

**ANAYASA MAHKEMESİNİN, HUMK m. 87'DEKİ,
"MÜDDEABİHİN ISLAH YOLUYLA ARTTIRILAMAMASI"
KURALINI İPTAL EDEN 20.7.1999 GÜNLÜ KARARI
(RG 4.11.2000, No. 24220) ÜZERİNE**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. İptal kararına yol açan gelişmeler

Vezirköprü Kadastro Mahkemesine, Orman İdaresi vekilleri başvuru-
rarak, kadastro çalışmaları sırasında, şimdi dâva ettikleri kişinin mâlik
gösterilmesiyle sonuçlanmış kadastro tesbitine itiraz etmişler; 4900 m²
yüzölçümündeki arazinin 2100 m²'lik bölümünün orman niteliğinde oldu-
ğunu iddia ederek, o bölüm bakımından, dâvalıyı mâlik sayan kadastro
tesbitinin iptalini istemişlerdir. Bu dâvada yapılan keşif sırasında yürütü-
len bilirkişi incelemesinde, bilirkişinin verdiği rapora göre, çekişmeli ye-
rin 2250 m²'lik bölümünün orman niteliğinde olduğu anlaşılmıştır.

Bu durum üzerine dâvacı Orman İdaresi vekili, mahkemeye ıslah di-
lekçesi vererek, bir yandan dâva dilekçesinde (eksik bilgi nedeniyle) 2100
m² diye bildirdikleri, iptal istemine konu miktarı 2250 m² olarak değiştir-

diğini açıklamış; bir yandan da, yürürlükte olup bu dâvada uygulanması gerekli HUMK m. 87 son tümce kuralına göre böyle bir ıslah yapmasının yasaklandığını, oysa o kuralın Anayasa'daki m. 13, 36 ve 141'e aykırı düş-tüğünü, hak arama özgürlüğünü daralttığını ve dâvaların hızla, âdil olarak sonuçlandırılmasına engel olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı ciddi görerek, Anayasaya aykırılık iddiasının karara bağlanması için dos-yayı Anayasa Mahkemesine göndermek yolunda ara kararı vermiştir.

II. İptali istenen yasa kuralının tarihsel gelişmesi

Bu gelişme, Anayasa Mahkemesi kararında şöyle özetleniyor:

Ülkemizde ilk defa yürürlüğe konan usul kanunu, hicrî 1296 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'dur. Bu kanun, Fransa Usul Kanu-nu'ndan iktibas edilmiştir. 1927 yılına kadar çeşitli değişikliklerle yürür-lükte kalmıştır. Kanunun ilk yürürlüğe girdiği metinde, iptale konu hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, 26 Mart 1327 [1911-Umar]'de yapılan değişik-likle kanunumuza girmiştir. 1926 yılında yapılan hukuk reformları ile ye-ni Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu kabul edilince, "Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu" yetersiz hâle gelmişti. Bu yüzden yeni bir usul kanu-nunun yapılması ihtiyacı duyuldu. Yeni Usul Kanunu; Neuchâtel Usul Ka-nunu, Fransa Usul Kanunu ve Almanya Usul Kanunları ve ülkemizin ihti-yaçları ile eski kanun hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştı. Bu şekil-de hazırlanan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1927'de yürürlüğe girdi.

İptale konu hüküm, ilga edilen Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Ka-nunu'nun 13. maddesinde bulunmaktaydı. Yeni usul kanunumuza da ay-nen muhafaza edilerek alındı. Mehz Fransa, Almanya ve Neuchâtel usul kanunlarında ise benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

1086 sayılı HUMK bu şekilde 1927 yılında yürürlüğe girmiş olup, zaman içinde kökten değiştirme çalışmaları olmuştur. Son olarak Adalet Bakanlığınca 1993 yılında hazırlanan tasarının 80'inci maddesinde, iptale konu hükmün tam zıttı anlamında, "Dâvacı ıslah yoluyla dava olunan şe-yin miktarını da arttırabilir" hükmü kabul edilmişti. Ancak, siyasî istikrar-sızlıklar sebebiyle bu tasarı kanunlaşmamıştır.

