

**Müşterek malik zamanında iki gayrimenkulden birisi tarafından diğerinin havasına yapılan tecavüzün bu gayrimenkullerin el değiştirmesini müteakip hadim gayrimenkul sahibi tarafından meni talebi mesmu olur mu?**

**Asistan Dr. Turhan ESENER**

**DAVA :** müvekkillerinin yarı yarıya malik ve mutasarrıfı buldukları Beyoğlu, Pangaltı'daki evin üst kat merdiven başına ve arka tarafına dâvalının, sahibi bulunduğu 24 sayılı yanındaki evden kendi duvarına bindirmek suretiyle 30 santim tecavüz ve müdahalede bulunduğu ve bu hususun kadastroca yapılan muamele neticesinde müvekkillerine verilen çapa göre de sabit olduğu kendisine ihtarnâme gönderildiğinden vaki tecavüz ve müdahâlenin men'ine yargılamaya giderleri ile avukatlık ücretinin dâvalıya yükletilmesine karar verilmesi istenilmiştir.

**KARAR :** Tarafların ibraz ettikleri tapu senetlerine Beyoğlu 1 inci mntaka tapu sicil muhafızlığından getirtilen tapu kaydına göre, dâvacılarla dâvalının malik oldukları gayrimenkullerin tapu sicil kayıtlarında herhangi bir takyit bulunmadığı tahakkuk etmiştir.

**Kanunî takyidat bulunmadıkça, dâvacıların mülkiyetinin malik oldukları gayrimenkulün, onu kullanmakta faideli olacak derecede alt ve üstüne şümulü Medenî Kanunun 644 üncü maddesinin sarîh ve kat'î hükmü iktizasındandır. Yine Medenî Kanunun 633 ve 634 üncü maddeleri gereğince, dâvalının tapu siciline kaydedilen bir hakka istinat etmedikçe komşusunun malik olduğu gayrimenkulün havasına tecavüz etmeğe hakkı olamayacağı gibi fiilen böyle bir durum mevcut olsa bile bu durumun hüsnüniyetle tapu siciline istinat eden dâvalının iktisabını ihlâl edemeyeceği yine Medenî Kanunun 931 inci maddesinin sarîh hükmü iktizasındandır.**

Dâvalı avukatı, müteceviz bulunan fazla inşaatı müvekkilinin yapmadığını ve bu fazla inşaatla olduğu gibi gayrimenkulü satın almış olduğunu bu itibarla suiniyeti mevzubahis olamayacağını ve suiniyete mukarim bulunmayan hiçbir inşaatın hedmine cevaz olmadığını iddia etmiş ise de, dâvacıların gayrimenkulü üzerinde havaya müteallik bulunan bu hakkın Medenî Kanunun meriyetinden evvel ve sonra tapuca tescil edilmemiş olmasına ve dâvalının iktisabının ise tapu sicilli ile mukayyet bulunmasına nazaran gerek Medenî Kanunun, gerekse 864 sayılı tatbikat kanunu hükümlerine göre dâvalının hava hakkı id-

diası varit olmadığı gibi tecavüzün kendisinden evvelki malik tarafından ika edilmiş olması da dâvacıların mülkiyet haklarını ihlâl ve takyit edemeyeceği cihetle varit bulunmamış ve diğer bilirkişiler tarafından verilen raporlarda bu hususa müteallik mütalâalar yukarıda yazılı sebeplerden dolayı kabule şayan görülmemiştir.

Dâvacıların malik oldukları gayrimenkule vaki olan müdahale ve tecavüzün men'ini talep etmek hakları Medenî Kanununun 618 inci maddesinin son fıkrası ile müemmen bulunmaktadır.

**NETİCE :** Yukarıda yazılı olaylara ve sebeplere binaen dâvacıların malik oldukları Beyoğlu'ndaki gayrimenkulün, zeminden yukarı hava kısmına komşu dâvalının aynı ada ve parsel 1 numaralı gayrimenkulünde çıkıntı yapılmak suretiyle vaki olan tecavüzün masrafı dâvalıya ait olmak üzere yıkılarak menine ve aşağıda müfredatı yazılı yargılama giderlerinin dâvalıya yükletilmesine ve bu kabil dâvalar için tarifede muayyen bir meblâğ gösterilmemiş olduğundan 21 inci madde mucibince masruf mesaisine göre dâvacılar avukatı için takdir olunan 150 lira ücretin dâvalıdan alınarak dâvacılara yarı yarıya verilmesine temyizi kabil olmak üzere 9/4/1952 tarihinde karar verildi.

