

**B) ÖZEL HUKUK**

## KAT MÜLKİYETİNİN TEMEL SORUNLARI

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY

### I

#### Katlardaki «özel mülkiyet» nedir?

Sayın Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun başkanlığındaki komisyonlarda, temel ilkelerde değerli hocamın görüşleri üstün tutularak hazırlanmış olan 634 sayılı Türk Kat Mülkiyeti Kanunu, 2 Ocak 1966 da yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu yasa, md. 2, a'da, yapıların kat, bölük (daire) gibi başlı başına kullanılmağa elverişli bölümleri üzerinde kurulan mülkiyet hakkına «kat mülkiyeti» deneceği belirtildikten sonra, «Kat mülkiyetinin (...) niteliği» başlığını taşıyan md. 3, I de bu nitelik te şöyle belirtilmektedir : «Kat mülkiyeti, arsa payı ve ana gayr-i menkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir.»

Md. 3, I deki bu kuralın, 15 Mart 1951 günlü Alman Kat (Konut) Mülkiyeti Kanunu, § 1, II deki şu kural örnek alınarak konulduğunda bizce hiç şüphe yoktur : «Konut (kat, bölük) mülkiyeti, ilişkin bulunduğu topluluk mülkiyetindeki birlikte (paylı, müşterek) mülkiyet payına bağlı olarak, bir konuttaki özel mülkiyettir.»

İmdi, Alman hukukunda, paydaşların katlardaki bu «özel mülkiyet»inin tek başına (bağımsız), gerçek bir mülkiyet mi, yoksa katlarda yerleştirilmiş (lokalize edilmiş) kendine vergi (sui generis) bir egemenlik hakkı mı olduğu tartışmalıdır.

Alman hukukundaki bir görüşe göre, paydaşların katlardaki bu «özel mülkiyet»i, Fransız hukuku ile İtalyan hukukunda baskın görüşün kabûl ettiği gibi, tek başına, gerçek bir mülkiyettir. Alman hukukundaki bu görüşe uyulursa, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna göre de paydaşların katlardaki «özel mülkiyet»inin gerçek bir mülkiyet hakkı olduğu kabûl edilmek gerekir.

Prof. Dr. Kemal Oğuzman ile Doç. Dr. Safa Reisoğlu da, bu ko-

nuda bir zorunluk yokken, böyle yapmışlar, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnunun ilk tasarısında, md. 1, I de «bir mülkiyet nev'i», ikinci tasarısında ve yasada md. 3, I de «özel bir mülkiyet» denilen bu hakkın gerçek bir mülkiyet hakkı olduğunu kabul etmişler, ne var ki sonra da Fransız hukukunda ilkin Azoulay adlı bir zâtın 1956 yılında kat mülkiyeti konusundaki doktora tezinde ileri sürmüş olduğu, katları meydana getiren ana duvarlar, taban ve tavanlar birlikte (paylı) mülkiyette bulunduğuna göre bağımsız mülkiyet konusu diye ortada katın bulunduğu hava boşluğunun kaldığı, hava boşluğunda ise gerçek anlamıyla bir mülkiyet söz konusu olamayacağı düşüncesini benimsemişler, bundan dolayı da Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu (tasarısı) nın «prensip bakımından» yanlış olduğunu ileri sürmüşlerdir. (Oğuzman, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XXV, sayı 1-4, s. 177/179, Kat Mülkiyeti Mes'elesi ve Hal Çâresi, İstanbul, 1958, s. 165/166; Recueil des travaux de la troisième semaine juridique turco-suisse, Ankara 1966'da s. 127/129, 150/151; Reisoğlu, Kat Mülkiyeti ve Yeni İsviçre ve Türk Kanûn Tasarıları, Ankara 1963, s. 147/148, Yeni Kanûna Göre Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı, Ankara 1966, önsöz ve s. 23, 32. — Şunu belirtelim ki, Oğuzman'ın ileri sürdüğünün tersine olarak, Henri et Léon Mazeaud - Jean Mazeaud, Leçons de Droit Civil, cilt 2, Paris 1956, s. 1049/1050 de, Azoulay gibi hava boşluğunun mülkiyet konusu yapılamayacağından dolayı değil, taşınmazın tek başına yararlanan bölümleriyle öbür bölümleri arasında sıkı bağ bulunması ve asıl sorun'un, kat mâliklerinden herbirinin, öz olarak düşünülürken, gerçek değeri olmayan nesnelere (iç bölmeler, tahta döşemeler, ana duvarlar, damlar v.b. ndaki) haklarını belirlemek olmayıp bir bütün meydana getiren konu olan taşınmaz üzerindeki hakkının mâhiyyetini belirlemek olmasından dolayı katlarda tek başına, gerçek bir mülkiyet hakkı bulunmadığını kâbul etmektedirler.)