III. Anayasa Mahkemesine başvuran yerel mahkemenin, ıslahla istem miktarını arttırma yasağı kuralını iptal için gösterdiği gerekçeler

Yerel mahkeme, başvurusunda, önce kuralın getirdiği çözümün sakıncaları üzerinde duruyor; sonra da kuralın Anayasadaki bazı kurallara uygun düşüp düşmediğini irdeleyerek, uygun değil aykırı düşüğü sonucuna varıyor.

Kuralın getirdiği çözümün sakıncası belirtilirken, şöyle deniyor:

... Kişilerin ...haklarını tam olarak belirlemeleri ve asla hata yapmalarını gerekmektedir. Eğer gerçek haklarından daha az talepte bulunmuşlarsa, [dâva sırasında-Umar] belirlenen gerçek haklarına göre taleplerini arttıramamaktadırlar. Bu durumda mahkeme, talep edilen kısım hakkında karar vermekte, dâvacılar da geri kalan hakları için ikinci bir dâva açmak zorunda kalmaktadırlar.

Oysa, çoğunlukla dâvacı, daha dâvanın başlangıcında gerçekte haklı olduğu miktarı tam olarak bilememektedir. Dâvanın başlangıç safhasında, ne dâvacı, ne dâvalı, ne de mahkeme gerçek hak miktarını tam olarak bilemezler. Çok defa dâvacının hakkının ne kadar olduğu, uzun süren yargılama safahatı sonunda bilirkişi raporları, tanık beyanları ve ibraz edilen diğer yazılı delillerle belirlenebilmektedir.

Bu sebeple, her zaman gerçek haktan daha az miktar hakkında dâva açılması mümkündür. Bu durumda, delillerin toplandığı mahkemede dâvanın ıslah edilmesine ve mahkemenin gerçek hakka karar vermesine engel olarak, dâvacıyı aynı konuda ikinci bir dâva daha açmaya zorlamak hem boş yere emek, masraf ve zaman harcanmasına sebep olmakta hem de mahkemelerin iş yükünü arttırmaktadır.

Özellikle, kadastro dâvalarını bir aylık askı süresi içinde açmak zorunluluğu bulunmaktadır. Bir köyden kadastro geçtiğinde binlerce taşınmazın kadastrosu yapılmaktadır. Bir aylık dâva açma süresi içinde binlerce taşınmazın yeterli bir dikkatle incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, dâvacı Orman İdaresi'nin binlerce taşınmazı incelerken hata yapması normaldir. Normal olmayan ise, ıslah yolu ile hatadan dönme imkânının tanınmamış olmasıdır. İslah yolu ile talebin arttırılması mümkün olsa başkaca araştırma yapmadan hakkın tamamı konusunda karar vermek mümkün olacaktır. Bu şekilde elde edilen sonuç kuşkusuz daha âdil olacaktır.

Mahkememizde, Orman İdaresi'nin açtığı 14 ayrı dâvada daha aynı şekilde miktarda hata yapıldığından ıslah talebinde bulunulmuştur. Bu dâvalarda da bekletici mesele yapılmış olup yüksek Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karar beklenmektedir.

Yerel Mahkeme, iptalini istediği kuralın Anayasaya aykırı düştüğü kanısına varmasının nedenlerini de şöyle açıklıyor:

Anayasa'ya aykırılık sebepleri:

1. Anayasamızın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru yollardan dâvacı ve dâvalı olma, iddia ve savunmada bulunma hakkı olduğu belirtilmiştir. 13. maddede de, temel hak ve hürriyetlere dokunulamıyacağı belirtilmiştir.

Bu hükümler uyarınca devletin hak arama hürriyetini daraltan bütün sınırlamaları kaldırması, adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlaması gerekmektedir.

HUMK m. 87/son cümle hükmü ile meşru yollardan hak arama hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Aynı dâvada ıslah hakkı tanınmadığından, tarafların aynı konuda ikinci defa dava açmaları; yeniden emek, masraf ve zaman harcamaları gerekmektedir.

Delillerin toplandığı mahkemede, ıslah yolu ile, belirlenen hakkın tamamı konusunda karar verilmesini sağlamak, kuşkusuz daha âdil olacaktır. ...

2. Anayasanın 141. maddesinde, yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle bitirilmesinin gerektiği belirtilmiştir.

Dâvacıya talep ettiği miktardan fazla olan hakkı için ıslah imkânı vermeyerek [onu-Umar] ikinci bir dâva açmaya zorlamak, mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere arttırmakta ve boş yere ikinci defa emek, zaman ve para harcanmasına sebep olmaktadır.