**TEMYİZ MAHKEMESİ KARARI :** Tarafların evleri birbirine bitişik olup dâva konusunu teşkil eden 25 santimlik çıkıntı bu evlerin sahibi evvelleri zamanında ve 309 tarihinde yapılan inşaat neticesi vukubulmuş olup o zamandanberi bu suretle tasarruf edillemekte ve tarafların da bu haliyle fariğlerinden satın almış olduklarının anlaşılmasına ve yeniden yapılan işlem ise tamirattan ibaret olup yeni bir inşaat mahiyetinde bulunmamasına ve bilirkişilerin açık ve kesin mütalâa ve beyanlarına göre dâvanın reddi gerekli iken yazılı düşüncelerle dâvanın kabulü ve talepten de fazla olarak çıkıntının yıkılması suretiyle vâki tecavüz ve müdahalenin men'ine karar verilmesi yolsuz ve bozma dileği yerinde olduğundan temyiz itirazlarının kabulü ile hükümün M. K. 428 inci maddesi gereğince nakzına ve 1330 kuruş harcının ilerde haksız çıkacak taraftan alınması 9/7/1953 tarihinde ittifakla karar verildi. (1)

Yukarıda tahlil edilen dâva dolayısıyla ortaya çıkan hukukî meseleyi şu şekilde vaz etmek mümkündür :

Bidayette dâvacı ve dâvalı gayrimenkullerinin maliki tek bir şahıstır. İki gayrimenkulün mülkiyeti bu tek şahsa ait iken, şimdi dâvalıya ait gayrimenkul lehinde olmak ve dâvacıya ait gayrimenkulün ha-

(1) Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi. 9/7/1953, E. 52/5710

vasına bir çıkıntı yapılmak suretiyle (müşterek malik zamanında) tecavüzde bulunulmuştur. Bilâhare bu iki gayrimenkul el değiştirmiş ve başka başka kimselerin mülkiyetine geçmiştir. Buna rağmen evvelce mevcut olan tecavüz bir irtifak hakkı olarak tapuya tescil edilmemiştir. Acaba tecavüzden mutazarrır olan tarafın (dâvacı), vaki tecavüzün yıkılarak men'i hususundaki talebi mesmu olacak mıdır?

Asliye Mahkemesi bu meseleyi müsbet bir şekilde halletmek yoluna gitmiştir. Zira, Mahkemeye göre, kanunî takyidat bulunmadıkça dâvacıların mülkiyetinin malik oldukları gayrimenkulün, onu kullanmakta faydalı olacak derecede alt ve üstüne şümulü, M. K. m. 644 ün sarîh ve kat'î hükmü iktizasındandır. Filhakika, bu hükme göre, bir arza malik olmak onu kullanmakta faydalı olacak derecede altına ve üstüne malik olmayı tazammun eder. Asliye Mahkemesinin terviç ettiği hal suretine göre M. K. m. 633 ve 634 gereğince dâvalının tapu sicilline kayıt edilen bir hakka istinat etmedikçe, komşusunun malik olduğu gayrimenkulün havasına tecavüz etmeğe hakkı yoktur. Esasen fiilen böyle bir durum mevcut olsa dahi, bu durum hüsnüniyetle tapu sicilline istinat eden dâvacının iktisabını ihlâl edemez. Zira, M. K. m. 931 e göre, tapu sicillindeki kayda hüsnüniyetle istinat ederek mülkiyet veya diğer bir aynî hakkı iktisap eden kimsenin bu iktisabı muteber olur.

Kanaatımızca Asliye Mahkemesinin bu hal sureti üzerinde münakaşa edilebilir.

Hâdisemizde, dâvacı, tapu sicilline hüsnüniyetle istinat ederek havasına tecavüz edilen gayrimenkulü iktisap etmiştir. Bu bakımdan M. K. m. 931 in tatbiki yerindedir Buna mukabil M. K. 633 ve 634 üncü maddelerinin dâva mevzuu ile bir ilgisini göremiyoruz. Bu gibi hâdiselerde, başkasının arsasına tecavüz eden inşaatlar hakkında Kanun Vazı M. K. m. 651 de hususî bir hüküm vazetmektedir. Bu hükmün hukukî mahiyeti incelenmeden meseleyi sadece 644 ve 931 ci madde hükümleri muvacehesinde halletmenin doğru olmayacağını zannediyoruz.