Oysa, Wolff/Raiser'in de pek yerinde olarak belirttiği gibi, «Nesnel (aynî) egemenlik hakları konularının bu türlü genişletilmesi (yâni hava boşluğunun da bu hakların konusu olabileceğinin kabûl edilmesi), bu hakların içeriğini (muhtevâsını), bu yüzden artık mülkiyet v.b.ndan söz edilemeyecek yolda esaslı olarak değiştirmez; olağan nesne mülkiyetinde de egemen olma olanağı, nesnenin özelliklerine göre iyice değişir. Dulckeit'in mülkiyetin mâhiyyeti gereğince nesne bölümlerinde değil, ancak nesnenin tümünde olabileceği îtirâzı, yalnız hukuk târîhi ve karşılaştırmalı hukuk deneyine aykırı düşmeyip hukuk teorisi sınırlarını da aşar; dış âlemin yersel olarak sınırlanmış hangi alanlarının ayrı ayrı egemenlik haklarının konusu yapılacağı, bir mantık sorunu değil, amaca uygunluk

sorunudur.» (Wolff/Raiser, Sachenrecht, Tübingen 1957, § 89, not 8). Nitekim, örneğin Roma hukukunda da «tahdîd edilen bir miktar hava üzerinde ferdî mülkiyet mümkündür.» (Bkz. Koschaker, Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Çev. K. Ayiter, İstanbul 1964, § 24, II, a, s. 90.) Bundan dolayı, Alman hukukundaki bu görüşe uyarak Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna göre de paydaşların katlardaki «özel mülkiyet»inin tek başına, gerçek bir mülkiyet hakkı olduğu yolunda savunulacak bir görüş, Oğuzman ile Reisoğlu'nun ileri sürdüğü bu nedenle yüzünden «prensip bakımından yanlış» sayılamaz.

Kaldı ki, Oğuzman ile Reisoğlu'nun bu «özel mülkiyet»in tek başına, gerçek bir mülkiyet olduğunu kabûl etmeleri için bir zorunluk ta yoktu. Gerçekten, gene Alman hukukunda Wolff/Raiser gibi nesnelere (eşyâ) hukukunun gerçek otoritelerince de savunulan başka bir görüşe göre, paydaşların katlardaki «özel mülkiyet»i, yasanın nesne mülkiyetine olabildiğince yaklaştırdığı, ne var ki önemli yönlerden de ayrıca biçimlendirdiği, katlarda yerleştirilmiş kendine vergi bir egemenlik hakkıdır. (Wolff/Raiser, adı geçen eser, § 89, II, 1; bunun gibi, Baermann (Deutsche Notarzeitschrift, cilt 50, s. 238), Dulkeit (Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, s. 70 v. d.) gibi yazarlara göre de bu «özel mülkiyet», yalnızca irtifak çeşidinden bir yararlanma hakkıdır.)

Biz, Alman hukukundaki bu ikinci görüşün doğru olduğuna, buna uygun olarak ta Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna göre de paydaşların katlardaki «özel mülkiyet»inin, katlarda yerleştirilmiş kendine vergi bir egemenlik hakkı, tek başına yararlanma hakkı olduğuna inanıyoruz.

Gerçekten, Alman ve Türk Kat Mülkiyeti Kanûnları, paydaşları, «Herkes, kendi evinin beyidir» ilkesince kendilerine ayrılan kat ya da bölüklerde egemen kılmak kaygusuyla bu «özel mülkiyet» deyimini kullanmışlardır. Oysa, nesnelere üzerindeki bir egemenlik hakkı ya düpedüz, gerçek mülkiyet hakkı, ya da bir sınırlı nesnel hak (mahdûd aynî hak, mülkiyetin gayri aynî hak) olabilir; yoksa, çağdaş medenî hukukta, somut özü ne olursa olsun, özel, ayrı çeşitten ikinci bir mülkiyet hakkı kavramının yeri yoktur. (Bkz. Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, İstanbul 1963, § 9, II, s. 60 ile orada not 26 da anılan yazarlar.) Bundan dolayı, Alman ve Türk Kat Mülkiyeti Kanûnlarında «özel mülkiyet» denilmiş olan bu hakkın, yasalardaki adına bakılmaksızın (bkz. Westermann, Sachenrecht, Karlsruhe 1960, § 29, III, 3, d), iç nedenler, gerekçeler, kanıtlarla, gerçek mülkiyet hakkı niteliğinde mi, yoksa kendine vergi

bir eğemenlik, yararlanma hakkı niteliğinde mi olduğu tanıtılmak gerekir.