Bu nedenle, HUMK m. 87/son cümle hükmünün. Anayasanın 141 inci maddesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.

IV. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeleri

Yüksek Mahkeme önce, her kararında yaptığı gibi, elindeki dâva ile

İlgili yasa kurallarını aktarıyor ve böylece, iptali istenen tümceyi de içeren HUMK m. 87 metnini; sonra da, yerel mahkemenin iptal istemli başvurusunda (buna "itiraz başvurusu" deniyor, çünkü Anayasa m. 152 gerekçesinde, yerel mahkemenin başvurusundan "itiraz yoluyla dâva açmak" diye söz edilmiştir) dayandığı Anayasa kuralları olan m. 2, 13, 36, 141'in metinlerini veriyor. Sonra, "Esasın incelenmesi" başlığı altında, aynen şöyle diyor:

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünülür:

A. Anayasa'nın 141. maddesi yönünden inceleme

Mahkeme, itiraz konusu kuralın dâvacıyı ikinci bir dâva açmaya zorlayarak mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere arttırdığını, bu nedenle de Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 141. maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son fıkrasında, dâvaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmektedir.

Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi "ıslah" olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan dâvalarda tahkikat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarda muhakemenin sonuna kadar yapılabilir.

İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle arttırılmasına olanak tanınmaması, dâvaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, [kural-Umar] Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

B. Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddeleri yönünden inceleme

... Kişilerin devlete güven duymaları, ...temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan

devlettir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Dâva açıldıktan sonra dâvacının müddeabihi ıslah yoluyla arttırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde dâvacı veya da dâvalı olarak sav ve savunma hakkına sahip bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılamanın engellenmesi, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kural, dâvacıyı ikinci kez dâva açmaya zorlaması nedeniyle, hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, Anayasa'daki m. 13 metnini tekrarlıyor ve şöyle diyor:

İtiraz konusu kural, dâvacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından, Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez.

Yüksek Mahkemenin 11 üyesinden, Başkan Ahmet Necdet Sezer'in de içlerinde bulunduğu 6 üye, bu gerekçelerle, iptal kararından yana oy kullanmışlar ve diğer 5 üye karşısında çoğunluk olduğundan iptal kararı "kıl payıyla" çıkabilmiştir. Azınlıkta kalan 5 üyenin ortak karşıoy yazısında gerekçe bölümü şöyledir:

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında, "Dâvaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" denilmektedir. Bu kural, açılmış dâvaların sağlıklı bir biçimde ve kısa sürede sonuçlandırılması amacına yöneliktir. Tarafların dâva açarken usul kuralları uyarınca gereken özeni göstermemelerinden kaynaklanan gereksiz harcama ve zaman kaybı bu kural içinde değerlendirilemez.

Usul kuralları, birçok konuda sınırlayıcı, uyulmaması durumunda da hakkın kaybolmasına yol açan düzenlemeler içermektedir. Ancak kamu

düzeninin sağlanması için gerekli olan bu düzenlemelerin, hak arama özgürlüğünü ve hukuk devleti ilkesini zedelediği düşünülemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'ya aykırı olmadığından istemin reddi gerekeceği kanısıyla, çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

V. Değerlendirmemiz

Türk Yargılama Usulü Hukuku öğretisinde HUMK m. 87'deki son tümce ile getirilen yasak konusuna en ayrıntılı olarak, değerli meslekdaşımız Prof. Dr. Ejder Yılmaz, "Medenî Yargılama Hukukunda İslah" başlıklı Doçentlik tezinde (Ankara 1982; s. 170-175) değinmiş ve bu yasağı eleştirmiştir. Diğer yandan, onun da haklı olarak belirttiği üzere, yasağın sakıncası aslında Anayasa Mahkemesine başvuran yerel mahkemenin ve hatta Anayasa Mahkemesinin düşündüğünden daha kapsamlıdır yâni yasak, dâvacıyı ikinci kez dâva açmaya zorlamakla kalmıyor; hukuk öğretisinde, ayrıca Yargıtayımızın birçok kararında benimsenen bir görüşe bakılırsa, öyle bir ikinci dâva (başta "fazlaya ilişkin hakkımı saklı tutuyorum" açıklaması yapılmadıkça) zâten zımnî feragatta bulunmuş olmak dolayısıyla açılmıyacağından, dava dilekçesinin ıslah edilip orada müddeabihin de bu ıslahla arttırılmasına cevaz verilmeyince, dâvacının fazlaya ilişkin hakkı bu yasak yüzünden yok olup gidecektir.