Tatbikatta, bina çıkıntıları balkon, baca, bodrum gibi bazı inşaatın gerek havada ve gerek arzın sathında ve üstünde başkasının gayrimenkulüne tecavüz ettiği hallere sık sık rastlanmaktadır. M.K. m. 651 e göre: «Yandaki arsaya tecavüz etmiş olan inşaat ve imalât, bunları yapan kimsenin o arsa, üzerindeki aynî bir hakkı varsa, bunlar o kimsenin arsasının mütemmim cüzü olur ve tecavüz eden kısmı irtifak hakkı olmak üzere tapu sicilline kaydedilir. Bundan mutazarrır olan arsa sahibi tecavüze muttali olduğu tarihten itibaren on beş

gün içinde itiraz etmemiş ise inşaat hüsnüniyetle yapıldığı ve icabında müsait bulunduğu takdirde inşaatı yapan kimse muhik bir tazminat mukabilinde tecavüz ettiği mahal üzerinde kendisine aynı bir hak verilmesini veya o mahal mülkiyetinin kendisine aidiyetinin tanınmasını isteyebilir.» Eşya hukukunun umumî prensiplerine göre, bir gayrimenkulün sahibi, komşu gayrimenkul sahibinin kendi mülkiyet sahasına yaptığı tecavüzlere müsamaha etmeğe mecbur değildir. Hele bu tecavüz haksız ve yersiz, müteceviz de kötü niyetli yani haksız surette hareket ettiğinin farkında ise. Gayrimenkul sahibi bu eserlerin kaldırılmasını her zaman talep edebilir. (2) Meğer ki hâkim gayrimenkul sahibi, hâdim gayrimenkul üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunsun. Başka bir tâbirle, irtifak hakkı inşaattan evvel tesis edilmişse, komşu tecavüze müsamaha etmeğe mecburdur.

Hâkim gayrimenkul sahibinin hâdim gayrimenkul üzerinde tes-cil edilmiş bir hakkı yoksa vaziyet ne olacaktır?

Kanun vazı aynı hakların umumî prensiplerini bir tarafa bırakarak aşağıdaki şartların tahakkuku halinde, hiçbir hakka malik olmayan kimse tarafından tecavüz edilen gayrimenkul üzerinde bir aynı hak tesisine cevaz vermekte, veyahut tecavüz edilen yerin mülkiyetini mütecevize tevcih etmektedir. (3)

- a) Yapılan inşaatın haksız olması,
- b) Zarara uğriyan kimse, tecavüze itiladan sonra vaktinde itiraz etmeyip sükût etmiş olması,
- c) Zarara uğriyan ve itiraza hakkı olan kimsenin tecavüz edilen gayrimenkulün maliki olması,
- d) Binayı yapan kimse hüsnüniyet sahibi olmalı,
- e) Ahval ve şerait irtifak hakkı tesisine yahut mülkiyet hakkının tefvizine müsait bulunmalı;
- f) Muhik bir tazminata (angemessene Entschadigug) hükme-dilmiş olmalıdır.

Başkasının mülküne tecavüz eden inşaatın o mülkün mütem-mim cüzü olacağı prensibini ihlâl eden 651.ci maddenin son fıkrasının gayesi, tecavüz eden gayrimenkul sahibinin hüsnüniyetli olması halinde, iktisadi bir kıymeti haiz bir bütün olan gayrimenkulün fuzuli ola-

2) Göktürk, Aynı Haklar, Ankara, 1949, s. 93, s. 897.

3) Bk. Haab Kommentar zum schweiz ZGB Band IV, Das Sachenrecht, Zurich, 1933 Mad. 674 No: 11-21; Wieland, Türkçe Tercüme, İ. H. Karafakih, I. Ankara 1947, Mad. 674, No: 7, s. 213.

rak yıkılmasına mani olmak ve komşu maliklerin tezat halinde bulunan menfaatleri arasında bir uzlaşma temin etmektir. (4)

Alman Medeni Kanunu da 912. ci maddesinde aynı prensibi vazedilmektedir. Filhakika BGB. 912 ye göre, bir gayrimenkülün maliki kendisinde kasıt ve ağır ihmal bulunmaksızın o gayrimenkülün hududlarını tecavüz etmişse, komşu gayrimenkul sahibi, bu tecavüze tahammül etmeğe mecburdur. Meğerki tecavüzün vukuundan evvel veya hemen sonra itiraz etmiş olsun. Komşuya yapılan bu tecavüz bir irat ile tazmin edilmelidir. Bu tazminatın miktarı, tecavüzün yapıldığı zamana göre tesbit edilir.

