili sayılır. (MK 664).

*
**

Bir kimsenin kendi arsa sınırını aşarak komşusunun arsasının altına ya da üstüne taşıdığı yapıyı bekleyen hukukî akıbet de bu açıklamaların ışığında bellidir: Bu haksız yapı, kendi egemenlik alanına tecavüz edilmiş olan malik tarafından, şu veya bu hukukî silâhla bertaraf edilebilecektir. Ola ki komşuyu taşkın yapıya katlanmakla yükümlü kılan komşular arası bir anlaşma, özel olarak bir «taşkın yapı irtifakı» mevcut bulunsun.

Taşkın yapı olgusunun hukuken dikkate değer bir sonucu da şudur: Eğer taşkın yapı salt komşusunun hava boşluğuna uzanmakla kalmayıp, aynı zamanda onun arsasına da değip dokunmuşsa, toprağına da ilişip bitişmişse, o zaman, bu taşkın yapı bölümünün mülkiyeti komşusunun olacak ve böylece yapı, hayalî bir dikey çizgiyle iki mülkiyet dilimine ayrılıp bölünecektir. Bütünlüleyici parça niteliğindeki yapının «asıl şey» gözüyle bakılan arsaya bağlılığı ilkesinin (MK 664 II ve 648 c. 1 kuralında dile gelen «superficies solo cedit», «Akzessionsprinzip» esasının) kaçınılmaz bir sonucudur bu. Böyle bir durumda, arsasına tecavüz edilen komşu, dilerse, arsasına bitiştiği için üzerinde yasa gereğince aslen mülkiyet kazandığı yapı bölümünü yıktırmayıp kendi mülkü diye koruyabilecektir de.

İşaret edeyim ki hukukçu olmayanların kolay kolay kavrayamayacakları, hatta belki onları isyan ettirebilecek olan bu durum, Almanya'da bir bölük hukukçuyu da rahatsız etmiş bulunmaktadır. Alman hukukunda gözlenen dikkate değer yeni bir eğilim, arsa-yapı kompleksine bir tümlük, bir amaç birliği olarak bakmakta ve taşkın yapı bölümünün iktisaden asıl yapı- arsa kompleksinin bir bütünleyici parçası olduğunu kabul etmektedir. Böylelikle, taşkın yapı bölümü de tecavüz ettiği komşu arsasına sun'i bir hukukî konstrüksiyonla bağlanacak yerde, asıl yapıya bağlı tutulabilmektedir. Bu görüş, Par. 947 II BGB kuralından (Türk MK 700 II kuralından) da destek ve güç alır. Bilindiği gibi, bu kurallarda dile gelen bir ilkeye göre, taşınır bir eşya başka bir eşyayla onun bütünleyici parçası diye görünecek bir biçimde birleşirse, bütün eşya, asıl parça malikinin olur. (Bk. Spyridakis, Problematik der Sachbestandteile, s. 80-89).

Fikrimce, bu eğilime, İsviçre ve Türk hukuk düzenleri bakımından ancak «de iede ferenda» (yapılması gerekli hukuk açısından) geçerli bir dilek, bir özlem gözüyle bakılabilir. Bizim hukuk sistemimizde, taşkın yapı bölümünün nesnel - dış görünüşü yönüyle «asıl yapı-asıl yapı arsası» kompleksine iktisaden bağlı bulunduğu durumlarda bile, taşkın yapının hukuken komşu arsanın bütünleyici parçası sayılması kaçınılmazdır; yadsınamaz bir hukukî gerçekliktir. Bu gerçekliği, taşınır mülkiyetine ilişkin bir ilke eliyle değiştirmek olanaklı görülemez.

Hukukumuzda, taşkın yapı bölümünün, bitişip bağlandığı komşu arsasının bütünleyici parçası sayıldığı halde, taşkın yapı sahibinin mülkiyetinde kalması, (MK 651 I kuralından da anlaşılabilir gibi) ancak, asıl yapının dikili bulunduğu arsanın maliki yararına, arsasına tecavüz edilmiş komşu arsa malikini taşkın yapıya katlandıran bir taşkın yapı irtifakının kurulmuş bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir. Ancak komşunun gönül rızasıyla böyle bir irtifaka katlanmış bulunduğu olasılıktadır ki tıpkı yapı hakkında olduğu gibi (MK 652 I), yapı mülkiyetinin arsa mülkiyetine bağlılığı ilkesi üzerine bir çapraz çekilir; taşkın yapı bölümünün mülkiyeti, taşıdığı komşu arsasının mülkiyetine bağlanmayıp yapı sahibinin mülkiyetine girer. (MK 651 I).

Gelgelelim, varlığına hemen hemen hiç rastlanmayacak olan bu pek özel durum bir yana bırakılacak olursa, bir yapıyı komşusunun arsasına taşıran kişiyi bekleyen hukukî akıbet ciddidir, va-

himdir. Hele, özellikle ülkemizde, iki komşu arasındaki sıcak yata sınıрын plân ve işaretlerdeki düzensizlik yüzünden çoğu zaman kesinlikle belli olmadığı ve uygulamada bilinçsiz bir sürü sınır tecavüzünün, yapı taşkınlığının gerçekleştiği anımsanacak olursa, bu hukukî gerçeklik, taşkın yapı sahibi açısından bakıldığında, adalet duygularını zedeleyebilecek bir sivrilik, bir ağırlık kazanır. Şöyle ki, taşkın yapı, komşunun egemenlik alanına bir tecavüz oluşturduğu için, her zaman, her durumda yıktırılabilir; böyle bir yapı, komşunun arsasına bitiştiği, yapıştığı anda da, yıktırılmısa bile, iki mülkiyet dilimine ayrılıp parçalanacaktır.