Ancak, ben, Yargıtayın pek çok kararını etkilemiş olan zımnî feragat görüşünün yandaşlarından değilim. Çünkü insanların, edinilmiş bir haktan feragat etmeyi aklına bile getirmemesi, asıldır. Bir dâvacının, dava ile talep ettiğinin üzerinde kalan miktarda hakkı varsa, sırf onu saklı tutarak dava açtığını dava dilekçesinde açık açık belirtmedi diye onu fazla kısımdan feragatta bulunmuş saymak mantıksız ve haksızdır. Bu kişinin fazla kısım için yeniden dâva açmasında hukukî yarar bulunmadığı, tersine hasmını ve adalet örgütünü gereksiz yere bir kez daha uğraştırmasının uygun bir çözüm olamayacağı, yasa koyucunun bunu istemiş olamayacağı doğrudur; ama bütün bunlar, eğer o kişi hakkının fazlalık kısmını biliyor iken veya orta yetenekte, orta akıl düzeyinde sâde bir vatandaşın göstermesi istenebilecek özeni göstermekle öğrenebilecek idiyse doğrudur. Hatta, daha fazlasını söylemeliyiz: Sırf kişinin yeterli özeni göstermemesinden dolayı hakkının fazla kısmını öğrenmeyerek, hakkından azını dâva etmiş olması sebebine o kişinin o fazla kısım üzerindeki hakkının düştüğünü söylemek,

maddî hukuk açısından, hangi kurala sığar? Bu kişinin, dâvalıyı ve mahkemeleri ikinci bir dâvada gereksiz yere uğraştırmasını birtakım yaptırımlara bağlamamız, örneğin ikinci dâvada ondan daha ağır harç alınması ve hatta ikinci dâvayı kazansa bile onun harçlarının dâvalıya yüklenmemesi, dâvacı üzerinde bırakılması gibi yaptırımların ona uygulanması, yerinde olabilir; ama, onu "Hakkından vazgeçti" saymak, kimsenin ilke olarak hiçbir hakkından vazgeçmek istemeyeceği gerçeğine göz yummakla kalmayıp pek fazla ağır sonuç yaratan, pek haksız bir varsayım değil midir? Değerli (eski) kürsü arkadaşım Prof. Üstündağ'ın, Doçentlik tezinde (İddia ve Müdafaanın Genişletilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 182) haklı olarak söylediği üzere, "Mahfuziyet kaydının ileri sürülmemesinden, muhtemel mütebaki kısımdan artık feragat edildiği mânasının çıkarılması da câiz değildir. Zira feragat neticesine varabilmek için, muteber bir feragat beyanının veya iradesinin [bu doğrultudaki iradeyi açıklayan bir davranışın-Umar] tesbit edilmesi gerekir".

Şimdi, asıl konumuza dönecek olursak; iptal edilen HUMK m. 87 son tümce kuralının, yargılama usulü yasalarında bulunmaması gereken sakıncalı bir kural olduğu yolunda Üstündağ ve Yılmaz'ın görüşlerine tümüyle katılıyorum; dolayısıyla, aynı görüşü benimseyen ve bu kuralı, Anayasadaki hak arama özgürlüğünü, halkımızın deyişiyle "nahakkere" (=nâ hak yere) kısıtlıyor sayarak onu iptal eden Anayasa Mahkememizin kararını da çok doğru buluyorum.

**PAYLI MÜLKİYET KONUSU BİR TAŞINMAZIN
PAYDAŞLARINDAN BİRİSİ, TMK m.693/III'E GÖRE
TEK BAŞINA KOMŞU TAŞINMAZ MALİKİNDEN ZORUNLU
GEÇİT TALEBİNDE (TMK m.747) BULUNABİLİR Mİ?**

**- YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN
7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI
KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME -**

Yard. Doç. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GENEL OLARAK

1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku kitabının eski Medeni Kanununa göre "sistematik ve temel" değişikliklere uğramış ana kurumları olarak, yasal önalım hakkıyla birlikte paylı (müşterek) mülkiyet ön plana çıkmaktadır. Yeni Türk Medeni Kanununun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri (TMK m.688-700) incelendiğinde orijini itibariyle büyük ölçüde İsviçre Medeni Kanununun 19 Aralık 1963 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren, fakat yürürlük sürecinde de kısmi değişikliklere uğrayan paylı mülkiyete ilişkin hükümlerine (İMK m.646-651) dayandığı anlaşılmaktadır.