İlk bakışta M. K. m. 651/2 de vazedilen prensibin hâdisemizle bir ilgisi bulunmadığı düşünülebilir. Çünkü, yukarıdaki izahatımızdan anlaşılacağı veçhile bu hüküm, iki ayrı (komşu) malikten birinin gayrimenkülünün diğerine tecavüz etmiş olması halini derpiş etmektedir. Halbuki, tetkik etmekte olduğumuz hâdisede, dâvalıya ait gayrimenkul, dâvacı gayrimenkülünün havasına tecavüz ettiği zaman sözü geçen her iki gayrimenkul de tek bir şahsın mülkiyetinde bulunuyordu. Fakat gayrimenkullerin iki ayrı şahsın mülkiyetine geçmesi surtiyle el değiştirmiş olması halinde M. K. m. 651/2 de istihdaf edilen gayeye müşabih bir durum hasıl olmaktadır. Nitekim bu gün doktrinde kabul edildiğine göre, M. K. m. 651/2 (IMK m. 674/3) bir şahsın malik bulunduğu iki gayrimenkulden birisinin el değiştirmesiyle başka bir kimisenin mülküne girdikten sonra zuhur edecek ihtilâflara da tatbik edilecektir. (5).

İsviçre Mahkeme İçtihatlarında da aynı noktai nazar kabul edilmektedir. (6).

Federal Mahkeme de en son içtihatlarından birinde aynı prensibi tatbik etmiştir (7).

Federal Mahkemeye arz edilen hadise hülâsaten şu idi: Johann Sidler 1079 ve 1080 numaralı gayrimenkullerin maliki bulunuyordu. 1887 de 1080 numaralı gayrimenkülün bodrumunu 1079 numaralı gayrimenkul aleyhine olarak genişletmiştir. 1897 de Sidler gayrimenkulleri müddeialeyhin babasına satmış o da 1079 numaralı gayrimen-

4) Karş Haab, a. g. e., Madö 674, No. 6.

5) Haab, a. g. e., Mad. 674, No. 5, s. 343; Leehmann, Mad, 674, No. 10, 2 éd.

6) Appellationsgericht des kantons Basel-Stad 12 Mart 1920 (SJZ 18 s. 130 No. 30)  
«Die Bestimmungen über den überbau finden analogue anwendung» wenn der Eigentümer eines Baues später einen teil des baugrundes veraussert.

7) Bk, Ro, 78 II 131 Jdt. 1952 s. 547, 27/Mart/1952 «Ochen/Bachmann»

külü 1904 de satmıştır. Bu gayrimenkul müteaddit defa el değiştirdikten sonra 1943 de dâvacı tarafından satın alınmıştır. Ne iktisabı tazammun eden muamelelerde ve ne de tapu sicillinde Sidler tarafından yapılan tadilat zikredilmemiş, bilâkis müşterek duvarın bakım masrafına iki komşu malik tarafından müştereken katlanılacağı kaydedilmiştir. 4/Ağustos/1950 de dâvacı 1080 numaralı gayrimenkülü haksız olarak tecavüz ettiği 1079 numaralı gayrimenkülün havasını tahliye etmesini talep etmiştir. Federal Mahkeme bu hâdisede M.K. m. 651/2 (İMK. m. 674/3) ün esas itibariyle başkasının mülkü üzerinde komşu tarafından yapılmış olan inşaaata tallük ettiğini, hâdisede tecavüz zamanında bir tek malik bulunduğundan tecavüzden mutazarrır olan kimse mevcut olmadığı gibi inşaat sahibinin de haksız bir tecavüzünden bahsedilemez demektedir. Maamahih, Federal Mahkeme İMK. m. 674/3 ile olan müşabehet dolayısıyla bu madde hükmünü hâdiseye tatbik etmiştir.

M.K. m. 651/2, hükmünün hâdisemize kıyasen kabili tatbik olduğu neticesine varmış bulunuyoruz. İşte Asliye Mahkemesi bu nokta üzerinde hiç durmamıştır. Mahkeme, M. K. m. 931 i, dâvacının iktisabının ihlâl edilmemesi bakımından tatbik etmektedir. Çünkü dâvacı, gayrimenkülü tapu siciline istinat ederek hüsnüniyetle iktisap etmiştir. Filhakika, tapu sicillinde hiç bir takyidat mevcut değildir. Fakat, 931 ci maddeden ancak şu mâna çıkartılabilir : eğer dâvalı tecavüz edilen kısım üzerinde henüz tapu siciline tescil edilmemiş bir aynı hakka sahip olsaydı, teşkil edilmemiş olan bu hakkını gayrimenkülü hüsnüniyetle her türlü kayıt ve şarttan âri olarak iktisap eden dâvacıya karşı dermeyeran edemiyecikti. Buna mukabil bir gayrimenkülü iktisap eden kimse tapu siciline hüsnüniyetle istinat etmiş olsa bile, o gayrimenkülü ancak kanundan neşet eden takyidat mahfuz kalmak şartıyla iktisap edebilir (8).

