

KAT MÜLKİYETİ KANUNU TASARISI HAKKINDA

Doç. Dr. M. Kemal OĞUZMAN

Mecmuamızda yayınladığımız bir makalede¹ İsviçre ve Türkiye'de hazırlanan kat mülkiyeti ile ilgili kanun tasarılarını tahlil etmiş ve Türk tasarısının aksıyan noktalarını belirtmeye çalışmıştık. Adalet Bakanlığının, sözügeçen tasarıyı yeniden gözden geçirmek üzere kurduğu bir komisyon sözügeçen yazımızdaki tenkitleri gözönünde tutarak tasarıyı yeniden incelemiş, tasarının getirdiği sistemin temeline dokunan tenkitlerimiz kabul edilmeyerek tasarı gerekçesinde cevaplandırılmış, fakat prensibe dokunmayan bazı tenkitlerimiz nazara alınarak tasarıda bazı düzeltmeler yapılmıştır.²

Fakat hemen belirtelim ki, komisyonun, Türk Hukukunda kat mülkiyetine esas teşkil etmesi gereken temel prensipler hususunda görüş birliğine varamamış bulunduğunu, komisyon üyelerinden Doç. Dr. Safa Reisoğlu'nun yayınladığı muhalefet şerhinden öğrenmiş bulunuyoruz.³

Gerek bu komisyonun, gerekse tasarının ilk şeklini hazırlayan komisyonun başkanlığını yapmış bulunan Ord. Prof. Dr. H. Velidet Velidedeoğlu «kat, daire gibi bağımsız bölümlerin müstakil mülkiyete konu olması ve kat mülkiyeti kütüğünde her bağımsız bölüme ayrı bir sahife açılması, arsa payının bağımsız bölüme bağlanması» görüşünü savunmuş,⁴ buna mukabil Reisoğlu ise bizim 1957

1) Kemal Oğuzman, Kat mülkiyeti hakkında İsviçre ve Türkiyede hazırlanan kanun tasarıları, tahlil ve tenkidi (İ. H. F. M. cilt XXV, 1959, sayı 1-4, sah. 133 vd.)

2) Bak. Kat Mülkiyeti Kanunu tasarısı, Ankara Yeni Ceza Evi Matbaası 1963. Gerekçe, sah. 13.

3) Safa Reisoğlu, Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanun Tasarıları, Ankara 1963, sah. 57.

4) Reisoğlu, a. g. e. sah. 57.

yılından beri gerek doçentlik tezimizde⁵ gerek çeşitli yazılarımızda⁶ ısrarla savunduğumuz ve İsviçre tasarısına da temel teşkil ettiğini görmekte büyük bir memnunluk duyduğumuz görüşü, yani «kat mülkiyetinin, müşterek mülkiyet paylarının, her paydaşa, binanın kat, daire gibi bağımsız bölümünde münhasır istifade hakkı verecek şekilde tesis edilmesiyle kurulması; bu suretle kat mülkiyetine çevirilmiş her müşterek mülkiyet payına, kat mülkiyeti kütüğünde ayrı bir sahife açılması; bu sahifelerde, arsa payının kanunî muhtevasını teşkil eden münhasır istifade hakkına konu olan bağımsız bölümlerin gösterilmesi» gerektiğini savunmuştur.⁷

Komisyon üyelerinin çoğunluğu⁸ Ord. Prof. Velidedeoğlu tarafından savunulan ve evvelki tasarıya esas teşkil etmiş bulunan görüşü benimsemişlerdir. Tasarı gerekçesinde bize verilen cevaplar bu görüşün delillerini teşkil etmektedir.

Bu yazımızda, tasarı gerekçesinde bize verilen cevapları tahlil etmeye ve isabet derecesini belirtmeye gayret edeceğiz.

I. Biz, evvelâ tasarının dayandığı esasa, yani katların müstakil mülkiyet konusu addedilmesine işaret etmiş ve şöyle demiştik: «... bir çok müellifin işaret ettiği veçhile, binanın ana duvarlarının müşterek mülkiyete tâbi olduğu kabul edildiğine göre - nitekim Türk tasarısı m. 3 de de böyledir - kat diye müstakil mülkiyet mevzuu olabilecek bir mal kalmaz. Gerçekten ana duvarlar müşterek mülkiyete tâbi olunca kat adı altında müstakil mülkiyet mevzuu olarak kalan şey, o katın işgal ettiği hava boşluğundan başka bir şey değildir. Hava tabakası üzerinde ise hakiki mânasiyle bir mülkiyet bahis konusu olamayacağına göre, mülkiyet mevzuu olarak kattan bahsedilmesi doğru olmaz. Haddizatında gayrimenkuldeki

5) Kemal Oğuzman, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi, İstanbul 1958, sah. 172 vd.

6) Not 1 de a. g. y. den başka bak. Kemal Oğuzman, Kat Mülkiyeti, (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl II, 1958, sayı 2, sah. 313); Le Problème de la propriété par étages (Rapport présenté au colloque de l' A. I. S. J.) Annales de la faculté de Droit d'Istanbul, No. 15, 1960 sah. 180 - 203.

7) Reisoğlu, a. g. e. sah. 58.

8) Komisyon: Dr. Hıfzı V. Velidedeoğlu (İst. Huk. Fak. Medenî Hukuk Ord. Profesörü), Dr. Safa Reisoğlu (Siyasal Bil. Fak. Medenî Hukuk Doçenti), İmran Öktem (Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Başkanı), Eyüp Sabri Erman (Yargıtay İcra İflâs Dairesi Başkanı), Dr. Bülent Olcay (Adalet Bak. Huk. İş. Um. Md. Muavini) ve Galip Esmer (Tapu ve Kadastro Um. Md. Muavini) den teşekkül etmiştir. Bak. Reisoğlu, a.g.e., sah. 57.

bir şayi hissenin katta sağladığı müstakil ve münhasır istifade selâhiyeti, psikolojik tesiri bakımından, İsviçre tasarısında olduğu gibi kat mülkiyeti diye isimlendirilebilir, fakat müstakil bir mal olarak mevcudiyeti olmayan katlara tapu kütüğünde sahife açılması doğru olmaz. Nitekim İsviçre tasarısını hazırlayanlar bu hususu ehemmiyetle gözönünde tutmuşlardır.»⁹

Bu hususta bize şu cevap verilmiştir: «Türk tasarısına göre Kat Mülkiyeti yalnız bir malzeme, bir eşya üzerindeki mülkiyet değil, aynı zamanda - tabir caizse - bir boşluk mülkiyetidir. Kat maliki kendi katının ortak duvar, ortak tesisat, tavan ve tabanı müstesna olmak üzere, diğer bütün duvar, bölme, kapı, pencere ve tesisatın müstakil maliki olduğu gibi o katın kendine ait iç boşluğunun da malikidir ve bu boşluktan malik sıfatıyla faydalanmaktadır. Medenî Kanunumuzun 644 üncü maddesinin birinci fıkrası aynen (Bir arza malik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı tazammun eder) diyerek arzın üzerindeki (boşluğu) da gayrimenkul mülkiyetinin şumulüne sokmuştur. Bu da pek tabiidir. Böyle olmasaydı, 20 - 30 hattâ 40 - 50 katlı binalar yapılmasına imkân olmazdı. Menkullerde de durum böyledir. Bir şişenin, kayığın maliki tabiatıyla onların içindeki boşluğun da malikidir; zira şişeden ve kayıktan faydalanmak ancak bu suretle mümkündür. Tam mânasiyle maddî nitelik taşımayan şeyler üzerindeki mülkiyet, Medenî Kanunumuzun, (hava veya buhar tazyiki, elektrik gibi temellüke elverişli tabii, kuvvetleri menkul mülkiyetinin şumulüne sokan) 686 ncı maddesinin hükmünde dahi görülmektedir.