İmdi, ancak Alman ve İsviçre - Türk Medenî Kanûnlarının ayrılmaz parça (mütemmim cüzü) ilkesine yapı (üst) hakkından örnek ve destek alıp bir ayırık daha koyarak hava boşluğunda yer alacak asıl yapı parçalarında (ana duvarlar, taban ve tavanlarda) da tek başına, gerçek mülkiyet hakkı (condominium pro diviso, bölünmüş birlikte (paylı) mülkiyet) kabul edilseydi, mülkiyet hakkının konusunun yalnız maddî nesnelere olması ilkesine de bir ayırık daha koyarak bu «özel mülkiyet»in hava boşluğunda tek başına, gerçek bir mülkiyet hakkı olduğunu kabûl etmek gerekli, haklı ve amaca uygun görülebilirdi. Ne var ki, «emphyteusis» gibi «superficies» (yapı, üst hakkı) da pek eski Yunan ve Roma hukuklarının kalıntıları olup mâlikin mülkiyet hakkının özünü boşalttıklarından modern hukuklarda emphyteusis kaldırılmış, yapı hakkı kurallarının değiştirilmesi için İsviçre'de hazırlanan tasarıda da bu hakkın yüz yılı aşan bir süreyle kurulması yasaklanmıştır. (Bkz. Sungurbey, Medenî Hukuk Eleştirileri, § 9, s. 57, 62 ve not 39, b; Aral, İst. Barosu Dergisi, cild XXXV, 1961, s. 98/99.) Bunun gibi, hava boşluğunda yer alacak asıl yapı parçalarında da tek başına, gerçek mülkiyet hakkının kabûlü, modern hukuklarda topluluk mülkiyeti rejimi yararına tamamiyle bırakılmış, çağı geçmiş bir sistemdir (Bkz. Friedrich, Die Wiedereinführung des Stockwerkseigentums in der Schweiz, Basel 1956, s. 158a; Flattet, La propriété par étages, Basel 1956, s. 687a/688a.) Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 1, II, § 5, II ve Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 3, I, md. 4 ile, ekonomik değer ve önemi üstün olan yer parçası (arâzî) ve asıl yapı parçalarında (ana duvarlar, taban ve tavanlarda) birlikte (paylı) mülkiyet kabûl edildiğine göre, «İ'tibâr, gaalib-i şâyi'adır, nâdire değildir», «Tâbi' olan şeye ayrıca hüküm verilemez» ilkelerince ikincil (tâlî) önemdeki hava boşluğunun da gene bu mülkiyet rejimine bağlı tutulması ve buradaki «özel mülkiyet»in, birlikte (paylı) mülkiyetin yasadan doğan içeriği (muhtevâsı) olarak paydaşın tek başına eğemenlik, yararlanma hakkı diye anlaşılması daha uygun ve tutarlı olur.

Nitekim, Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 7, I e göre hava boşluğuna değil de, paya yaprak açılması, «özel mülkiyet», yâni eğemenlik, yararlanma haklarının da bu yaprağa yazılması, bunun bir kanıtıdır. Bunun gibi, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnunun gerekçesinde de : «Türk tasarısına göre (burada «özel mülkiyet», yâni yararlanma hakkı anlamında) kat mülkiyeti, (...) aynı zamanda - tâbir

câizse - bir boşluk mülkiyetidir. Kat mâliki, (...) katın kendine âid iç boşluğunun da mâlikidir ve bu boşluktan mâlik sıfatıyla faydalanmaktadır.» denmekle birlikte : «Türk tasarısına göre kat mülkiyeti, gerçekte (...) bir nevi hak mülkiyetidir.» denerek aslında kat mülkiyeti hakkının konusunun «katlarda tek başına yararlanma hakkı veren mülkiyet payı» olduğu kabûl edilmiş bulunmaktadır ki, bu da katlardaki «özel mülkiyet»in gerçekte boşluk mülkiyeti olmadığına bir kanıttır.

Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 6 daki «özel mülkiyetin bağımlılığı» başlığını taşıyan kurala göre : «Özel mülkiyet, ilişkin olduğu birlikte mülkiyet payı olmaksızın başkasına geçirilemez, üzerine bir yük yükletilemez. — Birlikte mülkiyet payındaki haklar, ona ilişkin olan özel mülkiyeti de kapsarlar.» Gerek bu kural, gerekse gene böyle anlaşılacak gereken Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 5, I ile III teki kural da (biraz aşağıya bkz.), bu «özel mülkiyet»in başlı başına varlığı olan tek başına, gerçek bir mülkiyet hakkı değil, paydaşların paylı mülkiyet hakkının katlarda yerleşmiş bir yararlanma yetkisi, kendine vergi bir egemenlik hakkı olmasından yana bir kanıttır. (Bkz. Wolff/Raiser, adı geçen eser, § 89, not 8.)

Yoksa, Alman, İsviçre - Türk Medenî Kanûnlarının özellikle tapu kütüğü sisteminin temeli olan ayrılmaz parçaların ayrıca mülkiyet konusu olamaması, ancak maddî nesnelere mülkiyet konusu olabilmesi ilkeleri ile «gaalib - i şâyi'a i'tibâr edilmesi», «tâbi' olan şeye ayrıca hüküm verilememesi» ilkelerinden, hiçbir amaca uygunluk düşüncesi haklı ve zorunlu göstermeksizin ayrılmak bahâsına, «kat»ları meydana getiren hava boşluğunda tek başına, gerçek mülkiyet, bu boşlukta yer alan asıl yapı parçasında ise birlikte (paylı) mülkiyet diye mülkiyet rejimi birliğinden yoksun, ikici (dualist), tutarsız ve karışık bir çözüme düşülmüş olurdu. (Bkz. Friedrich, adı geçen eser, s. 159a/165a; Flattet, adı geçen eser, s. 689a/690a; Prof. Peter Liver'in başkanlığındaki komisyonca hazırlanmış olup İsviçre Medenî Kanûnuna yeni kat mülkiyeti kuralları ekleyen yasa gerekçesi, Liver, Sammelband der Beitraege zur dritten türkisch-schweizerischen juristischen Woche, Ankara 1966'daki katkısı, s. 134; Mardin, Kat Mülkiyeti, İstanbul 1948.)

## II

### Kat mülkiyetinin gerçek niteliği

Alman ve Türk Kat Mülkiyeti Kanûnlarında paydaşların kendilerine ayrılan katlardaki «özel mülkiyet hakkı», böylece onların

katlardan tek başına yararlanma hakkı diye anlaşılınca, «kat mülkiyeti hakkı» da : «paydaşlara kendilerine ayrılan katlarda yerleşmiş tek başına yararlanma hakkı veren, özel olarak biçimlenmiş, örgütlenmiş bir birlikte (paylı) mülkiyet hakkı» diye tanımlanabilir. (Bkz. Wolff/Raiser, adı geçen eser, § 89, II, 2, c, s. 358/359.)