Taşkın yapının yıktırılabilmesi, salt bu yapı için emek ve para harcamış olan yapı sahibinin çıkarlarını ağır biçimde örselemekle kalmaz. Belirli bir aşamaya ulaşmış bir taşkın yapının salt komşunun egemenlik alanına bir tecavüz oluşturması yüzünden yıktırılabilmesi, aynı zamanda, yapı gibi çok önemli bir ekonomik ve sosyal değerın yok edilmesi anlamına gelmekle toplumun yararlarını da çiğner.

Öte yandan, taşkın yapının, komşu tarafından yıktırılmasa bile, bir merdivende, bir asansör tesisatında, bir ek dairede, bir mahzende, bir kilerde söz konusu olduğu gibi, onun arsasına (toprağa) iliştilirip de bu arsanın bütünleyici parçasına dönüşmek suretiyle komşunun mülkiyetine girivermesi ve böylece yapı mülkiyetinin hayalî bir dikey çizgiyle adeta bir peynir kalıbı gibi iki dilime ayrılıp parçalanması da, bu yıkım trajedisi bir yana, aklın, mantığın, ekonominin isterlerine ters düşer. Hele bir yapının sonradan eklenen parçalarla (merdivenle, ek daireyle, kilerle) değil de, daha baştan dikilişinde komşunun arsasına tecavüz etmesinde, bu dilimlenme ve parçalanma daha da çarpıcı bir tersliğe yol açar. Yatak odasının bir bölümü birisinin, öteki bölümü başkasının olur. Bu tablo, iki ülkenin sınırının aynı evin içinden geçtiği ünlü bir komedi filminden daha az güldürücü, daha az çarpıcı sayılamaz.

İşte bütün bu kaygılar, bütün bu düşünceler, yasa koyucusunu MK 651 II kuralını öngörmeye itmiş ve bu kural eliyle (MK 2 II'nin hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurmaya hiç gerek kalmaksızın) taşkın yapının korunmasına ilişkin bireysel ve kamusal yararların komşunun kaprislerine, tezvirene feda ve kurban edilmemesi sağlanmıştır.

Sözü geçen MK 651 II kuralına göre, (bu kuralı İsviçre aslına uygun yolda düzelterek ve daha rahat anlaşılabilir kılarak aktarıyorum) «haksız bir yapı taşkınlığı ile karşılaşan arsa maliki, taşkın yapının yapıldığını öğrendiği halde, 15 gün içerisinde buna karşı itirazda bulunmamış ise, taşkın yapıyı iyi niyetle yapmış bulunan kişi, durumun gereği elverdiğinde, uygun bir bedel karşılığında taşkın yapı bölümü üzerinde kendi yararına bir irtifak hakkı tanınmasını veya taşınan arsa bölümünün mülkiyetinin kendisine geçirilmesini arsa malikinden isteyebilir.»

Görüldüğü gibi, MK 651 II kuralı, taşınmaz mülkiyetine gerçekçi, akılcı bir daraltım getirmekte ve belirli koşullar altında, arsa malikini taşkın yapıya katlanma zorunda bırakarak, ona, taşkın yapı sahibi yararına bir irtifak hakkı kurma hatta sataşılabilir arsa bölümünün mülkiyetini geçirme yükümü yüklemektedir. Burada, sosyal ve ekonomik düşüncelerle öngörülmüş tipik bir taşınmaz mülkiyeti daraltımı karşısında bulunmaktayız. Tıpkı taşınmaz malikinin yola çıkma, su sağlama veya mecra (akımlık) geçirme olanaksızlığı ya da aşırı güçlüğü içerisinde sıkışıp kalan komşusu yararına bir geçit, su ve mecra irtifakı kurma zorunluluğu altına sokuluşu gibi (MK 671, 668, 683), burada da, taşınmaz maliki, komşusu yararına bir taşkın yapı irtifakı kurma zorunluluğu altında bırakılmaktadır. Ve yine tıpkı taşınmaz malikinin kendi arsası üzerine bu arsadan daha değerli bir yapı diken iyi niyetli malzeme sahibine arsa mülkiyetini geçirme yükümü altında bırakılışı gibi (MK 650), burada da taşınmaz maliki, taşkın yapı bölümü üzerindeki arsa mülkiyetini taşkın yapı sahibine geçirme yükümü altında tutulmaktadır.

MK 650'nin «haksız yapı» olgusuna değinmişken, bu olguyu burada ele alınan «taşkın yapı» olgusu ile kısaca, kabaca karşılaştırmakta yarar vardır: MK 650 kuralının düzenlediği haksız yapı olgusunda, bir yapı, bağımsız bir bütün olarak olduğu gibi, bir başkasının arsasına dikilmektedir. Oysa MK 651 kuralının öngördüğü taşkın yapı olgusunda, yapı salt belirli bir bölümüyle başkasının (komşunun) arsasına yaydırılıp taşırılmaktadır.