«Şu halde mülkiyet hakkını sadece mücessem eşya üzerinde kabul eden bazı Fransız müelliflerinin «boşluk üzerinde mülkiyet tasavvur edilemez ki, ana duvarları müsterek olan katlar, müstakil mülkiyete mevzu olabilsin» tarzındaki görüşleri, Medenî Kanunumuzun kabul ettiği mülkiyet sistemi karşısında asla varit değildir.»¹⁰

Bu cevap ne doğru ve ne de tatminkârdır. Zira:

①— M. K. m. 644 den faydalanılmaya çalışılması boşuna bir gayrettir. Bu hüküm, bir araziye malik olan kimsenin mülkiyeti dolayısıyla haiz olduğu maddî tasarruf yetkisinin dikey olarak şumul

9) Oğuzman, a.g.y., İ.H.F.M. cilt. XXV., sah. 178.

10) a.g. Gerekçe, sah. 10, f.

sahasını düzenlemektedir.¹¹ Sözü geçen maddeden, bir araziye malik olmadan bu arazinin üzerindeki boşluğa malik olma imkânı bulunduğu neticesi asla çıkarılamaz. Tam aksine, kim araziye malikse bu arazi üzerindeki boşluğun da ona ait olduğu neticesi çıkar. Şayet araziye bir kaç kişi müştereken malik ise, arazi üzerindeki boşluk da bu müşterek mülkiyete tâbidir. Yoksa bu boşluğu hayalî bir taksime tâbi tutup 3 metreye kadarki boşluğa (A) nin; 3-6 metreye kadarki boşluğa (B) nin, 6-9 metreye kadarki boşluğa (C) nin ve ilâh. malik olacağı düşünülemez. Hava tabakası üzerinde mülkiyet cereyan etmiyeceğinden maksat da budur. MK. m. 644'de bunun aksini gösterecek en ufak bir delil bulmaya imkân yoktur.

Bir şişenin, bir kayığın malikinin onun içindeki boşluğun da maliki olmasının, tasarı gerekçesini kaleme alanları nasıl destekliyeceği merak edilecek bir husustur. Şayet onlar, şişenin bir şahsa, boşluğunun başka bir şahsa ait olabileceğini; kayığın bir kimsenin, içindeki boşluğun başka bir kimsenin mülkiyetine tâbi olabileceğini isbat etmiş olsalardı, bu takdirde verdikleri misali kendilerini haklı çıkarmak üzere kullanmaları düşünülebilirdi. Halbuki verdikleri her iki misal onları değil, tam aksine bizi haklı çıkarmaktadır. Şişeye ve kayığa kim malik ise içindeki boşluğun da maliki odur. Şişe birinin boşluk başkasının olamayacağına göre, bu misaller nazara alınınca arsanın ve ana duvarların bir şahsın, bir kata düşen hava boşluğunun başka şahsın mülkiyetine tâbi olamayacağı neticesine varılmak gerekir. Şayet tasarı, arsayı ve ana duvarları müşterek mülkiyete tâbi saymasa idi belki bu takdirde bir katın ve bunun içindeki boşluğun mülkiyetinden bahsedilebilirdi. Fakat arsayı ve anaduvarları müşterek mülkiyete tâbi kılmamak ise sayısız karışıklıklara yol açardı. Tasarıda da haklı olarak ana duvarların müşterek mülkiyete tâbi kılınması mecburiyetinde kalmıştır. İşte bizim iddiamız; ana duvarlar müşterek olunca, artık kat diye müstakil mülkiyete konu olacak bir şey kalmıyacağıdır. Bir katın kapıları, pencereleri ise kat demek değildir.¹² Ana duvarlar olmadıkça katın da müstakil bir varlığı olmaz. Tasarıda ise ana duvarlar müşterek mülkiyete tâbidir.

11) Arthur Mejer - Hayoz, Das Sachenrecht, I. Abteilung. Das Eigentum, II. Abschnitt: Das Grundeigentum, Bern, 1961. sah. 6, N. 19; Robert Haab, Das Sachenrecht, 2. Auflage m. 667. N. 1.

12) Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 166 Not. 5 ve orada belirtilen eserler.

Ana duvarlar müşterek mülkiyete tâbi olunca, katın işgal ettiği boşluğun ayrı bir mülkiyete konu olamayacağı fikri ise yalnız bazı Fransız müelliflerine ve onların tesiri altında farzedilen bazı Türk hukukçularına münhasır bir görüş değil, Medenî Kanunumuzun anavatanı İsviçrede de konunun üzerine hususî olarak eğilmiş bulunan hukukçular tarafından da savunulan bir görüştür.¹³ Bunu evvelce de belirtmiştik.¹⁴ Fakat son senelerde yazılmış Fransız eserlerinin hususiyeti şudur ki 1938 tarihli kat mülkiyeti ile ilgili Fransız Kanunu katlar üzerinde müstakil mülkiyetten bahsettiği halde, Fransız müellifleri bunu tenkit etmekte, hakikate uymadığını ifade etmektedirler.¹⁵ İstedikki bizde de kanun yapılırken aynı hataya düşüp, sonra tenkit konusu olacak bir sistem kurulmasını, Fransızların tecrübesinden ders alınsın.

2 — Medenî Kanunun 632. maddesinde, tapu sicilinde ayrı bir sahifeye kaydedilen müstakil ve daimî hakların gayrimenkul mülkiyetine; 686. maddede de temellüke elverişli tâbi kuvvetlerin menkul mülkiyetine konu sayılmış olmalarının da, tasarı gerekçesinde bize verilen cevabı haklı çıkaracak yönü yoktur. Bir kere menkul mülkiyeti söz konusu değildir. Gayrimenkul mülkiyeti bakımından tasarıda kat mülkiyetinin konusu «binanın bağımsız bölümleri» olarak nazara alınmıştır. Yani bir «mal mülkiyeti» bahis konusudur. Gerekçenin bir yerinde¹⁶ bundan «hak mülkiyeti» diye bahsedilmesi de bizzat tasarı ile tenakuz halindedir ve aslında kat üzerinde hakikî anlamıyla mülkiyet olabileceği iddiasıyla hareket eden tasarılarının savunucularının, bunun doğru olmadığına bizzat kendileri de kani olmuş bulunmalıdırlar ki, bu sefer «hak mülkiyeti» mefhumuna dayanmayı düşünmüşlerdir. Fakat buna dayanmak isterken de ayrı bir hataya düşülmüştür. Bu hatayı belirtmek üzere evvelâ gerekçede «kat mülkiyetinin» bir nevi «hak mülkiyeti» olduğunu izah yolunda ileri sürülen mütalâayı görelim: «Türk tasarısına göre kat mülkiyeti gerçekte, Medenî Kanunun (gayrimenkul mülkiyeti) başlığını taşıyan 19 uncu babı içinde 652 nci maddede düzenlenmiş olan

13) Hans - Peter Friedrich, Die Wiedereinführung des Stockwerks-eigentum in der Schweiz, Basel 1956, sah. 161 - 162.