Şunu belirtelim ki, gerek Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 1, II de, gerekse onu örnek almış olan Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 3, I de «kat mülkiyeti hakkı» tanımlanırken onun bu «özel mülkiyet», yâni yararlanma hakkı yönünün ön plâna alınması, ağırlık merkezinin bu yöne kaydırılması (yazımızın en başına bkz.), yerinde olmamış (bkz. Wolff/Raiser, adı geçen eser, § 89, not 10 ile orada anılan yazarlar), öte yandan Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 5, I ile III te Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 6 ya uygun olarak «özel mülkiyet»ten, yâni yararlanma hakkından söz etmek gerekirken «kat mülkiyeti»nden söz edilmiş, ayrıca Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 1, I ile 2, a'da da gene Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 1, I e uygun olarak «kat mülkiyeti» («konut, bölük mülkiyeti»)nden söz etmek gerekirken «bağımsız mülkiyet»ten söz edilmiştir ki, bu da yukarda belirtilen yanlış anlama ve yersiz eleştirilere yol açmıştır.

Alman ve Türk Kat Mülkiyeti Kanûnlarındaki kat mülkiyeti hakkının mâhiyyetini bu yolda anlayan ve tanımlayan bu görüş, karşılaştırmalı hukuk ve ilkelerle uyumlu yorum yöntemi açısından da, 28/6/1938 günlü Fransız Kat Mülkiyeti Kanûnu için savunulan yeni ve doğru görüşe (bkz. Henri et Léon Mazeaud - Jean Mazeaud, adı geçen eser, s. 1049/1050), 8/7/1948 günlü Avusturya Kat Mülkiyeti Kanûnuna, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna örnek olan 15/3/1951 günlü Alman Kat (Konut, Bölük) Mülkiyeti Kanûnu için doğru olarak savunulan görüşe, özellikle Medenî Kanûnumuz tüm olarak kendisinden alınmış olduğundan medenî hukukun temel kavram ve ilkelerinde kural olarak uyumluluk ve uygunluk bulunmak gereken İsviçre Medenî Kanûnuna 19/12/1963 te eklenen yeni kat mülkiyeti maddelerinde, md. 712a'da kat mülkiyetinin «paydaşlara, yapının belli bölümlerinden tek başına yararlanma hakkı veren birlikte mülkiyet payı» yolundaki tanımına da uygun olduğundan üstün değer ve güçlüğü apaçıktır.

Öte yandan, medenî hukukun temel ilkelerinden gereksiz yere hiçbir fedâkârlık yapmayan bu görüş, kat mülkiyeti yasalarının «herkesi kendi evinin beyi yapmak» amacına hiçbir yönden engel olmadığı gibi, bu yasalardaki «kat (konut, bölük) mülkiyeti, mâliki», «özel mülkiyet» deyimleriyle kat sâhibi yurttaşlar psikolojik

bakımdan yeterince tatmîn edilmiş olduğundan, artık «laikleri» (hukuk meslekinden olmayanları) hiç ilgilendirmeyen bilimsel bir konstrüksiyon niteliğiyle bu yönden de hiçbir sakınca taşımamaktadır.

### III

#### **Kat mülkiyeti kütüğünde gerçekte katlara değil, paylara yaprak açılmaktadır.**

Kat mülkiyeti hakkını, paydaşlara kendilerine ayrılan katlarda yerleşmiş (lokalize edilmiş) tek başına yararlanma hakkı veren, özel olarak biçimlenmiş, örgütlenmiş bir birlikte (paylı) mülkiyet hakkı diye tanımlayan doğru görüşten, Türk Kat Mülkiyet Kanûnu bakımından şu önemli pratik sonuç ta çıkar : Yapı parçası tek başına, gerçek mülkiyet konusu olmadığı, hava boşluğu da tek başına, gerçek mülkiyet konusu olmak gerekmediğine göre, bunlardan meydana gelen ve tek bir «birlikte (paylı) mülkiyet hakkı»nın konusu olan katlar için de sanki tek başına, gerçek mülkiyet haklarının konularımışçasına kat mülkiyeti kütüğünde — üstelik teknik bakımdan sakıncaları pek iyi bilinen — ayrı ayrı yapraklar açmak, hukukan olanaksızdır. Nitekim, yukarda belirtildiği üzere, yasanın gerekçesinde de : «Türk tasarısına göre kat mülkiyeti, gerçekte (...) bir nevi hak mülkiyetidir.» denerek aslında kat mülkiyeti hakkının konusunun «katlarda tek başına yararlanma hakkı veren mülkiyet payı» olduğu kabûl edilmiş bulunmaktadır. (Gerekçe'de ayrıca : «Şu noktanın önemle belirtilmesi gerekir ki, arsa payının kat mülkiyetinde önemli bir rolü vardır ve her kata veya bölüme ne miktar arsa payı bağlandığı gösterilmedikçe kat mülkiyeti esâsen kurulamaz.» «Şunu önemle belirtmek lâzımdır ki, bu tasarı «arsa payı» mihverî üzerine düzenlenmiştir.» de denmektedir.) Bundan dolayı, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 13 deki «kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin o bölüme bağlı arsa payı (...) gösterilerek kat mülkiyet kütüğünde ayrı yaprağa geçirilmesi ve böylece ayrı bir taşınmaz niteliği kazanması» ilkesi ile buna ilişkin md. 46, IV, V gibi kuralları da, sözü geçen yazısında, s. 177/179 da tasarıya göre «katlara» yaprak açıldığından söz ederken s. 182 de «tâbi durumdaki kat mülkiyetine» yaprak açıldığını söyleyerek açık bir çelişkiye düşen Oğuzman ile gene «bağımsız bölümlere» yaprak açıldığını söyleyen Reisoğlu'nun (bkz. Kat Mülkiyeti, 1963, s. 148/149, Kat Mülkiyeti, 1966, s. 32) burada da bir «prensip yanlışı» bulunduğu yolundaki düşüncülerinin tersine ve Alman Kat Mülkiyeti Kanûnu, § 7 ile İsviçre