İnceleme konumuzu oluşturacak olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.05.2002 tarihli ve E.2002/3187, K.3559 sayılı kararı¹, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda paylı mülkiyete ilişkin -kanımızca esaslı bir değişikliğe uğramayan- TMK m.693/III (eMK m.625/I) hükmünün, TMK m. 747'ye dayalı zorunlu geçit talebine ilişkin uygulaması niteliğinde bir karar olarak karşımıza çıkmakta ve sonuçta, paylı mülkiyet konusu bir taşınmazda, paydaşlardan birisinin tek başına, diğer paydaşları temsilen komşu taşınmazın zorunlu geçit talebinde bulunup bulunamayacağı soruna yargısal bir cevap sunmaktadır. Kararda varılan çözümün isabetli olup olmadığı, ilerideki sayfalarda tartışılacaktır.

II. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI KARARI

“Özet: 4721 sayılı Medeni Kanunun 693/3. maddesi ile 747. maddenin gerekçesine göre, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz lehine paydaşlardan her biri tek başına geçit hakkı tesisi için dava açabilir.

Dava; geçit hakkı kurulması isteğine ilişkindir. 939 parsel sayılı taşınmazın müşterek paydaşları olan davacılar, taşınmaz lehine, davalılara ait 938 parsel sayılı taşınmaz üzerinden geçit hakkı kurulmasını istemişlerdir.

Mahkeme, davanın kabulüne karar vermiş, hükmü; kendi adına asaleten tereke mümessili sıfatıyla da diğer davalıları temsilen davalı Abdurrahman Kılıç temyiz etmiştir.

Lehine geçit hakkı kurulan 939 parsel sayılı taşınmazın müşterek paydaşlarından davacı İhsan Yücel yargılama sırasında davadan feragat etmiş, davaya diğer paydaş Ahmet Özseven devam etmiştir.

1.1.2002 tarihinde yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 671. maddesinin uygulanması döneminde arzi irtifak olması nedeniyle geçit davalarında leh ve aleyhinde geçit kurulacak taşınmazın maliklerinin tamamının davada yer alması öngörülmekte iken, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/3 maddesiyle “paydaşların her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir.” hükmünün getirilmiş

1 Bkz. SURLU, Mehmet Handan/ÖZTÜRK, Gülay: Öğreti ve Uygulamada Geçit Hakkı, Ankara 2003, s.137-138.

olması, aynı yasanın zorunlu geçiti düzenleyen 747. maddesinin gerekçesinin son fıkrasında "Maddenin 1'inci fıkrasında kullanılan (malik) deymi paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." denilmiş bulunması nedenleriyle, bu hükümler de lehe olduğundan paylı mülkiyet sahibi davacı Ahmet Özseven'in tek başına davaya devam edebileceğinin kabulü gerekmiş, bu sebeplerle eldeki davada paydaşlardan birinin feragatine rağmen davaya devam edilerek işin esasına girilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir.

Ne var ki; leh ve aleyhine geçit kurulacak taşınmazlar tarla niteliği ile tapuda kayıtlıdır. Taşınmazların bu özelliği itibarıyla nihayet bir aracın geçeceği genişlikte (emsallere göre 2.5-3 metre) geçit hakkının kurulmasına karar vermek gerekirken, nedeni de gösterilmeden 4 metre genişlikte geçit hakkı kurulması doğru görülmemiştir.