14) Bak. Oğuzman, a.g.y., İ.H.F.M. cilt. XXV. sah. 178 Not. 24.

15) Mazeaud, Leçons de droit civil, Tome II, Paris 1956, sah. 1049 - 1050; Azoulay, Le droit de copropriété par appartements, Thèse dactylographiée, Paris, 1956, sah. 116 vd., 164 vd.

16) a.g. Gerekçe, sah. 9, e.

üst hakkı (namı diğerle inşaat hakkı) gibi bir nevi (hak mülkiyeti) dir. Nitekim 652 nci maddenin birinci fıkrası bunun «tapu siciline irtifak hakkı diye tescil edilmek üzere başka bir malikin mülkü olabileceği» kaidesini koyduğu gibi, aynı kanunun 632 nci maddesinin 2 numaralı bendi «tapu siciline müstakil ve daimî olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar»ın gayrimenkul mülkiyetine konu olabileceğini; 751 nci maddesinin son bendi ve 911 nci maddesinin 2 numaralı bendi de müstakil ve daimî hak mahiyetinde kurulan üst haklarının tapu sicilinde ayrı bir sayfeye tescil edileceğini kabul etmiştir.»¹⁷ Katların üst hakkı konusu olup olamayacağını biraz ileride inceleyeceğiz. Bu noktayı şimdilik bir yana bıraksak bile üst hakkına tapu kütüğünde müstakil sahife açılması (MK. m. 911) ile tasarıda katlara sahife açılmasının (tasarı m. 13) arzettiği tezata burada işaret etmemiz gerekir. Bilindiği üzere, üst hakkı, müstakil ve daimî bir mahiyet taşıdığı takdirde *tapu kütüğünde ayrı sahife «yapıya» değil, bir şahsî irtifak¹⁸ olan üst (inşaat) hakkına (MK. m. 751) açılır (MK. m. 911, Tapu Sicili Niz. m. 8)¹⁹. Halbuki tasarı, hak değil *mal mülkiyetini* kabul etmekte, hakka değil bir mal olarak kat'a sahife açmaktadır. Görülüyor ki tasarı ile, gerekçenin yukarıda belirtilen ifadesi birbirini tutmamakta, gerekçede kat mülkiyetinin bir nevi «hak mülkiyeti» olduğunun söylenmesi hakikate uymamaktadır.*

Hak mülkiyeti, bizim tavsiye ettiğimiz ve İsviçre tasarısında uygulandığını gördüğümüz sistemde bahis konusudur. Kat üzerinde münhasır istifade hakkı sağlayan *müşterek mülkiyet payı*, sicilde ayrı sayfeye kaydedilmekte ve bu paya ait hak kat mülkiyeti olarak isimlendirilmektedir. Durum İsviçre tasarısı metninde bütün açıklığı ile görülmektedir. Buna göre bizim Medenî Kanununun 632. maddesine tekabül eden İsviçre Medenî Kanununun 655. maddesi şu şekli almaktadır:

«A. *Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu.*

Gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu yerinde sabit olan şeylerdir.

Bu kanuna göre aşağıdaki şeyler gayrimenkuldür:

17) a.g. Gerekçe, sah. 9, e.

18) Bak. *Haab*, a.g.e. m. 655, m. 675 N. 2 vd.; *Meier - Hayoz*, a.g.e. m. 655 N. 20; *Tuor*, *Le code Civil Suisse Trad. Deschenaux*, Zürich 1950, sah. 500; *Vecdi Aral*, *İnşaat (üst) Hakkı*, İstanbul 1962, sah. 1, 53.

19) *Homberger*, *Zilyedlik ve Tapu Sicili*, Terc. Suat Bertan, Ankara 1950, m. 943 (911) N. 8 vd.

- 1 — Arazi,
- 2 — Tapu kütüğüne kaydedilmiş müstakil ve daimî haklar,
- 3 — Madenler,
- 4 — Gayrimenkullerde müşterek mülkiyet payları».

Gene İsviçre tasarısına göre bizim Medenî Kanununun 911. maddesine tekabül eden 943. maddesi de şu şekli almaktadır:

«a) *Kayıtlı gayrimenkuller:*

Aşağıdakiler tapu kütüğüne gayrimenkul olarak kaydedilir:

- 1 — Arazi,
- 2 — Gayrimenkuller üzerinde müstakil ve daimî haklar,
- 3 — Madenler,
- 4 — Gayrimenkullerde müşterek mülkiyet payları».

Tasarının İsviçre Medenî Kanununa ilâve etmek üzere getirdiği m. 712 a - 712 t, bir müşterek payının bir kat üzerinde sağladığı münhasır istifade yetkisini, kat mülkiyeti olarak düzenlemektedir.²⁰

İşte bu hal tarzında, «müstakil ve daimî hakların» gayrimenkul konusu olmasındaki (MK. m. 632) gibi, «kat mülkiyeti» de bir «hak mülkiyeti» tarzında gayrimenkul mülkiyeti konusu olmakta ve bu, hakikate uymaktadır. Türk tasarısı gerekçesinde ise, tasarı metni ile asla bağdaşmayan bir ifade ile kat mülkiyetinin bir «hak mülkiyeti» olduğundan bahsedilmiştir. Bu yola gidilmesinin sebebini biz, kat mülkiyetine konu olacak müstakil bir mal bulunmadığını, tasarı gerekçesini hazırlayanların da, bütün aksi iddialarına rağmen içlerinde kabul ettiklerinde görüyoruz. Zira tasarı sistemine uymayan şekilde, durduk yerde, «hak mülkiyeti» mefhumuna baş vurulmasını başka bir sebebe bağlayamıyoruz. Şayet tasarıyı hazırlayanlar bu «hak mülkiyeti» fikirlerinde samimî iseler, katlara sahife açmaktan vazgeçmeleri gerekirdi.

II. Biz yazımızda şöyle demiştik: «Mamafih, eğer katlara sahife açılmasında pratik bir zaruret bulursa idi bu takdirde yukarıdaki nazarı esasa bir istisna getirilmesi tecviz edilebilirdi. Halbuki böyle bir zaruret bulunmadıktan başka üstelik, tapu sicilinde katlara sahife açılması pratik bakımdan da mahzurlu bulunmaktadır.

20) İsviçre Tasarısının ilk şeklinin türkçe tercümesi için bak. *Oğuzman*, a.g.y. İ.H.F.M. cilt XXV, sah 134 vd; Tasarının son şeklinin tercümesi için bak. *Reisoğlu*, a.g.e. sah. 41 vd.

«Gerçekten katlara sahife açılmasında bir zaruret yoktur. İsviçre tasarısında olduğu gibi, kat üzerinde istifade hakkını sağlayan şayi hisseye sahife açılması ile ihtiyaç tamamiyle karşılanabilecektir. Bu takdirde Medenî Kanunun esasları da zedelenmiş olmaz, zira esasen kanun bazı haklara tapu kütüğünde müstakil sahife açılabilmesi esasını kabul etmiş bulunmaktadır. (Bak. MK. m. 911)»²¹.