Hukukumuzda yapısını komşunun arsasına taşıranın hukukî konumu, haksız yapı dikenin hukukî konumundan elverişlidir. Taşkın yapı olgusunda söz konusu olan «yapının bütünlüğünü koruma kaygısı» ışığında taşkın yapı sahibine su-

nulmuş olan ayrıcalık, böyle bir kaygının söz konusu olmadığı haksız yapı olgusunda salt yapının değerinin arsanın değerinden ağır basması olasılığında tanınır.

*
**

Arsasına sataşılacak komşuyu böyle bir daraltıma katlandırmak ve taşkın yapıyı yapan yararına MK 651 II kuralının elverişli hukukî olanaklarını tanıyabilmek için varlığı aranacak koşullara gelince:

1) Arsasına tecavüz edilen komşunun bu tecavüze karşı herhangi bir itirazda bulunmaması... MK 651 II kuralına göre, arsasına ilişilen malikin «tecavüze muttali» olduğu tarihten başlayarak 15 gün içerisinde taşkın yapının yapılmasına karşı çıkmaması, taşkın yapı sahibinin yararına öngörülmüş hakların kapısını aralayan ilk ögedir.

Oysa, İsviçre MK'nun Türk MK 651 II kuralını karşılayan 674 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında «tecavüze uğrayanın zamanında (rechtzeitig, en temps utile) itiraz etmemesi»nden söz edilmektedir,

Anlaşılan, Türk yasa koyucusu, hukukî güvenlik, emniyet ve kararlılık düşünceleriyle, İsviçre hukukunda somut olayın özelliklerine, durumun gereklerine göre belirlenmesi yargıca bırakılmış olan bir sürenin, bütün olaylar, bütün olasılıklar için geçerli genel ve kesin bir gün sayısı ile somutlaştırılmasını daha uygun bulmuştur.

Fikrimce, bu hukuk politikası tercihi hiç isabetli olmamıştır. Ne yazık ki MK ön tasarisını hazırlayanlar da MK 651 II kuralındaki bu aksaklığı tanıladıkları halde, 15 günlük süreyi 10 güne indirmekle yetinmişlerdir.

Oysa, önemli iktisadî değerlerin yok yere imhasını önlemeyi amaçlayan bir kuralın uygulanmasında (itirazın geçerliliğinde) belirleyici etmenin, 10 ya da 15 günün geçmiş olması değil, fakat yapının ulaştığı somut teknolojik aşama olması gerekirdi.

İmdi, günümüzdeki teknik olanaklarla 14 gün içerisinde koça bir yapı genişletmesini gerçekleştirmiş olan bir kimsenin ve onunla birlikte toplumun, 15 inci günde, birdenbire yapıya karşı

direnen bir taşınmaz malikinin bu direnişine kurban edilerek yapının yıkılmasına katlandırılması, doğrusu kolay kolay anlaşılabilir bir hukukî çözüm değildir.

Üstelik, MK 651 II'ye göre, bu 15 günlük süre, tecavüze «fiilen ittila» anından itibaren işlemeye başlamaktadır. Yani, ilgisizliği veya arsası dışında bir yerde oturması yüzünden taşkın yapının yapıldığından haftalar, aylar, belki de yıllar boyu habersiz kalmış bir kimse, fiilen ittiladan sonra işlemeye başlayacak 15 günlük süre içerisinde hâlâ itirazda bulunabilecektir. Oysa İsviçre MK'nun Almanca metninde, uygun itiraz süresi, tecavüzün farkedilebilir, tanınabilir (erkennbar) olduğu andan başlar. Yani komşunun şahsan ve fiilen taşkın yapı hakkında bilgi sahibi olması öznel gereği aranmayıp, tecavüzün, arsasıyla yakından ilgilenen bir malik tarafından farkedilmesinin, tanınmasının olanaklı bulunuşu nesnel gereği ile yetinilir. (İsviçre Federal Mahkemesinin ve İsviçre öğretisinin bu konudaki tutumu çok açıktır. Bk. BGE 53 II 226; HAAB, ZGB 674 N 17; MEIER-HAYOZ, ZGB 674 N 39). Şunu da eklemek gerekir ki, Alman hukukunda, Par. 912 BGB kuralı, bu nesnel gereklik bakımından daha da açıktır: «Komşunun, sınıra tecavüzden önce veya hemen sonra itiraz etmesi gerekir.»

Gerçekten de, eğer bir arsa maliki ilgisizliği yüzünden tecavüzü öğrenmede (MK 651 II'nin deyişiyle ona muttali olmada) gecikmişse, bu savrukluğunun, başıboşluğunun, gevşekliğinin cezasını da kendisi çekmelidir. O, arsasına gereken dikkati göstermemekle arsasına tecavüz edilmesinin ayıbını da paylaşmış olmaktadır.

Kaldı ki, arsa maliki, arsasında ve çevresinde olup bitenlere karşı gösterdiği vurdumduymazlıkla, nemegerekçilikle, yalnız himayeye lâayık olmaktan çıkmakla kalmamakta, fakat ayrıca böyle bir himayeye «muhtac olmaktan» da çıkmaktadır. Çünkü, o, söz konusu gevşekliği ile, tecavüz edilen arsa bölümü üzerindeki çıkarının kendisi indinde hiçbir önem taşımadığını da göstermiş olmaktadır.