Medenî Kanûnuna eklenen yeni kat mülkiyeti kurallarından md. 655, sayı 4, md. 943, I sayı 4, md. 712 d'ye uygun olarak : «Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerde tek başına yararlanma hakkı veren arsa payının kat mülkiyeti kütüğünde ayrı yaprağa geçirilmesi ve böylece ayrı bir taşınmaz niteliği kazanması» diye anlaşıl-mak gerekir.

Böylece, Oğuzman (sözü geçen yazı, s. 178/179) ile Reisoğlu'nun (Kat Mülkiyeti, 1963, s. 151/153, Kat Mülkiyeti, 1966, s. 36/37), Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna göre katlara yaprak açılacağını sanarak bunun birtakım pratik sakıncalar doğuracağı yolunda yaptıkları yergiler de yanlıştır; özellikle Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu, md. 48, I deki katın var olmaması yüzünden Hazînenin sorumlu olmadığı yolundaki kural da, Medenî Kanûn, md. 917 deki Devletin ancak tapu kütüğünün tutulmasından doğan zararlardan sorumlu olması ilkesine tamâmiyle uygun olarak nitelenmektedir.

#### IV

#### Yargıcın topluluk mülkiyetini, kat mülkiyetine çevirebilmesi

Oğuzman'a göre : «Kat mülkiyeti tesisi ile alâkalı maddelerin içinde prensip bakımından sakat bir hüküm de, tasarının 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında bir gayrimenkuldeki şuyunun izalesi dâvalarında mirasçılardan veya müşterek maliklerden biri talep ettiği takdirde hâkimin kat mülkiyeti tesisine karar vermek mecburiyetidir. Bu hüküm, izalei şuyu talebiyle kabili telif değildir. Zira kat tahsisi yolu ile gayrimenkulde taksim yapılmış, şuyu izale edilmiş olmaz, bilâkis, kat tahsisi yapıldıktan sonra artık şuyunun izalesi imkânı tamamen ortadan kalkar (Türk tasarısı, md. 6), cebrî şuyu halinde bir müşterek mülkiyet ortaya çıkar. Binaenaleyh hâkime, talep edilen izalei şuyunun gayesine zıt bir neticeye karar verme mecburiyeti yüklemek, hattâ buna salâhiyet tanımak gayeye aykırı olur.» (Sözü geçen yazı, s. 179.) (Yasada, md. 10, V te yargıca bu konuda yalnızca «yetki» verilmiştir.)

Oysa, yeni bir yasayla kat mülkiyetine yer verilen bir hukuk sisteminde, topluluk mülkiyetine (birlikte, paylı=müşterek mülkiyete ya da ortak = iştirâk hâlinde mülkiyete) son verilmesi (izâle-i şuyû') istemlerinde yargıca Medenî Kanûn, md. 628, II deki taşınmazın artırmayla sattırılarak parasının bölüştürülmesi yetkisi yanında, topluluk mülkiyetinin katlardan tek başına yararlanma hakkı veren paylara çevrilmesi yetkisinin de verilmesi, böylece topluluk mülkiyetine son verilmesi istemlerine bu yolda bir daraltım konması, tamamiyle bir hukuk politikası sorunudur; bir yasakoyucu, ya-

rarlı ve amaca uygun görürse, pek âlâ yargıca böyle bir yetki de verebilir, topluluk mülkiyetine son verilmesi istemlerine bu yolda bir daraltım koyabilir.