Tasarı gerekçesinde bize verilen cevapta: «Türk Kat Mülkiyeti kanunu tasarısı, İsviçre tasarısında olduğu gibi, Medenî Kanunun Müsterek mülkiyete ait maddelerinin tâdili suretiyle katlar ve başlı başına kullanmağa elverişli diğer bağımsız bölümler üzerinde, müsterek mülkiyete bağlı daimî bir faydalanma, yani bir irtifak tesisi esasını değil, Medenî Kanuna hiç dokunmaksızın, tamamen ayrı bir kanunla katlar üzerinde müstakil mülkiyet esasını kabul etmiştir.

«İsviçre tasarısına nazaran prensipte görülen bu ayrılığın memleketimiz bakımından, sayılamıyacak kadar büyük faydaları vardır» denilmiş ve bu faydalar şöyle belirtilmiştir:²²

«a) Kat malikleri psikolojik bakımdan tatmin edilmiştir. Zira her kat maliki kendi katının, tapu kütüğünde ayrı bir sahifeye tes-cil edilmiş tapu kaydını aksettiren müstakil tapu senedini alacak ve böylece müstakil mülkiyet esasına göre sahip bulunduğu katın tek başına maliki olduğunu görecektir. Bu psikolojik inanç, el birliği ile inşaatı teşvik, halkın müstakil mesken ihtiyacını tatmin ve kat malikine bir emniyet duygusu temin edecektir.

«b) Ana gayrimenkulde bağımsız mülkiyete konu olan katlar ve bölümler üzerinde kat maliklerine müstakil mülkiyet esasının tanınması, her kat malikini, Medenî Kanunun bütün maliklere tanıdığı (mülkiyete has istihkak ve müdahalenin men'i) dâvalarıyla müstakilen teçhiz ederek ona, tek başına müracaat edeceği hukukî bir teminat sağlayacaktır.

«c) Her kat maliki, müstakil mülkiyete konu olan katını veya bağımsız bölümünü, diğer haklarla takyit, meselâ müstakilen rehnederek katından iktisaden dilediği gibi faydalanabilecektir.

21) Oğuzman, a.g.y. İ.H.F.M. cilt XXV, sah. 178.

22) a.g. Gerekçe, sah. 8-9, a-d. (e ve f) şıkları da gerekçede fayda olarak sıralanmışsa da bunlardan (e) kat mülkiyetinin bir «hak mülkiyeti», (f) ise «boşluk mülkiyeti» olduğunun izahından ibarettir. Bunlara yukarıda temas edilmiştir.

«d) Türk tasarısında kabul edilen sistem, İsviçre tasarısında olduğu gibi, Medenî Kanunun müsterek mülkiyet hükümlerini tadil ve kat mülkiyetini Medenî Kanuna ilhak etmediği için daha sade, uygulanması daha kolay bir sistemdir.

«... İsviçre tasarısındaki hal tarzı ise, Türkiye'de uygulanmasına imkân olmayan ve Medenî Kanunun bünyesi içine, yabancı bir cisim gibi ilhak edilmiş bir sistem niteliğini göstermektedir. Bu sistem Türkiyede kabul olunursa, kat mülkiyeti meselesi, zamanla içinden çıkılmaz çapraşık bir mahiyet alır ve ikide birde Medenî Kanun gibi bir ana kanunun değiştirilmesi zaruretini doğurur. Bundan kaçınmak için kat mülkiyetini, Medenî Kanundan ayrı olarak özel bir kanunla düzenlemek gerekmektedir.»^{22a}

1 — Evvelâ, tasarı ile Medenî Kanuna hiç dokunulmadığı fikri üzerinde duralım. Bununla kat mülkiyeti konusunun özel bir kanunda düzenlenmesi fikri savunuluyorsa esasen bu bizim de görüşümüzdür. Bu görüşü şimdiye kadar biz de yazılarımızda savunduk.²³

Fakat biz özel kanun yapılınsın derken, bu özel kanunun Medenî Kanun prensiplerine zarar vermemesini de istiyoruz. Şayet tasarıda olduğu gibi bir özel kanun yapılır ve bu Medenî Kanunun prensiplerine aykırı olursa, bu özel kanunun Medenî Kanuna dokunmadığı söylenemez. Medenî Kanunun prensiplerine aykırı hüküm ister Medenî Kanuna, isterse özel kanuna konmuş olsun, her iki halde de Medenî Kanun zedelenmiş olur.

Her ne kadar gerekçede : «... Medenî Kanun "binaların kâin bulunduğu arzın mutemim cüz'ü olduğu" hususunda 644 üncü maddenin 2 nci fıkrasıyla konulmuş olan ana kaideye bir istisna getirmiş, yalnız 652 nci maddenin son fıkrası bu istisnayı münhasıran tek katlı binalar için kabul ederek bir yapının birden ziyade katlarının üst hakkına mevzu olamayacağı esasını koymuştur. Eğer bunu koymasaydı bir binanın yalnız ilk katı değil, daha üstündeki katları da, müstakil ve daimî hak olarak, gayrimenkul mülkiyetine konu olacak ve tapu kütüğünün ayrı bir sahifesine böylece tescil edilecekti.

«İşte Türk Kat Mülkiyeti Kanunu tasarısı gerekçenin başında izhar olunan mahzur ve ihtiyaçlar sebebiyle, Medenî Kanunun 652

22 a) a.g. Gerekçe, sah. 8 - 9.

23) Bak. *Oğuzman*, a.g.e. sah. 171 - 172; *Oğuzman*, Le problème de la propriété par étages. a.g. Annales. sah. 195.

nei maddesinin prensibini değil, sadece son fıkrasındaki tahdidi kaldırarak, bir binanın arsanın mütemmim cüz'ü olmaksızın, yalnız ilk katının değil, daha üstündeki katlarının da müstakil mülkiyete konu olabileceği esasını koymuştur.

«Şu halde mütemmim cüz prensibinden ayrılmayı Medenî Kanun, üst, (inşaat) ve kaynak haklarında (Madde 652, 679 / cümle 2 ve 752/son fıkra) hükümleriyle esasen kabul etmiş olduğundan, Türk Kat Mülkiyeti kanunu tasarısının katlar ve başlı başına kullanılmağa elverişli bölümler üzerinde müstakil mülkiyet esasını kabul etmesi, Türk Medenî Kanununun prensiplerini ihlâl ve bu prensiplerden ayrılma mahiyetini taşımaz»²⁴ denilmekte ise de:

Bu söylenenlere vereceğimiz en kısa cevap söylenenlerin hepsinin hakikata aykırı olduğudur²⁵. Şöyle ki:

a) Bir kere üst (inşaat) hakkının bugün ancak tek katlı binalarda cereyan ettiği iddiası doğru değildir. Çok katlı bir bina için de üst hakkı pekâlâ tesis edilebilir. Tasarı gerekçesinde zannedildiğinin aksine MK. 652/2 nin cevaz vermediği şey «çok katlı binaların üst hakkına mevzu olması» değil, «bir binanın muhtelif katlarının ayrı ayrı üst haklarına konu olması»dır. Bu hususta en küçük bir şüphe ve tereddüt yok iken²⁶ gerekçede bugün üst hakkının yalnız tek katlı binalar için kabul edildiğinden bahsedilmesi büyük bir yanlışlıktır. Tekrar edelim, MK. m. 652/2 nin yasak ettiği, bir binanın muhtelif katlarının ayrı ayrı üst hakkına konu yapılmasıdır.

b) Keza, gerekçede, eğer MK. m. 652/2 olmasa idi katların tapuda ayrı sahifeye kaydedilebileceği iddia edilmiştir. Bu iddia da doğru değildir. Yukarıda da²⁷ belirttiğimiz üzere eğer katlar üzerinde üst hakkı cereyan etse idi, bu halde tapu kütüğünde sahife katlara değil, müstakil ve daimî hak karakteri taşıyan ve bir şahsî irtifak olan «üst hakkı»na açılırdı. Kat'a sahife açılması gene de söz konusu olmazdı. Binaenaleyh, katlara sahife açılması esasına dayanan tasarı ile, sadece MK. m. 652/2 nin kaldırıldığı iddiası da tenakuz halindedir. Gerekçe ile tasarı bu bakımdan da birbirini tutmamaktadır.