Üstüne üstlük, MK 651 II'nin söylemine, sözcüklerine sınıksız bağlı kalan bir yorum, buradaki «itiraz etmeme» olgusunu bir «rıza beyanı»na indirgemiş olur ki, bunun hukuk mantığına ne

denli ters düşeceği ortadadır. Eğer açık ya da üstü örtülü (zımnî) bir rıza mevcutsa, o zaman, yapı taşkınlığı zaten hukuka uygun sayılır ve ayrıca «iyi niyete» ve «halin icabına» bakmanın gereği de kalmaz. (Krş. Juristenzeitung 1974, 382/83 ve Juristische Schulung, 1974, 666 i.s.)

Fikrimce, Türk MK 651 II'nin itiraz süresiyle ilgili bu aksaklıkları, MK 2 II kuralının «hakkın kötüye kullanılması» yasağı ve özel olarak «etkisizleşme» (Verwirkung) kuramı eliyle törpülenip düzeltilmelidir. Değişik bir anlatımla: MK 651 II'de itiraz süresi ile ilgili olarak varlığı kabul edilmek gereken «örtülü yasa boşluğu» MK 2 eliyle doldurulmalıdır.

Bu görüş ışığında, kendisi tarafından tanınabilir, seçilebilir duruma gelmiş, tanınması, seçilmesi nesnel (objektif) ve düzgüsel (normatif) bir değer yargısıyla gerekli bulunmuş bir yapı taşkınlığına karşı sesini çıkarmayan, itiraz etmeyen komşunun bundan böyle yapının ortadan kaldırılmasını iyi niyetli bir yapı sahibinden istemesinin yerindelik ve adalet düşüncelerine aykırı düşeceği durumlarda, zilyet ve malik sıfatından kaynaklanan haklar da etkisizleşmiş sayılmalıdır.

2) Taşkın yapıyı yapanın iyi niyetli bulunması...

MK 651 II kuralında taşkın yapı sahibi yararına tanınmış olan ayrıcalıklı yolun kapısını iyice açabilmek için böyle bir koşulun aranması doğaldır, yerindedir. Gerçekten de, taşkın yapı sahibinin MK 651 II'nin elverişli olanaklarından yararlanabilmesi için onun iyi niyetli bulunması koşulu öngörülmüş olmasaydı, o zaman, herkes kazmasını küreğini kaptığı gibi komşusunun arsasına yayılıp saçılır, onun arsasına taşan yapılar yapmaya koyulurdu. Herkes, göz göre göre, bile bile komşusunun arsasına tecavüz edip, şansını komşusunun ses çıkarmaması, süresinde itiraz etmemesi olasılığına bağlardı. İşte iyi niyet koşulu sayesinde, dürüstlüğe aykırı bu gibi spekülasyonlar ve oldu bittiler kesinlikle önlenmektedir.

Demek ki bir kere yapımına başlanmış, belirli bir aşamaya ulaşmış bir yapının parçalanmayıp elden geldiğince korunması düşüncesi, komşunun arsa mülkiyetine göz göre göre, kötü niyetle tecavüz edildiği anda, arsa malikini koruma düşüncesi karşısında geriye, arka plâna çekilmeye mahkûmdur.

Acaba taşkın yapıyı yapan kişi, hangi olasılıklarda iyi niyetli bulunma koşulunu gerçekleştirmiş sayılabilir?

Eğer iyi niyetin dar ve geleneksel tanımına bağlı kalınacak olursa, ancak yapısının komşunun arsasına taştağını bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişinin iyi niyetli sayılabileceği kendiliğinden anlaşılır.

Yok eğer iyi niyetin yeni İsviçre öğretisinde (Deschenaux, Merz, Meier-Hayoz ve özellikle Jäggi) ve yeni Federal Mahkeme içtihatlarında benimsenen geniş, çağdaş tanımına bağlı kalınacak olursa, yapısını komşusunun arsasına taşıma girişiminde haksızlık, hukuka aykırılık bilincine sahip bulunmayan ve bu bilinç yoksunluğunda ağır kusurlu da sayılamayan kişi iyi niyetli olarak kabul edilebilecektir.

Dikkat edilirse, iyi niyet kavramını salt bir ruhsal (psikolojik) olgu, bir hukukî aksaklığa, sakatlığa ilişkin bilgisizlik ya da yanlış bilgi, yanlış tasarım sorunu olarak ele alan dar ve klâsik tanımdan ayrımlı olarak, bu modern tanım, iyi niyeti düpedüz bir ahlâkî (etik) değer olarak görmektedir.

Fikrimce, iyi niyet kavramına yepyeni değerler aşıl原因, yepyeni boyutlar kazandıran ve böyle yapmakla da bu kavramı adamakıllı genişleten çağdaş görüş, özellikle ele aldığımız olguda, yani taşkın yapı sahibi yararına uygulanması söz konusu olduğunda, menfaatler durumuna çok daha uygun düşer.