İşte M. K. m. 651 in son fıkrası M. K. m. 657 anlamında tapu siciline kayda hacet olmaksızın muteber olan mülkiyetin kanunî takyitlerinden biridir. Federal Mahkemenin de müstekar içtihadı bu merkezdedir. (9).

Tecavüz edilen kısım üzerinde irtifak hakkının tesisi, sadece inşaat sahibi ile mutazarrır malik arasında değil, onların mirasçı ve ha-

8) Ro. 78 II 181 Jdt. 1952, s. 551 cons. 5 «Ochen/Bachmann.»

9) RO 41 II 217 Jdt. 1916 s. 93 Cons. 5. Wenker/Rothacher. Alman Hukukunda da vaziyet aynıdır. Karş. Staudinger Kommn. zum BGB Band III, Sachenrecht §912 No. 2 a (I)

lefleri arasında da bahis mevzuu olabilir. Ve kanundan neşet eden bu hakkın tapu sicilline teşçil edilmemiş olması mümkündür. Böylece 651 f.1. de zikredilen tecavüzün irtifak hakkı olarak tapu sicilline teşçili ile 651 son fıkrada bahsi geçen (tecavüz eden mahal üzerinde tesis edilen aynı hak) birbirinden kat'i surette tefrik edilebilir. Bunlardan birincisi, ancak teşçil ile doğduğu ve teşçilsiz üçüncü şahıslara karşı dermeyan edilemediği halde 651 son cümleden neşet eden hak teşçil edilmeksizin muteberdir, Neticeten, gayrimenkulü hüsnüniyetle tapu sicilline istinaden iktisap eden kimse 651 son fıkradan neşet ederek taleplerden kendisini kurtaramaz.

Temyiz Mahkemesi bu hususları sarahaten belirtmekle beraber zımnen, yukarıda izaha çalıştığımız mülâhazalardan mülhem olmuştur. Filhakika, hususi daire, dâva konusunu teşkil eden 25 em. lik çıkıntı bu evlerin sahibi evvelleri zamanında ve 309 tarihinde yapılan inşaat neticesi vukubulmuş olup uzun zamandanberi bu suretle tasarruf edilegelmekte olduğu, dediğine göre tecavüz eden inşaatın haksız olmadığı neticesine varılmakta ve hususiyle «tarafının bu haliyle fariğlerinden satın almış olduklarının anlaşılmasına» denildiğine göre, iktisabın teşçil edilmemiş olmakla beraber muteber olan kanun takyitleriyle beraber yapıldığına işaret edilmek istenilmektedir. Bu bakımlardan Temyiz 1. ci Hukuk Dairesi'nin bozma kararı tamamen yerindedir.

Diğer taraftan 651/f sondaki bütün şartlar tahakkuk etse bile bu hüküm, irtifak hakkının tesisi için mutlak bir hak bahşetmez. Hâkim buna, ancak «icabihal müsait bulunduğu takdirde muhik bir tazminat mukabili» karar verecektir. Fakat bu hususlar Asliye Mahkemesinde henüz bahis mevzuu edilmediğinden Temyiz Mahkemesi ihtilâfi pek haklı olarak tekrar Asliye Mahkemesine iade etmiştir. Bu Mahkeme tarafların karşılıklı menfaatler durumunu tetkik ederek karar verecektir. Şüphesiz tecavüz ettiği iddia edilen inşaatın pek eski bulunması ve yapılan işlemin tamirattan ibaret olup yeni bir inşaat mahiyetinde bulunmaması, gayrimenkul sahibi lehine olarak «icabı halin müsait bulunduğu» neticesine istihraç etmeğe sevk edici kuvvetli delillerdir.

Son olarak şuna da işaret edelim ki, 651/f sonda bahis mevzuu edilen muhik tazminatın dâvacı tarafından talep edilmesi iktiza eder. Bu tazminata hükmedilmeksizin de, tazminat talebi mahfuz kalmak şartıyla, irtifak hakkının tesis edilebileceğini zannediyoruz.