24) a.g. Gerekçe, sah. 9 - 10.

25) Aynı kanaatte Aydın *Aybay*, Kat mülkiyeti Kanunu Tasarısı Hakkında düşünceler, Ank. Bar. Der. Yıl 20, 1963, sayı 2. sah. 186.

26) Bak. *Aral*, a.g.e. sah. 23 - 24.

27) Bak. Not. 18 - 19.

c) MK. m. 652/2 hükmünün kaldırılmasının, mütemmim cüz'ilerin ayrı mülkiyete konu olamayacağı prensibini ihlâl etmiyeceği, zira esasen MK. m. 652/1 hükmü ile istisna kabul edilmiş olduğu iddiası da tam olarak hakikati aksettirmemektedir. Şöyle ki; Bir binanın arsadan ayrı olarak bir mülkiyete konu olması, binaları arsanın mülkiyetine tabi kılan MK. m. 644 hükmüne bir istisnadır. Fakat bir binanın katlarının binanın mütemmim cüz'ü olması MK. m. 644 hükmüne değil, eşyanın tabiatı icabı kanunda yer alan MK. m. 619 hükmüne dayanmaktadır. Bilindiği üzere MK. m. 619 a göre «Mahallî örf'e göre bir şeyin esaslı bir unsurunu teşkil eden o şey telef veya tahrip yahut tagyir edilmedikçe ondan ayrılması kabil olmayan cüz'üler o şeyin mütemmim cüz'üleridir». Bir binayı, telef veya tahrip etmeden bir katını ayırmak mümkün değildir. Diğer bir ifade ile, arsaya nazaran binanın müstakil bir varlığı söz konusu olabileceği halde, binaya nazaran katlarının müstakil varlığı yoktur. İşte bu sebeptendir ki binanın bütün olarak üst hakkına mevzu teşkil ederek ayrı bir mülkiyete tâbi olmasına MK. m. 652/1 ile cevaz verildiği halde, MK. m. 652, bunu ayrı ayrı katlar için kabul etmemiştir. Bunun sebebi katların müstakil varlığı olmamasıdır. Bu cihet, İsviçre Medenî Kanununun esbabı mucibe lâyhasında da açıkça belirtilmiştir.²⁸

Binaenaleyh MK. m. 652/2 hükmü kaldırılınca Medenî Kanunun prensiplerinin ihlâl edilmiş olmayacağı iddiası da hakikate uymamaktadır.

2 — Gerekçede Türk tasarısına göre, kat maliklerinin müstakil tapu senedi alabileceği, malikin istihkak ve müdahalenin men'i dâvalarından istifade edebileceği, katların rehnedilebileceği belirtilerek, bunların Türk tasarısının «sayılamıyacak kadar büyük faydaları» olarak ileri sürülmesi de hakikate uygun değildir²⁹. Çünkü bunlar Hükümet tasarısına münhasır neticeler değildir. Her birini ayrı ayrı inceleyelim:

a) Kat maliklerinin psikolojik tatmini, bunların, katlardan istifadelerine verilen isim ve ellerine verilen senetle ilgilidir ki, gerek «kat mülkiyeti» adı, gerek kat malikine tapu senedi verilmesi İsviçre tasarısında da caridir. İsviçre tasarısını örnek alarak Doçent Dr. Safa Reisoğlu'nun hazırladığı ve hükümet tasarısına ait

28) Exposé des motifs, Tome troisième, Droit réels, Berne 1902, sah. 71.

29) Aynı kanaatte Reisoğlu, a.g.e. sah. 150; Aybay, a.g.y. sah. 186.

muhalefet şerhi ile birlikte neşrettiği tasarıda da bu cihet açıkça görülmektedir.³⁰

4 b) İstihkak ve men'i müdahale dâvalarından kat maliklerinin faydalanmaları da asla Hükûmet tasarısına ait bir hususiyet değildir. İsviçre tasarısında kabul edilen sistemde, hattâ tatbikatta uygulanmakta olan ve kat mülkiyeti ihtiyacını karşılamak gayesi ile kabul edilmiş bulunan 6217 sayılı kanunun düzenlediği müşterek mülkiyet - irtifak sisteminde de bugün mevcut imkânlardır.³¹

5 c) Kat mülkiyetinin haklarla takyidi ve bilhassa rehni hususunda Hükûmet tasarısının İsviçre tasarısına nazaran bir üstünlüğü asla varit değildir. İsviçre sisteminde de kat üzerinde münhasır istifade yetkisi veren müşterek mülkiyet payı - ki bu kat mülkiyeti adını alır - haklarla takyit edilebilir ve bilhassa rehnedilebilir.³²

d) Gerekçede, eğer Türkiyede İsviçre tasarısının sistemi kabul olunursa, kat mülkiyeti meselesinin zamanla içinden çıkılmaz, çapraşık hal alacağı ileri sürülmüştür. Bu, hiç bir esasa dayanmayan, mücerret bir iddiadan ibarettir. Bu konuda hiç bir gerekçe gösterilmediğinden üzerinde fazla durmuyoruz. Yalnız merak ettiğimiz nokta neden İsviçrede çapraşık durum ortaya çıkmayıp da bizde çıkacağıdır. Şayet İsviçrede de aynı karışıklığa yol açacağı ileri sürülürse, bu takdirde hayreti mucip olacak nokta, Medenî Kanunu kendilerinden iktibas ettiğimiz İsviçrelilerin nasıl olup da bunun farkına varmadıklarıdır?

Ashında böyle bir mahzur olmadığı için, yukarıdaki sorulara cevap aramağa çalışmak beyhude bir gayret olmaktadır.

III. Biz yazımızda, katlara sayfa açılmasının, nazari sakatlığı dışında pratik mahzurlarını da şöyle belirtmiştik: «Katlara sayfa açılmasının pratik mahzurlarına gelince: Tapu kütüğünde bir kata sayfa açılabilmesi için her şeyden evvel bunun hiç değilse mevcudiyetinin kontrol edilmesi gerekir. Adliye Vekâleti tarafından neşredilen tasarının ilk şeklinde bu kontrol vazifesi gayet tabii olarak Tapu idarelerine yükletilmişti (M. 11. f. 3. bend. a). Her halde Ta-

30) *Reisoğlu*, a.g.e. sah. 155 vd.