İmdi, taşkın bir yapı yapan, sırf lapu dairesine gidip de plânları titizlikle incelemeyen ya da sınırlarını titizlikle ölçmedi diye veya MK 928 kuralı uyarınca ilgililerin incelemesine açık (alenî) plânda gösterilen sınırları bilmesi gerekirdi düşüncesiyle kötü niyetli sayılamamalıdır.

Bunun gibi, taşkın yapıyı yapan, gerçek arsa sınırının geçtiği yeri bilse ve hatta bunun da ötesinde, fazladan, yapısını bu sınırın dışına taşırdığını da bilse bile, komşusunun böyle bir taşkınlığa rıza göstermiş bulunduğu yolunda içten (samî) bir kaniya sahiboldukça, yine de iyi niyetli kişi sayılmalıdır. Çünkü, komşusunun arsasına tecavüz ettiğini fiilen bildiği bu olasılıkta bile, o, dürüstlüğe, ahlâka, hukuka aykırı davranma bilincinden (dulus malus anlamındaki kötü niyetten) uzak bulunmaktadır.

Bununla, sırf komşusunun süresi içinde itiraz etmemesinin taşkın yapı sahibini iyi niyetli saymak için yeterli bulunacağını söylemek istemiyorum. Ama eğer bu itiraz etmeme, komşunun her gün pencereden taşkın yapının yapımını seyredip adeta yapı sahibinin gözünün içine baka baka sesini çıkarmaması tarzında belirmişse, o zaman taşkın yapı sahibi pekâlâ iyi niyetli sayılabilecektir.

Öyle sanıyorum ki Yargıtayın 1944 yılında haksız yapı dikimi ile ilgili önemli bir İçtihadı Birleştirme Kararı, iyi niyet kavramının böylesine geniş bir yolda yorumlanması önerisini desteklemeye, pekiştirmeye elverişlidir. Gerçekten, Yargıtay da bu kararında, tapu kütüğü dışında (haricen) satılıp zilyetliği devredilmiş bir arsa üzerinde mülkiyet hakkını kazanamadığını bilmesi gereken (dar ve geleneksel iyi niyet tanımına göre kötü niyetli sayılması gereken) alıcıyı, salt satıcısının arsa üzerine yapı dikme konusunda oluru bulunduğunu sanmakta haklı gözüktüğü, sözün özü, yapıyı haksız davranma bilincinden yoksun olarak diktiği için iyi niyetli saymıştır. (Bk. İçtihadı Birleştirme Kararları, Hukuk Kısmı, 1930/1947, s. 177).

Bu modern iyi niyet tanımı benimsenmeyecek ve klâsik, psikolojik iyi niyet tanımına bağlı kalınacak olsa bile, aynı çözüme, MK 651 II kuralının temelinde yatan son derecede önemli bireysel ve toplumsal yararların korunması düşüncesi ışığında, iyi niyet (kusursuz bilgisizlik) kavramını düzgüsel bir değerlendirmeye ereksel (gaî) bir genişletmeye tâbi tutarak da ulaşılabılır. Gerçekten de taşkın yapı ve haksız yapı gibi çok ciddi ekonomik ve sosyal sonuçları olan hukukî uyuşmazlıklarda, iyi niyetin ince elenip sık dokunması ve koca yapıların, büyük ekonomik değerlerin sırf belirli bir hukukî aksaklık ve sakatlığın bilinmesi, sözgelimi tapu kütüğündeki plâna bakılması gerekirdi diye gözden çıkarılması, MK 648 i.s. kurallarda bu yapıları elden geldiğince korumayı amaçlayan yasanın ruhuna aykırı düşerdi.

Nitekim Alman hukukunda da, § 912 BGB kuralına göre, taşkın yapıyı yapan kişi, bu davranışta bu'unmaya hakkı bulunduğu kanısını taşımada ağır kusurlu olmadıkça iyi niyetli sayılır.

3) Taşkın yapıyı yapan yararına bir irtifak hakkı kurulmasının ya da tecavüz edilen (taşılan) arsa bölümü mülkiyetinin

geçirilmesinin son bir koşulu da durumun gereğinin bu hakların tanınmasına elverişli bulunmasıdır.

Bu koşulun varlığını araştırırken, yargıç, özel olarak öngörülmüş bulunan «süresinde itiraz etmeme» ve «iyi niyet» öğelerinin tüm dışında kalan birtakım olguları dikkate alacaktır. Örneğin, taşkın yapının boyutlarını, taşkın yapının değerinin te avüz ettiği arsa bölümünün değerinden fazla oluşunu, taşkın yapı bölümünün ve bu yapının tecavüz ettiği arsa bölümünün her bir komşunun değişik pratik gereksinimleri açısından taşıdığı önemi...

Sözün özü, somut olayın bütün özellikleri, «halin icabı» kavramının çatısı altında değerlendirilecek, hassas bir menfaatler terazisi kurulacaktır.

*
**

Bu üç koşulun hepsi bir arada gerçekleştiğinde, yineleyelim, taşkın yapı sahibi bir itirazla karşılaşmamış ve iyi niyetli bulunmuş, durumun gereği de kendisine MK 651 II'de anılan hakların tanınmasına elvermiş ise, taşkın yapı sahibi, komşusundan şu iki isteminden birisine uyulmasını isteyebilecektir:

- 1) Yapının komşunun arsasına taşan bölümü üzerinde bir irtifak hakkının kurulması,
- 2) tecavüz edilen arsa bölümü üzerindeki mülkiyetin kendisine geçirilmesi.