Nitekim, İslâm hukukunda da, Hanefî fıkına dayanan Mecelle'ye göre, yargıç, birçok konaktan (büyük evden) (ya da birbirine bitişik olmayan küçük evden) herbirini, bunlar ayrı çeşit (muhelifü'l-cins) sayıldığından, ayrı ayrı paydaşlara vererek bölüştürmeye (mübâdele mâhiyyeti baskın olan kısmet-i cem'e) yetkili değilse de (md. 1138), bir evin katlarını paydaşlar arasında bölüştürmeye (ifraz mâhiyyeti baskın olan kısmet - i tefriyk'a) yetkiliydi (md. 1150). Gerçekten, Mecelle, md. 1150 ye göre : «İki kişi beyninde müşterek bir hânenin fevkaanîsi birine ve tahtânîsi diğerine i'tâ olunmak üzere kısmeti murâd olundukda gerek fevkaanî ve gerek tahtânî takvîm olunarak kıymet i'tibâriyle taksîm olunur.» (Bkz. Ali Haydar, Dürerü'l - Hükkâm Şerhü Mecelleti'l - Ahkâm, cild 3, İstanbul 1330, md. 1138 ile 1150 şerhlerinin sonları, s. 379, 394.) (Şunu da belirtelim ki, Oğuzman, Kat Mülkiyeti, s. 98, not 3 ile Reisoğlu, Kat Mülkiyeti, 1963, s. 3 te, kısmet-i cem' ile kısmet-i tefriykı birbirine karıştırarak yargıcın birçok konak ya da birbirine bitişik olmayan küçük evde kısmet-i cem'e yetkili olmamasını, bir tek evde kısmet-i tefriyka da yetkili olmadığına kanıt diye gösteren düşünceye yer verilmiştir.) Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî mezheplerine göre de yargıç, bir evi paydaşlar arasında bölüştürebilirdi. (Bkz. Bilmen, Hukuk - ı İslâmiyye ve Istilâhât - ı Fıkhiyye Kaamusu, cild 5, İst. 1952, s. 570, 572, 573.) (Oğuzman, anılan notta, ayrıca : «eski hukukta kat mülkiyetinin (...) binâyâ mâlik olan bir tek şahsın katları ayrı ayrı kimselere satması ile (de) tahakkuk edemeyeceğini» ileri sürmüştür. Oysa, üst katın alt kat üzerindeki hakk - ı karârı, müfred ve mücerred bir hak sayıldığından doğrudan doğruya bir sözleşmeyle kurulamazsa da, başka bir işlem olan kısmetin yan sonucu olarak doğabildiği gibi, gene başka bir işlem olan ifrâzın yan sonucu olarak da doğabilirdi; bkz. Ömer Hilmi, İthâfü'l - Ahlâf fî Ahkâmi'l - Evkaf, İst. 1307, mes'ele 238.)

Kaldı ki, bu yolda bir yasa kuralı bulunmayan Fransız hukukunda bile, Mazeaud gibi yazarlar, öğretide yargıca böyle bir yetki tanıyıp tanınmamasının tartışılabileceğini, uygulamada da yargıca bu yetkiyi tanımayan kararlar bulunduğu gibi tanıyan kararlar da bulunduğunu belirttikten sonra, yargıca bu yetkiyi tanımamanın, taşınmazda oturmakta olan mirasçıları konutlarından yoksun bırakarak pratik bakımdan üzücü sonuçlar doğuracağı görüşünü savunmaktadırlar (Bkz. Henri et Léon Mazeaud - Jean Mazeaud, adı geçen eser, s.1050.)

İşte Türk yasayıcısı da, gerek bu geleneğe, gerekse karşılaştırmalı hukuktaki bu görüşe uygun bir çözümü benimsemiş, yasanın gerekçesinde de, yargıca, örneğin bir «baba ocağı» ndaki topluluk mülkiyetini kat mülkiyetine, yâni katlardan tek başına yararlanma hakkı veren paylı mülkiyete çevirebilme yetkisinin de tanınmasının pek yararlı olacağı, sonradan dileyen mirasçının kendi katını başkasına satabileceği belirtilerek : «Niçin ailenin babadan kalma apartmanının tamâmı başlangıçta satılsın?» denmiştir. Yargıç, bu yoldaki yetkisini, şüphe yok ki, ancak işin mâhiyyetine, hakseverliğe, paydaş ya da ortakların kişisel durumlarına, gereksinmelerine uygun düşmesi durumunda kullanacak (bkz. Meier - Hayoz, Berner Kommentar, IV, Das Sachenrecht, Bern 1959, Art. 651, N. 16, s. 333/334), yoksa taşınmazın artırmayla sattırılarak paranın bölüştürülmesine karar verecektir.

Uygulamada, yargıcın taşınmazın açık artırmayla sattırılarak paranın bölüştürülmesine karar vermesi durumunda, taşınmaz genellikle gerçek değerinden pek aşağıya satılmakta, üstelik bir hayli yüksek satış giderleri de paydaş ya da ortaklara yüklenmektedir. Payı ya da hakkı az olduğu gibi varlığı da yetersiz olan paydaş ya da ortak ise, artırmaya katılamamakta, payı ya da hakkı çok olan paydaş ya da ortakların, ya da üçüncü kişilerin taşınmazı ucuza kapatmasına katlanmak zorunda kalmaktadır. Üstelik, bu işi meslek edinmiş bir sürü insafsız spekülâtör sömürgenlerin, paydaş ya da ortaklarının varlığı yetersiz olan, bu yüzden öncelikle alım hakkını da kullanamayan taşınmazlarda pay ya da hak satın alıp topluluk mülkiyetine son verilmesi dâvası açarak ya da açtırarak büyük haksız çıkarlar elde ettikleri de çok görülmektedir. İşte, yargıca, topluluk mülkiyetini kat mülkiyetine çevirme yetkisi tanınmakla, özellikle bu kötülük ve sömürücülükler karşısında eli kolu bağlı bırakılmayarak bunları önlemek olanağı da sağlanmaktadır ki, bunun ne denli yerinde ve zorunlu olduğu apaçıktır.