Öte yandan tayin edilen geçit bedelinin ne zaman ve ne şekilde ödeneceği de hüküm yerinde gösterilmemiştir. Bu haliyle hükümde taraflara tahmil ve bahsedilen haklar infazda kuşku uyandırmayacak derecede açık ve kesin değildir. Bu belirsizlik aleyhine geçit kurulan taşınmaz maliklerinin zarar görmesine yol açabilecek türden olup, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388 ve 389. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Tayin edilen geçit bedelinin mahkeme vizesine veya gösterilecek tevdi mahalline depo edilmesi sağlandıktan sonra kararın kesinleşmesiyle aleyhine geçit kurulan davalının bu parayı alabileceklerini açıklayacak biçimde hüküm kurulmalıdır. Bu yönler gözetilmeden yukarıda yazılı nedenlerle kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 7.5.2002 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III. KARARA KONU OLAY VE KARARDA BENİMSENEN SONUÇ

Yukarıda sunulan karardan anlaşıldığı üzere, 939 no'lu parselin paylı malikleri Ahmet Özseven ve İhsan Yücel, 938 no'lu parsel malikleri bakımından tereke temsilcisi Abdurrahman Kılıç'a karşı, davalının tarla niteliğindeki taşınmazı üzerinden yine tarla niteliğindeki kendi taşınmazları lehine araç geçirmeye ilişkin bir yasal geçit hakkının tanınması için dava

açmışlar; fakat İhsan Yücel yargılama sırasında davadan feragat etmiştir

İlk derece mahkemesi, paydaşlardan birinin davadan feragatiyle diğer paydaşın davacılık sıfatının (aktif husumetinin) ortadan kalkmadığı düşüncesiyle davaya davacı Ahmet Özseven ve davalı Abdullah Kılıç arasında devam etmiş ve ilk derece mahkemesi dört metre genişlikte bir geçit hakkının kurulmasına, geçit bedelinin ödeme şekli ve zamanını açıklığa kavuşturmaksızın, karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararı, temyiz süreci içerisinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiş; Kurul, ilk derece mahkemesinin hükmünü, dava konusu olayda bir aracın geçmesi talebi bakımından emsallerine göre 2.5-3 metre genişlikte geçit hakkı kurulurken, 4 metre genişlikte geçit hakkı tanıdığı ve tayin olunan bedeli mahkeme veznesine veya gösterilecek tevdi mahalline depo edilmesini sağlayacak ve karar kesinleştikten sonra davalının bu parayı alabileceğini belirtecek biçimde kurulmadığı için "bozulmasına" hükmetmiştir. Ancak ilginç olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, davayı açan iki paydaş davacılarından birisinin davanın görülmesi sırasındaki feragatine rağmen, davaya paydaşlardan birisinin katılımıyla devamında, temelde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/III hükmüne dayalı olarak, bir usulsüzlük görmemesidir. Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesi şu şekildedir: "1.1.2002 tarihinde yürürlükten kalkmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 671. maddesinin uygulanması döneminde arzi irtifak olması nedeniyle geçit davalarında leh ve aleyhinde geçit kurulacak taşınmazın maliklerinin tamamının davada yer alması öngörülmekte iken, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693/3 maddesiyle "paydaşların her biri bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir." hükmünün getirilmiş olması, aynı yasanın zorunlu geçiti düzenleyen 747. maddesinin gerekçesinin son fıkrasında "Maddenin 1'inci fıkrasında kullanılan (malik) deyimi paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." denilmiş bulunması nedenleriyle, bu hükümler de lehe olduğundan paylı mülkiyet sahibi davacı Ahmet Özseven'in tek başına davaya devam edebileceğinin kabulü gerekmiş, bu sebeplerle eldeki davada paydaşlardan birinin feragatine rağmen davaya devam edilerek işin esasına girilmesinde bir usulsüzlük görülmemiştir."

IV. KARARIN ELEŞTİRİSİ

1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde vermiş olduğu bu kararı, eski Medeni Kanun döneminde benimsemiş olduğu, paylı mülkiyet konusu taşınmaz için geçit talebinde bulunulduğunda paydaşların tamamının davada zorunlu dava arkadaşı olarak yer almaları gerektiği yönündeki istikrarlı görüşünden bir dönüş teşkil etmektedir². Yargıtay'ın o dönemde vurguladığı üzere, bir paydaşın açtığı zorunlu geçit talebine ilişkin davaya diğer paydaşların muvafakat etmesi dahi yeterli olmayıp, bizzat paydaşların tamamının davaya davacı sıfatıyla dahil olmaları zorunludur³. Yargıtay'ın bu içtihat değişikliğindeki temel hareket noktası, yeni Türk Medeni Kanununun getirdiği hükümlerin paylı mülkiyette tek bir paydaşa, "diğer paydaşların rızasını aramaksızın" tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yetkisi verdiği yönündeki kabulü ve TMK m.747'nin madde gerekçesinde yer alan bir kısım açıklamalardır.