Bu hakların (komşu açısından bakınca, yükümlerin, borçların) niteliği, uzun bir süre tereddüt ve tartışma konusu olmuş iken, özellikle İsviçreli hukukçu Liver'in (İtalyan hukukundan da esinlenerek) konuya ışık tutan çalışmalarından, araştırmalarından sonra saydamlığa kavuşturulmuş sayılabilir. (Bk. Meier-Hayoz, ZGB 674 N 52 i.s.).

Günümüzde baskın görüşe göre, anılan hak ve borç, taşınmaz mülkiyetinin yasadan kaynaklanan bütün dolaylı daraltımlarında olduğu gibi, «eşyaya bağlı bir borç ilişkisi» nin (Realobligation) konusunu oluşturur. Taşkın yapıya sahibolan her kişi tarafından komşu arsaya malik olan her kişiye karşı ileri sürü-

lebilir. Ve anılan eşyaya bağlı haklar, taşınmaz mülkiyetinin yâsadan doğan dolaysız (direkt) daraltımlarından ayrımlı yolda, (bu sonuncular MK 657'ye göre tescilsiz sonuç doğurur ve aynı etkinlik taşırlar) aynı etki kazanabilmek için tapu kütüğüne tescilli gereksinirler.

İmdi, arsasına tecavüz edilen komşu, tapu sicilinde gerekli işlemi gerçekleştirip tescile muvafakat beyanında bulunarak taşkın yapı sahibi yararına sözü geçen iki haktan birisini kuracaktır.

Eşyaya bağlı borcuna uyararak tapu kütüğünde gerekli işlemi gerçekleştirmekten kaçınan komşuya karşı açılacak olan dava da MK 642 anlamında bir tescile zorlama davası olacaktır. Nisbi güçteki bu edim davasında iki «neticei talep», «terditli» biçimde istif edilmiş olmasa bile, yargıç, görevinden ötürü, alıcı yararına bu iki istemden somut koşullara en uygun düşenini hükme bağlayacaktır.

İşaret edeyim ki yargıcın bu hükmü, edim yükümlüsünü (borçlu komşuyu) salt irade bildiriminde bulunmaya mahkûm etmiş olmakla kalmayacak, fakat MK 642 uyarınca, doğrudan doğruya «irtifakın» ya da «mülkiyetin» aitliğini, açıkçası, taşkın yapı sahibi yararına kurulmuş sayılmasını sağlayacaktır.

İrtifak ve mülkiyet hakları, bu durumda, kural dışı yoldan, tapu kütüğü dışında kazanılmış olup, bundan sonra doğrudan doğruya taşkın yapı sahibi tarafından yaptırılabilir olan bir tescil, hakkı kurucu bir nitelik değil de salt hakkı açıklayıcı bir nitelik taşıyacaktır.

Taşkın yapı sahibi yararına söz konusu iki haktan irtifakın kurulmasını isteme hakkı, ona, komşusunun tecavüz edilmiş olan arsa bölümü üzerinde bir mülkiyet hakkı kazandıramamakla beraber (bu arsa bölümü, yine de komşunun mülkiyetine dahil sayılır), kendisine ait bulunmayan bu arsa parçasına bitişmiş bulunan taşkın yapı üzerinde, irtifak hakkı sürdükçe, gerçek bir mülkiyet hakkı kazandırabilecektir.

Eğer yapı salt komşunun hava boşluğuna taşmışsa, bu taşkın yapı bölümü, komşu arsanın bütünleyici parçası sayılmayıp zaten yapı sahibinin mülkiyetinde kalacağından, bu

olasılıkta, taşkın yapı irtifakının biricik işlevi, komşuyu, kendi egemenlik alanına ilişkin bir tecavüze katlandırıp boyun eğdirmekten ibaret kalacaktır.

Bu kural dışı olgu bir yana bırakılacak olursa, taşkın yapı irtifakı, bütünleyici parçanın (burada yapının) asla (burada arsaya) bağlılığına ilişkin temel ilkede önemli bir gedik açmış olacaktır. Şöyle ki tecavüz edilen arsa üzerinde «komşu» malik kalırken, bu arsa üzerinde bulunan taşkın yapıya «yapı sahibi» malik olacaktır.

Şu da var ki söz konusu mülkiyet hakkı, salt taşkın yapıya özgü kalır, yapının altındaki toprak parçasına ya da yapının üstündeki hava boşluğuna yaygın sayılmaz. Bu alanlardaki egemenlik yine de komşu malikin olur. Bu nedenle, komşunun katlanmak zorunda kalacağı bir taşkın yapıya yapı sahibinin diletiğince kat çıkması da olanaksızlaşır. Kaldı ki komşunun taşkın yapıya katlanma yükümü, ekonomik değerleri bir kapris uğruna yok yere parçalatmama amacı ile kayıtlı sayılmak gerekir; mevcut yapı taşkınlığı oldu bittisinin geliştirilmesine alet edilemez. (Kırş. Juristische Schulung 1975, 595'de yayımlanmış olan Alman Federal Mahkemesi kararı).