Bundan dolayı, Oğuzman'ın, yargıca böyle bir yetki veren bu kuralın «prensip bakımından sakat bir hüküm» olduğu yolundaki yergisi de yanlıştır.

## V

### **Kat satışının, öbür kat mâliklerinin onamına bağlı tutulabilmesi**

Oğuzman'a göre : «Türk tasarısının prensip bakımından aksayan noktalarından biri de bir maddesinde (md. 7) kat satışlarında şuf'a hakkını men ederken, diğer bir maddesinde (md. 14, f. 2) bununla tezat teşkil eden bir hüküm kabul etmiş olmasıdır. Filhakika

md. 7 de kat satışlarında şuf'a hakkını bertaraf etmekle, bu satışlara serbesti sağlamak gayesine bağlı olduğunu gösteren tasarının, 14 üncü maddesinde, hem de bütün cüzî halefleri de bağlayacak aynî tesirli bir mukavele ile kat satışlarını diğer hissedarların muvafakatine tâbi tutması, kat satışlarını şuf'a hakkından daha çok kayıtlayıcı bir hükme cevaz vermesi, açık bir tenakuzdur.— Kaldı ki 14 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükmü, bir ihtilâf kaynağı olmaya da namzettir. Zira kat satışını diğer kat mâliklerinin rızası şartına bağlayan bir mukaveleye dayanarak satışa razı olmayanların imtinainin, haklı sebebe dayanıp dayanmadığı her defasında ihtilâfa yol açacaktır.— Şayet kat satışları neticesi, istenmeyen kimselerin kat malikleri arasına girmesi önlenmek isteniyorsa yapılacak şey, İsviçre tasarısında olduğu gibi, şuf'a hakkı tanımaktır. Kat mâlikleri isterlerse Medenî Kanun hükümlerine göre bundan feragat ederler.» (sözü geçen yazı s. 179/180.)

İlkin şunu belirtelim ki, Oğuzman'ın düşüncesinin tersine, tasarı, md. 7, I (yasa, md. 8, I) ile kat mülkiyeti satışlarında öncelikle alım (şuf'a) hakkı yasaklanmıyor, yalnızca kat mülkiyeti hakkını olabildiğince tek başına, gerçek mülkiyet hakkına yaklaştırmak amacıyla «öncelikle alım hakkı yoktur» deniyordu, yâni sözleşmeyle kurulabilmesi, kat mülkiyeti kütüğüne de şerh ettirilebilmesi olanağı vardı; öte yandan, tasarı, md. 14, II ile de kat mülkiyeti satışları «aynî tesirli bir mukavele ile» öbür kat mâliklerinin onamına bağlı tutulmuyor, yalnızca «zarûreti, mikdârınca takdîr» ederek istenmeyen kimselerin taşınmazda kat mülkiyeti edinmelerini önlemek üzere, bir katın mülkiyetinin başkasına geçirilmesini öbür kat mâliklerinin haklı (önemli) neden bulunmadıkça verilmesi gerekli yazılı onamına bağlı tutan bir sözleşme kurma ve bunu kat mülkiyeti kütüğüne şerh ettirme olanağı tanınıyordu ki, bunda ne açık, ne de kapalı bir çelişki yoktu.

Nitekim, tıpkı Türk Kat Mülkiyeti Kanûnunda olduğu gibi, Alman Kat Mülkiyeti Kanûnunda da ayrıca anlaşma bulunmadıkça (bkz. Palandt, Kommentar zum BGB, München und Berlin, 1954' te Hoche'nin Alman Konut Mülkiyeti Kanûnu açıklamaları, § 12, açıklama 1, s. 2106) öncelikle alım hakkına yer verilmemişken, § 12, I/II de aynen : «Özel mülkiyetin içeriği (muhtevâsı) olarak, bir konut (kat, bölük) mâlikinin konut mülkiyetini başkasına geçirmesi için öbür konut mâliklerinin ya da üçüncü bir kişinin onamının gerekli olduğu kararlaştırılabilir. — Onam vermek, ancak önemli bir neden yüzünden reddedilebilir.» denmiş, gelgelelim hiçbir Alman hukukçusu çıkıp ta Türk Kat Mülkiyeti Kanûnu tasa-

rısındaki eşinin bu çözümün «açık bir çelişki» olduğunu söylememiştir.

Ne kadar gariptir ki, tam tersine, sonradan İsviçre tasarısında da yapılan değişiklikle, Alman Konut Mülkiyeti Kanunu ile Türk Kat Mülkiyeti Kanunu tasarısının, Oğuzman'ın «açık bir çelişki» olduğunu söylediği çözümü, üstelik katlarda intifâ, süknâ hakları tanınması, katların kiraya verilmesi gibi işlemlerin de ancak öbür kat mâlikleri önemli nedenle îtirâz etmezlerse geçerli olmasının kararlaştırılabileceği yolunda kapsamı daha da genişletilerek kabûl edilmiş ve yasalaştırılmıştır. Gerçekten, İsviçre Medenî Kanunu, md. 712c ile, ayrıca anlaşma bulunmadıkça kat mülkiyeti satışlarında öncelikle alım hakkına yer verilmemişken, kat mülkiyetinin başkasına geçirilmesinin, intifâ ya da süknâ hakları yükletilmesinin ya da katın kirâya verilmesinin, ancak öbür kat mâlikleri kendilerine bildirimden başlayarak on dört gün içinde önemli neden yüzünden îtirâz etmezlerse geçerli olmasının kararlaştırılabileceği kabûl edilmiştir.