31) *Haab*, a.g.e. m. 648, N. 7, 8; *Oğuzman*, a.g.e. sah. 77 not. 185, ve sah. 180; *Aybay*, a.g.y. sah. 186. *Reisoğlu*, a.g.e. sah. 150. Ayrıca bak. Yarg. İç. Bir. K. 21.6.1944 sayı 24 (R. G. sayı 5902).

32) MK, m. 623 / son; Ayrıca bak. *Oğuzman*, a.g.e. sah. 179; *Reisoğlu*, a.g.e. sah. 151.

pu idarelerinin işlerinin başından aşması gözönünde tutularak, Hükümet tarafından neşredilen tasarıda, kontrol vazifesi Belediyelere verilmiştir. Belediyelerin kontrolde gösterecekleri bir ihmal yüzünden hakikatte mevcut olmayan bir kata kütükte sayfa açılmasından ise Devlet mesul olacaktır (MK. m. 917). Bir kanun hükmü ile Devletin mesuliyeti bertaraf edildiği takdirde ise, tapu sicili için gerekli itimat prensibi sarsılacaktır.

«Mevcut olmayan kat için tapu kütüğünde sayfa bulunması sadece kat mülkiyeti tesis edilirken değil sonradan da ortaya çıkabilir. Meselâ bir kat yanar veya yıkılırsa, bu takdirde kütükteki sahife mevzusuz kalacak, ve bu sahifeye güvenerek muameleye girenler hiç bir hak iktisap edemeyeceklerdir. Halbuki İsviçre tasarısında olduğu gibi şayi hisseye sahife açılması halinde, bu mahzurlar bahis konusu olmaz. Çünkü ana gayrimenkul mevcut oldukça şayi hisse de mevcuttur ve buna sayfa açılması için tapu kütüğü dışında bir kontrol bahis konusu değildir. Bu şayi hisselerin istifade bahşedeceği katın mevcudiyeti veya ademî mevcudiyeti, bugün tapuda kayıtlı bir arazi üzerinde bina mevcut olup olmamasının hükümlerine tâbi olur ve bugünkü sisteme kolayca intibak eder.»³³

Gerekçede bize verilen cevapta: «katların hepsi veya bir kısmı harap olursa mülkiyet mevzusuz kalmayıp, sadece kat mülkiyeti sona ermekte fakat arsanın mülkiyeti, müşterek mülkiyet esaslarına göre tapuda asıl kütüğe naklolunmaktadır. Tasarıda gerek bu hususta ve gerek katlardan yalnız birinin veya bir kaçının harap olması halinde arsa payının ne olacağına dair mufassal ve açık hükümler vardır (Tasarı Madde 47).

«Tasarıya konulan hükümlerle, bir katın veya birkaç bölümün harap olması halinde tapu idaresine derhal ihbar yapılması ve bunu yapmayanların sorumluluğu esası kabul edilerek, Devletin mutlak mes'uliyeti bu hususta kabul edilmemiştir»³⁴ denilmiştir.

Bu cevapla:

1 — Kat mülkiyetinin *tesisinde*, kendisine sahife açılacak katın mevcudiyetinin kontrolünün tapu idareleri yerine Belediyelere verilmesine rağmen Devletin mes'uliyetinin devam edeceği hususundaki tenkidimize hiç ilişilmemiştir.

33) Oğuzman, a.g.y. İ.H.F.M. cilt XXV, sah. 178 - 179.

34) a.g. Gerekçe. sah. 11.

2 — Sonradan, katın yanma veya yıkılma neticesi ortadan kalkması halinde Devletin mes'ul olmayacağına tasarıya ilâve edilmiş olması ise lüzumsuzdur. Zira esasen Devlet MK. m. 917 ye göre «sicillerin tutulmasıyla ilgili zararlardan» mes'uldür. Katın sonradan ortadan kalkmasının ise sicillerin tutulması ile ilgisi yoktur. Fakat bu hususta önemli olan ve büyük mahzur olarak ortaya çıkan nokta, yok olmuş kata kütükte açılmış sahifenin devamının fertler için arzettiği tehlike ve buna karşı Devletin mes'uliyeti bulunmamasıdır.

Gerçekten, tasarıya göre kat mülkiyetinin konusu, katlar veya diğer bağımsız bölümlerdir. Arsa payı ise bu mülkiyete bağlıdır. Bir kat veya bağımsız bölüm ortadan kalkınca, mülkiyetin mevzuu kalmadığından kat mülkiyeti sona erecektir. Aslolan bu hak sona erince ona bağlı arsa payı da sahipsiz kalacaktır. Çünkü arsa payına ait hak kat malikinin şahsına değil kat üzerindeki mülkiyete bağlıdır. Arsa payının bağlı olduğu kat mülkiyeti ise sona ermiştir. Arsa sahipliğinin arsa üzerindeki mülkiyet dolayısıyla devamı da söz konusu olamayacaktır. Çünkü bir gayrimenkulde kat mülkiyeti tesis edilince, arsaya ait kütük sahifesi kapatılmaktadır (Bak. Tasarı. m. 13, f. 2). Böylece, arsa payına sahiplik dahi, yok olan kata ait mülkiyete bağlı olarak devam edemediği gibi - çünkü bu mülkiyet mevzuu kalmadığı için sona erdi -, arsa üzerinde de devam edememektedir.

× < Böylece yok olan kata ait sahifeye güvenerek aynı hak iktisap ettiğini zannedenlerin ne duruma düşecekleri kolayca görülebilir. Hattâ evvelce tesis edilmiş rehin v.s. aynı hakların kat yok olduktan sonra arsa payında devamları dahi tasarının sisteminde söz konusu olamaz. Çünkü tasarıya göre kat üzerindeki mülkiyet asıldır, arsa payı buna bağlıdır. Kat yok olunca, kendisine bağlı bütün hakları da peşinden sürükler.

Halbuki İsviçre tasarısında bu tehlike ve mahzurlar yoktur. Arsa üzerindeki hak (arsa payı) asıldır, kat üzerindeki hak ona bağlıdır. Kat yansa da yıkılsa da, arsa payı bundan müteessir olmaz.

Bizim tenkitlerimiz üzerine tasarıda 47. maddede düzenlenen, ve arsa payının ne olacağını mufassal ve açık olarak nizamladığı bildirilen hükümler de mahzurları gidermekten uzaktır.

Bir kere bu hüküm³⁵⁾ arsa payının kat mülkiyetine bağlılığının

35) Madde 47 nin metnini buraya aynen alıyoruz.

Madde 47 — Anayapının tümü harap olmuşsa, anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona erer.

Anayapının bağımsız bölümlerinden biri tamamen harap olur ve o bölü-

mahzurlarını gidermekten çok, yeniden inşa mükellefiyetini düzenlemektedir. Bunun dışında bulunan en mühim çare, harap olan kata ait mülkiyetin kendiliğinden kat irtifakına çevrilmesi ve beyanlar hanesine geçici şerh³⁶ verilmesidir. Bu gayet müphem bir hükümdür. Tapu idaresi, katın yok olduğundan haberdar olmazsa ve söylenen şerh verilmezse, bu arada sicile güvenerek katı satın alarak iktisap eden kimsenin durumu ne olacaktır? O ne gibi bir hak iktisap edecektir? Buna mukabil o, 47. maddenin kabul ettiği, katı inşa mükellefiyeti altına girecek midir? Bu mükellefiyetin altına girecekse bu âdil midir? Ve böyle bir sicile kim güvenir? Hayır, bu mükellefiyeti olmayacak denirse, bu takdirde 47. maddenin kabul ettiği yeniden inşa mükellefiyetinin işlemesi imkânsızlaşmış olmaz mı?