Bu niteliği ile, taşkın yapı irtifakı, yapı hakkını anımsatır. Gerçekten, yapı hakkında da, MK 652 kuralı uyarınca, arsa mülkiyeti ile yapı mülkiyeti ayrı ayrı ellerde toplanır.

Ne var ki taşkın yapı irtifakı, MK 652 kuralının öngördüğü yapı hakkından ayrımlı olarak kişiye bağlanamaz, el değiştirebilir kılınamaz. Bu nedenle, sürekli ve bağımsız bir hak olarak tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz diye tescile elverişli de sayılamaz. Taşkın yapı irtifakı, ancak taşınmaza (arza) bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabilir. Çünkü eğer taşkın yapı irtifakı kişiye bağlanacak olursa, tıpkı yapı hakkı gibi arsa mülkiyetinden bağımsız olarak el değiştirebilecek ve böylece ortaya (yapı hakkında karşılaştığımızdan ayrımlı yolda) iki yerine üç malik çıkabilecektir: Arsa üzerinde malik kalan kişi A, yapının ana bölümü üzerinde malik kalan kişi B ve taşkın yapı bölümü üzerinde malik olan el değiştirebilir, kişiye bağlı irtifak hakkı sahibi bir üçüncü kişi C. Buysa, MK 651 II kuralının mülkiyetin bölünmesini, parçalanmasını elden geldiğince önlemeye çalışan ana fikri ile bağdaşmaz bir şey olurdu.

Hiç kuşkusuz, taşkın yapı sahibi yararına tanınan «irtifak ve mülkiyet haklarının» bir bedeli de olacaktır.

Taşkın yapı sahibinin «nimeti»ne bu nimetin «külfeti» denk düşecek ve o kendi yararına kurulacak hakların karşılığında, komşusuna uygun bir bedel (yasanın deyişiyle «tazminat») ödeyecektir.

Bu çözüm, taşınmaz mülkiyetinin yasadan kaynaklanan bütün dolaylı daraltımlarında, bütün «zaruret haklarında» olduğu gibi, MK 651 II'de de açıkça hükme bağlanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, burada, «tazminat» deyimine kapılarak, komşuya ödenecek olan bedelin bir haksız fiil tazminatı oluşturacağı sanılmamalıdır. Aslında, komşunun tatminini amaçlayan bir «hakkaniyet bedeli», hakçası, bir «fedakârlık karşılığı talep» (Aufopferungsanspruch) söz konusudur. Tıpkı BK 52 II'nin ve MK 677'nin «zorda kalma» (ıztıırar) olgularında, malikin malını yabancının arsasında takip hakkında (MK 676) ve zorunlu geçit, su sağlama, mecra geçirme haklarında olduğu gibi, ağır basan kamusal ya da özel yararlardan ötürü bir fedakârlığa katlanma zorunda kalmış kişinin, uğrunda fedakârlığa katlanmış bulunduğu kişiden isteyebileceği bir paradır bu.

İmdi, bu bedelin mutlaka irtifakın veya mülkiyeti geçirilen arsa bölümünün gerçek değeri tutarında bulunması da gerekmez.

Bu «fedakârlık karşılığı bedel», taşkın yapı sahibi açısından, onun mülkiyet hakkının alışılmamış boyutlara kavuşturularak olağanüstü biçimde genişletilmiş olmasının bir bedelini oluştururken, komşu arsa maliki açısından, onun mülkiyet hakkının istisnaî bir daraltıma tâbi tutuluşunun karşılığını oluşturmaktadır.

Söz konusu alacağın tutarı, yargıç tarafından, somut olayın ve ilişkilerin özelliklerine göre MK 4 doğrultusunda serbestçe takdir edilerek belirlenir. Baskın görüş, komşu arsa malikinin bu fedakârlık karşılığı talep hakkının da taşkın yapı sahibi açısından bir «eşyaya bağlı borç» oluşturduğunu savunur. (Bk. Meier-Hayoz, ZGB 674 N 57).

Yasada belirtilmemiş, hükme bağlanmamış olmakla beraber,

uygun bir bedel karşılığında irtifak hakkı kurulmasını ya da tecavüz edilen arsa bölümünün mülkiyetinin geçirilmesini, taşkın yapı hakkı sahibi gibi, komşu arsa malikinin de isteyebileceği kabul edilir. Bu olanağın önemi, kendisini paraya muhtaç bir komşu arsa maliki yönünden gösterir. Hatta, eğer kendisine artakalan arsa parçasından yararlanma, taşkın yapı yüzünden, komşu için aşırı ölçüde zorlaştırılmış ya da tüm olanaksızlaştırılmış ise, onun, arsanın tümüyle devralınmasını bile isteyebileceği ileri sürülür. Bu konuda MK 669 kuralından da örnekseme yoluyla (kıyasen) yararlanır.

*
**

MK 651 II kuralı, MK 662 II uyarınca, örnekseme (kıyas) yoluyla, komşunun arsasına taşmamakla birlikte, komşuluk hukukuna aykırı düşen yapılara da uygulanır. Hiç kuşkusuz, komşunun arsasına tecavüz etmemiş olan ve salt komşuluk hukukuna aykırı düşmüş bulunan bir yapı bakımından, yapı sahibi yararına, beraberinde taşkın yapı mülkiyetini getiren bir taşkın yapı irtifakı kurulması ya da komşu arsa mülkiyetinin geçirilmesi söz konusu olacak değildir. Bu gibi durumlarda, yalnızca, komşu için bir katlanma yükümü söz konusu olabilecektir.