Onam vermemenin önemli (haklı) nedene dayanıp dayanmadığının çekişmelere yol açacağı düşüncesine gelince, bu düşünce doğru olsaydı, Medenî Kanunların «önemli (haklı) neden» lere ilişkin bütün kurallarını yanlış saymak gerekirdi ki, bunun ciddî bir düşünüş sayılamayacağı apaçıktır.

Bundan dolayı, öncelikle alım hakkından bambaşka bir işlev yapacak ve büyük bir gereksinmeyi karşılayacak olan Türk Kat Mülkiyeti Kanunu tasarısı, md. 14, II deki bu kuralın, anlaşıldığına göre Oğuzman'ın bu yanlış yergisi yüzünden tasarıdan çıkarılarak Türk Kat Mülkiyeti Kanununun Alman ve İsviçre kanunlarına oranla önemli bir eksiklik ve güdüklüğe uğratılması, doğrusu pek yazık olmuştur.

## VI

### **Kat mâliklerinin sözleşebilecekleri öncelikle alım hakkının niteliği**

Reisoğlu'na göre : «Kanunî şuf'a hakkını prensip olarak tanımayan Kat Mülkiyeti Kanunu, «(resmî) sözleşmede bu maddenin aksine hüküm konulabilir» (md. 8, III) demek suretiyle, müşterek maliklerin kat mülkiyetini kurarken «kanunî şuf'a hakkını» tesis edebileceklerini; Medenî Kanun, md. 659 da yer alan hükmü benimseyebileceklerini kabul etmiştir. Bu takdirde, muayyen bir şahıs lehine değil, fakat bağımsız bölümlerin malikleri lehine tesis edilmiş bir bakıma kanunî, bir bakıma mukavelevî şuf'a hakkı söz konusu olmaktadır.» (Kat Mülkiyeti, 1966, s. 38/39.)

Oysa, yasadaki kat mâliklerinin öncelikle alım hakkı bulunmadığı kuralının tersine anlaşma yapılması demek, «Medenî Kanun md. 659 da yer alan hükmün benimsenmesi», yâni «kanunî şuf'a hakkının kurulması» demek değildir; çünkü yasanın öncelikle alım hakkı tanımadığı bir durumda sözleşmeyle öncelikle alım hakkının tanınması, yasadan değil, doğrudan doğruya, düpedüz sözleşmeden doğan bir öncelikle alım hakkının kurulmasıdır.

Sözleşmeyle kurulan öncelikle alım hakkının belli kişiler yararına değil de, kat mâlikleri yararına, bilimsel deyimiyile sübjektif-nesnel olarak kurulması da, düpedüz sözleşmeden doğan bu öncelikle alım hakkının «bir bakıma kanunî, bir bakıma mukavelevî bir şuf'a hakkı» olmasını gerektirmeyip bu, apaçık bir «nitelendirmede çelişki» (contradictio in adjecto) dur.

Bundan dolayı, Reisoğlu'nun «sözleşmeyle kabul edilen bu kanunî şuf'a hakkı»nın, bu hakkı bilen üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceğini söylemesi, kişisel hakla nesnel hak arası bir kavrama yer verdiği için çoktan bırakılmış bulunan «jus ad rem» (nesneye hak) görüşünü andıran bir yolda (bkz. Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, § 3, III, s. 89/90), ne doğrudan doğruya, ne de dolayısıyla yasadan doğan mülkiyet daraltımlarına benzemeyip (bkz. Meier - Hayoz, adı geçen eser, s. 89/90, N. 194) ancak bilenlere karşı ileri sürülebilen eşi görülmemiş garib bir mülkiyet daraltımı ortaya çıkaran niteliğiyle kabûl edilemeyeceği gibi, şerhten sonra on yıl geçmesinin, Medenî Kanun, md. 658, III gereğince şerhin etkisini sona erdirmeyeceği anlamındaki sözleri de kabûl edilemez.

### Sonuç

Görülüyor ki, Türk Kat Mülkiyeti Kanûnuna «prensip bakımından» yapılan yergiler, kat mülkiyetinin temel sorunlarının, özellikle yasadaki kat mülkiyeti hakkının gerçek mâhiyyetinin iyice anlaşılmasından ileri gelmiş olup bilimsel gerçeklere uymayan haksız yergilerdir (\*).

(\*) Bu incelememiz, biraz kısaltılmış olarak, «Cumhuriyet» gazetesinin 18 ve 19/7/1966 günlü sayılarında yayınlanmış, bunun üzerine Oğuzman'ın adı geçen gazetenin 23/7/1966 ve 7/8/1966 günlü sayılarında «Tartışma» sütunlarında çıkan yazılarına cevaplarımız da aynı gazetenin 1/8/1966 ve 2/9/1966 günlü sayılarında yayınlanmıştır. Bu cevaplarımız, «Kat Mülkiyeti» adlı son kitabında (Ankara, 1967, s. 44 v.d., 83 v.d.) eski düşüncelerinde ısrar ve bunları tekrardan başka bir şey yapmayan Reisoğlu için de esas itibâriyle geçerli olduğundan, burada ayrıca cevaplandırılması gerekli görülmemiştir.