Tasarınının 48. maddesiyle kabul edilen, binanın harap olması keyfiyetinin, yönetici veya katı harap olan kimse tarafından tapu idaresine bildirilmesi mecburiyeti, bunu yerine getirmiyenlerin zararları tazminle mükellef tutulması da sicile güveni sağlayacak bir çare değildir. Katı yok olan malik, tapu idaresine durumu bildirmeden katı

mün maliki iki yıl içinde bölümünü yeniden yaptırmazsa, diğer kat malikleri veya bunlardan bir kısmı, bu sürenin tamamlanmasından başlayarak bir yıl içinde o bölüme ait arsa payının, değeri karşılığında ve arsa payları oranında kendilerine devredilmesini hâkimden isteyebilirler. Bu halde devrolunan arsa payları kat mülkiyeti kütüğünün ilgili sahifelerinin (beyanlar) hanesine işaret olunur; arsa payını devralanlar, devraldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde, harap olan bağımsız bölümü yeniden yaptırmaya veya aynı süre içerisinde bütün kat malikleri bağımsız bölümlere bağlı arsa paylarını bu kanunun 3 üncü maddesinin 2nci fıkrasındaki esaslara göre yeniden hesaplayarak kat mülkiyeti kütüğüne geçirtmeye mecburdurlar.

Yukarıdaki fıkra hükmüne uyulmadığı takdirde anagayrimenkul üzerindeki kat mülkiyeti kendiliğinden sona ererek, gerek o gayrimenkul ve gerek harap olan bölümler için alınan sigorta bedeli üzerinde ortak mülkiyet hükümleri uygulanır.

Birden ziyade bağımsız bölüm tamamen harap olup da bunlardan birinin yeniden yapılması diğerinin yapılmasına bağlı bulunuyorsa, bağımsız bölümleri harap olan kat malikleri bunları yeniden yaptırıp yaptırmıyacaklarını, harap olma tarihinden başlayarak altı ay içinde diğer kat maliklerine yazılı olarak bildirmeye mecburdurlar. Bildirmeyenlerin yeniden yaptırmak istemedikleri kabul olunur ve onların arsa payları, bölümlerini yeniden yaptırmak isteyenlere öncelikle devredilir.

Harap olan bağımsız bölümler üzerindeki kat mülkiyeti bu maddede yazılı süreler devamınca kendiliğinden kat irtifakına çevrilir ve kat mülkiyeti kütüğünde beyanlar hanesine geçici şerh verilir. Bağımsız bölüm yapılıncaya onun üzerindeki kat mülkiyeti yeniden doğar ve geçici şerh kütükten silinir.

36) Şerh hususî anlamı olan bir mefhumdur. Beyanlar hanesine yapılacak bir kayda şerh denmesi doğru değildir.

üçüncü şahsa satarak devretmiş ise, o esasen umumî hükümlere göre alıcıya karşı mes'uldür. Fakat alıcı, sırf Kat Mülkiyeti Kanunu sakat bir sistem kurdu diye ne diye tazminat dâvaları, tefekkül hükümleri peşinde koşmaya mecbur kalsın. Üstelik bundan her zaman tatminkâr netice de alamaz.

IV. Biz yazımızda, «... katlara sahife açılmasında bir zaruret yoktur. İsviçre tasarısında olduğu gibi, kat üzerinde istifade hakkını sağlayan şayi hisseye sahife açılması ile ihtiyaç tamamen karşılanabilecektir» demiştik.³⁷

Bize verilen cevapta: «Hazırlanan ön tasarımı inceleyen eski ve yeni ilmî komisyonlara gerek 1959 tarihinde ve gerek bu def'a katılan tapu mütehassısları, kat mülkiyetinin tescili için ayrı bir (kat mülkiyeti kütüğü) nün tesisini zaruri görmüşler, aksi takdirde, asıl kütükte müşterek mülkiyet esasına göre, İsviçrede olduğu gibi her kat için açılması teklif edilen sahifelerin zamanla karışıklığa meydan vereceğini belirtmişlerdir.» denilmiştir.³⁸

Dikkat edilirse, verilen cevapta, kat mülkiyeti için ayrı bir kütük tutulması ile, kütükte katlara veya müşterek mülkiyet paylarına (şayi hisseler) sahife açılması meselesi birbirine karıştırılmıştır.

Pratik ihtiyaçlar ayrı bir «kat mülkiyeti kütüğü» tutulmasını haklı kılabilir. Fakat bunun, bu kütükte katlara sahife açılmasını haklı gösterecek bir yönü yoktur. Bu kütükte sahifeler pekâlâ, İsviçre sisteminde olduğu gibi, kat mülkiyetinin temelini teşkil eden müşterek mülkiyet paylarına açılabilir ve bunun böyle olması gerektiğini de yukarıdaki izahlarımız göstermiştir sanırız.

× (V.) Nihayet önemli bir nokta olarak, bir gayrimenkuldeki şüyuun izalesi dâvalarında, mirasçılardan veya müşterek mâliklerden biri talep ettiği takdirde hâkimin kat mülkiyeti tesisine karar vermesi mecburiyetinin tasarıda kabul edilmesini tenkit etmiştik. «Zira kat tahsisi yolu ile gayrimenkulde taksim yapılmış, şüyu izale edilmiş olmaz, bilâkis, kat tahsisi yapıldıktan sonra artık şüyuun izalesi imkânı tamamen ortadan kalkar, cebri şüyu halinde bir müşterek mülkiyet ortaya çıkar. Binaenaleyh hâkime talep edilen izalei şüyuun gayesine zıt bir neticeye karar verme mecburiyeti yük-

37) Oğuzman, a.g.y. İ.H.F.M. cilt XXV, sah. 178.

38) a.g. Gerekçe, sah. 11, N. 13.

mek hattâ buna selâhiyet tanımak gayeye aykırı olur»³⁹ diye yazmıştık.

Gerekçede bize verilen cevapta: «Ölen bir kimsenin mirasçı olarak yalnız dört oğlu varsa ve sâfi terekesinde az çok eşit değerde dört evi kalmış ise, mirasçılar arasında şüyuun giderilmesi, bu evlerin değerleri - ivaz ilâvesi suretiyle - denkleştirilerek bunlardan her birinin bir mirasçıya, anlaşmaya göre veya kura ile verilmesi imkânını Medenî Kanunumuz kabul etmiş bulunmaktadır. Safi terekede dört müstakil ev kalmayıp da yalnız dört katlı bir apartıman kalmışsa, her katın aynı surette bir mirasçıya tahsisi çok faydalı olur. Her mirasçı, taksim sonunda kendi katına müstakil mâlik olarak sahip olduktan sonra isterse onu satabilir. Niçin ailenin babadan kalma apartımanın tamamı başlangıçta satılsın? Kaldı ki Medenî Kanunumuz 597 - 602 nci maddelerinde ziraî gayrimenkullerin şüyuunun giderilmesi hususunda bir çok tahditler koymuştur. Şu halde tasarının, katların tahsisi suretiyle şüyuun giderilmesine dair hükmü de Medenî Kanunun bünyesine yabancı değildir; Mahzuru yok, fakat faydası çoktur. *Kaldı ki bu hükiim ancak ortak mâliklerin adedi gözönünde bulundurularak katların değerlerinin denkleştirilmesi suretiyle taksimin yapılmasının mümkün olduğu hallere hasr ve tahsis olunmuştur*» denilmiştir.⁴⁰

Bu cevapta söylenenler de hakikatle bağdaşmamaktadır: Bir kere bu konudaki hükmün sadece miras taksiminde ve kat adedi ile mirasçı adedinin denkliğine münhasırmış gibi gösterilmesi bizzat tasarı metni ile tezat halindedir.