MK 651 II kuralı, örnekseme yoluyla, irtifak haklarına tecavüz edildiği durumlarda da uygulanabilir. Orneğin 10 metreden yüksek bir yapı dikmeme konusundaki manzara irtifakını çiğneyip de 10 metrelik yapısının üzerine bir kat daha çıkan kişi, MK 651 II kuralında anılan koşulların varlığı durumunda irtifak hakkı sahibi komşusunu bu tecavüze katlanma yükümü altına sokabilir.

Öte yandan, aynı malike ait bulunup da tapu kütüğünün birbirinden bağımsız sayfalarına ayrı ayrı kaydedilmiş birbirine bitişik iki arsa arasında bir taşkın yapı yapılacak (malik kendi arsasından yine kendisine ait bir arsaya yapı taşıracak) ve sonradan taşınmazlardan birinin mülkiyeti el değiştirecek olursa, MK 651 II kuralı yine örnekseme yoluyla uygulanabilir. Gerçi bu o'asılıkta, ortada taşkın yapıya itiraz edecek kimse bulunmadığına göre, MK 651 II kuralının uygulanma koşullarından birisi de mevcut olmayacaktır. Ama ortada bir de bu koşulu görmezlik-

ten gelmemizi gerektirecek bir başka öge vardır: Taşkın yapıyı yapan kişinin korunmayı hak etmişliği böyle bir olasılıkta caha da ağır basmaktadır.

Tıpkı bunun gibi, taşkın yapıya özgü ilkeler, tek bir arsayı sonradan iki parselé bölen sınırın aynı zamanda mevcut yapıyı da bölmesi olasılığında, yapının, kapsamı, konumu ve ekonomik önemi yönüyle ağırlık taşıyan ana bölümüyle dikilmiş olduğu arsanın maliki yararına işler kılınabilecektir. (Krs. Juristische Schulung 1975, 734/35).

**
*

Haksız taşkın yapı olgusu karşısında MK 651 II kuralının öngördüğü hukukî düzenlemeye ilişkin bir genel değer yargısında bulunmak gerekirse :

MK'umuzun 651 inci maddesinin 2 nci fıkrası kuralı, son keredede önemli ekonomik gereksinimleri karşılamakta, taşınmaz mülkiyetine gerçekçi, akılcı daraltımlar getirmekte ve komşular arasındaki ilişkilerin yersiz sürtüşmelerle gerginleşmesini önleyerek, bu ilişkiyi sağlıklı tutmayı sağlamaktadır.

Bu kural, köklü düşüncelerden, büyük ilkelere güç alır :

Bir kere, yapının salt biçimsel hukukun bir cilvesi sonucunda pratik gereksinmelere ve ekonomik rasyonlara aykırı düşecek biçimde, yapay yoldan ayrı ayrı mülkiyet dilimlerine ayrılmasını ve hatta (beteri), komşunun arsasına taşan yapı bölümünün yıkılmasını önleme amacı, kuralı taşıyan temel sütundur.

Sonra, aynı kural, MK 657 kuralında dile gelen büyük bir adalet ilkesinin, «ıztırrar fikri»nin özel bir görünümü o'arak belirlemektedir: «Bir kimse, bir zararı ancak başkasının mülkiyetine tecavüzle defedebiliyorsa, bu zarar tecavüzün yol açtığı zarardan büyük olmak şartıyla, mülk sahibi, bu tecavüze tahammüle mecburdur.» Burada da, taşkın yapı sahibi, yapının yıkılmasından ötürü uğrayacağı zararı ancak komşusunun arsası üzerinde hak sahibi olmakla önleyebilmektedir. Ve taşkın yapının yıkılmasından ötürü söz konusu olacak olan zarar da, bu hakkın tanınmasından ötürü komşuya verilecek zarardan çok daha büyük olacaktır. İşte bu nedenledir ki, komşu, taşkın yapı sahibinin haklarına

katlanmaya (hiç kuşkusuz fedakârlığının karşılığını oluşturan bedel istemi saklı kalmak kaydıyla) mecbur tutulmuştur.

Nihayet, MK 651 II kuralı, bütün hukukumuzu sarıp sarmalayan, kucaklayan ve MK'umuzun 2 nci maddesinde dile gelen en büyük hukuk ilkesinin de özel bir yansıması, bir belirtisi olarak ortaya çıkmaktadır:

«Herkes haklarını kullanmada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın (ve bu arada komşunun arsa üzerindeki mülkiyet hakkının) sırf gayri ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez.»

MK 651 II kuralının, yapısını komşusunun arsasına taşıran kişi yararına tanıdığı hakların kullanılabilmesi için aranan koşulların geniş yürekle yorumlanması, kuralın örnekseme (kıyas) yoluyla benzer olgulara yaydırılması ve taşkın yapı sahibi yararına söz konusu olan irtifakın kurulması ve mülkiyetin geçirilmesi «nisbî» taleplerinin «eşyaya bağlı borç» (Realobligation) kuramı eliyle güçlendirilmesi eğilimleri, bu perspektiften bakıldığı zaman, daha derin bir anlam kazanır.