Bunu nizamliyan tasarının eski 9., şimdi 10. maddesinin son fıkrasını teşkil eden hükmü aynen aşağıya alıyoruz: m. 10/son: «kat mülkiyetine konu olmağa elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi dâvalarında, mirasçılardan veya ortak mâliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim, o gayrimenkul mülkiyetinin, 12 nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir».

Tasarının eski şeklinde hâkime bu yolda karar vermek mecburiyeti «... karar vermekle mükelleftir» tarzında yükletilmiş iken hiç değilse yeni metinde bu bir selâhiyet şekline sokulmuştur. Fakat ge-

39) Oğuzman, a.g.y. İ.H.F.M. cilt XXV, sah. 179.

40) a.g. Gerekçe, sah. 12, N. 4.

rekçenin iddiası hilâfına yalnız miras taksimine değil, müşterek mülkiyette şüyuun izalesine de şâmil bulunmaktadır. (A), (B), (C) ve (D) adlı dört şahıs, dört katlı bir binaya mâliktirler. Geçinemedikleri için (A), (B), (C) şüyuun izalesini istemişlerdir. Tasarıya göre şayet (D) bina kat mülkiyetine çevrilsin derse, hâkim diğer üç ortak istemedikleri halde, binanın kat mülkiyetine tahsisine karar verebilecek ve şüyuun giderilmesini isteyen (A), (B) ve (C) yi bundan böyle artık taksim hakkı olmayan bir müşterek mülkiyet rejimine tâbi kılacaktır. Zira tasarının 7. maddesinin hükmü gereğince bundan böyle «Kat mülkiyetine ... tâbi olan gayrimenkullerde ortaklığın giderilmesi istenemez».

Tasarının 10. maddesinin son fıkrası hükmü izalei şüyu talebinin gayesine tamamen zıt bir neticeyi böyle bir dâvanın neticesi olarak düzenledikten başka, müşterek bir mülkün kat mülkiyetine çevrilmesinde bütün ortakların muvafakatini arıyan tasarının 12. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile de tezat halindedir. 10. maddenin sözü geçen hükmü durdukça 12. maddenin hükmünün varlığı mânasızdır.

Gerekçede miras taksimi dolayısıyla verilen misalden çıkarılmak istenen netice de yerinde değildir. Şöyle ki; Bir adamın dört oğlu mirasçı ise ve terekede dört evi varsa, miras paylaşılırken her birine bir ev verilince, her biri diğerinden müstakil olarak ev sahibi olur. Halbuki dört katlı bir bina kalmış olup da her mirasçıya bir kat verilirse, bunlar artık taksim hakkı da olmayan bir müşterek mülkiyet rejimine (Tasarı m. 4, 7, 15 vd.) girerler. Hiç bir mirasçının, rızaları olmayan diğerlerini bu yola icbara yetkisi olmamak gerekir.⁴¹

Fakat mirasçıların veya müşterek mâliklerin sahip oldukları binanın taksim talebi neticesi satışının, kat, kat satış tarzında yapılmasına karar verilmesi kabul edilebilir. Hâkim bütün olarak veya kat, kat satıştan hangisini müşterek menfaate uygun bulursa o yolla satışa karar verebilmelidir. Hâkime böyle bir yetki tanınması normaldir. Fakat tarafları kat mülkiyeti rejimine icbar hem Medenî Kanuna, hem bizzat tasarının prensiplerine aykırıdır.

VI. Tasarının temeline dokunan tenkitlerimiz dışında, fer'i noktalara ilişkin bir çok tenkitlerimizin nazara alınmış olması ve bilhassa eski tasarının 14. maddesine ilişkin tenkidimize göre yeni

41) Aynı Kanaat, *Aybay*, a.g.e. sah. 190.

15. maddenin kaleme alınmış olmasını memnunlukla karşılıyoruz. Mefhumların tarifine madde tahsis edilmesini de müsamaha ile karşılayabiliriz. Yalnız burada bilhassa işaret etmek istediğimiz bir tarif vardır. Bu da kat irtifakının tarifidir. Tasarı «kat irtifakından» bahsettiği halde ortada bir «eşyaya bağlı borç (Realobligation)» vardır. Zira bu irtifak ortak mâliklere mülkleri dolayısıyla doğrudan doğruya bir şeyi yapma (inşaat yapma) borcu yüklemektedir (tasarı m. 17, 26) ki bu, irtifak mefhumu ile bağdaşamaz. M.K. 703/2 nin açıkça belirttiği üzere bir şeyi yapmak borcu başlı başına irtifak hakkını teşkil edemez. Böyle bir durum varsa bir irtifak değil «eşyaya bağlı borç (Realobligation)» söz konusu olur.⁴² Hukukî mefhumları yerine uygun kullanmak gerekir. Aksi halde bir mefhum anarşisi ortaya çıkar.

Netice : Kat mülkiyeti ile ilgili hükümlerin özel bir Kanuna konmuş olmasını memnunlukla karşılamakla⁴³ beraber, bu özel kanunun Medenî Kanunu zedeleyici mahiyette olmasını tasvip edemekteyiz. Üstelik pratik bakımdan da mahzurlu bulunmaktadır.

Yapılacak özel kanunun İsviçre sistemine uygun bir esası kabul etmesi, gerek nazarı, gerek pratik bakımdan faydalı olacaktır. Tasarı gerekçesinde bize verilen cevaplarda, hazırlanan tasarı lehinde ve İsviçre sistemi aleyhinde söylenenleri tahlil eden bu yazımız, gerekçede ileri sürülen fikirlerin hakikate uymadığını belirtmeye hizmet edebilirse, gayesine erişmiş olacaktır.

Doç. Dr. M. Kemâl OĞUZMAN

42) Bak. Peter Liver, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV. Band, 2. Teil, Dienstbarkeiten und Grundlasten, 2. Auflage, Zürich 1952, Einleitung N. 2, 148 vd; Arthur Jost, Die Realobligation, Bern, 1956, sah. 60; Meier - Hayoz, a.g.e. Systematischer Teil, N. 150.

43) Kat mülkiyeti özel bir kanunla düzenlenmeli ise de, bu konudan mücerret olarak, genel bakımdan Medenî Kanunun müsterek mülkiyet hükümlerinde de ıslahat yapılması zarureti vardır. Bu ıslahat kat mülkiyeti meselesi dışında genel olarak kendisini hissettirmektedir. (Bak. Oğuzman, a.g.e. sah. 172 Not 26) Nitekim İsviçre tasarısı, kat mülkiyeti meselesi dışında Medenî Kanunun müsterek mülkiyet hükümlerinde ıslahat yapmaktadır.