Peki bu kabul ne kadar doğrudur?

Bize göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun inceleme konusu karara ilişkin davada davacı paydaşlardan birisinin feragati sonrası açılan davanın davacı sıfatı (aktif husumet) yokluğu sebebiyle reddedilmeyip, devamı sonucuna mutlak olarak varması, isabetli değildir. Bu noktada girişeceğimiz tartışmalar ise, bir kısım hukuksal kurumlara ilişkin temel hatırlatmaları zorunlu kılmaktadır.

2. Zorunlu geçit hakkı TMK m.747'de mülkiyet hakkının "zorunluluk haklarına dayalı yasal sınırlamalarından birisi" olarak yer almaktadır⁴.

- 2 YHGK, 20.9.1995 T., E.14-525/K.765, SURLU/ÖZTÜRK, s.133-134: "Bu tür davalar gerek lehine gerekse de aleyhine geçit hakkı kurulacak bulunan taşınmazların tüm maliklerinin davaya dahil edilmesi suretiyle yürütülebilir."; YHGK, 23.11.1994, E.14-579/K.721, SURLU/ÖZTÜRK, s.135-136; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, 1. Cilt, İstanbul 2002, s.1223; YHGK, 16.6.1976 T., E.1975/14-220, K.2253, SURLU/ÖZTÜRK, s.136. Daire kararları için bkz. SURLU/ÖZTÜRK, s. 138 vd. Hatta Yargıtay 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünün ilk aylarında verdiği kararlarda da eski Kanun zamanındaki içtihadını devam ettirmekteydi. bkz. Y.14. HD, 5.2.2002 T., E.2001/8888, K.724, SURLU/ÖZTÜRK, s. 138. Yargıtay'ın görüşünün gelişim seyri için bkz. KARAHASAN, s. 1222 vd.
- 3 YHGK, 16.6.1976 T., E.1975/14-220, K.2253, SURLU/ÖZTÜRK, s.136.
- 4 Zorunluluk hakları diyebileceğimiz haklar, TMK'nda çeşitli yerlerde düzenlenmiştir. Bunlar, zorunlu mecra hakkı (TMK m.744-746), zorunlu geçit hakkı (TTMK

TMK m.747'e göre, "Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir (f.1) . Bu hak, ilk önce kendisinden bu geçidin istenmesi önceki mülkiyet ve yol durumuna göre en uygun düşen komşuya karşı ve daha sonra bundan en az zarar göreceklere karşı kullanılır (f.2) . Zorunlu geçit iki tarafın menfaati gözetilerek belirlenir (f.3)."

Birinci aşamada, "yasal irtifak" olarak kurulması gereken, bu nedenle de tapu da yapılacak yazılı tescil talebine dayalı bir tescilin gerekli olduğu zorunlu geçit hakkının temel yasal olgusu (tatbeştandı), bir taşınmaz malikinin genel yola çıkmak için yeterli bir yolunun bulunmamasıdır. Eğer bir taşınmazdan amaca uygun yararlanma bir genel yola çıkışı zorunlu kılıyorsa, ancak böyle bir çıkış yok veya olsa bile taşınmazın şu andaki ihtiyaçlarını karşılamıyorsa; yeterli bir yol mevcut değil demektir. Bu noktada geçit ihtiyacındaki taşınmazın hali hazırdaki ekonomik ihtiyaçları göz önüne almır⁵. Bu yasal olgunun (genel yola yeterli yol ihtiyacının) gerçekleşmesiyle birlikte taşınmaz maliki, tam bir bedel karşılığında bir eşyaya bağlı irtifak hakkı niteliğindeki⁶ geçit hakkının lehine tesis etme-

747), zaruret hali (TMK m.753) ve zorunlu su hakkı (TMK m.761) olarak karşımıza çıkar. Bu zorunluluk hakları, bir hakkın "kurulmasını" gerektirdiği ölçüde, "geniş anlamda bir tasarruf yetkisi sınırlaması" sayılabilir. Ancak "hak kurulduktan sonra" artık bir "yararlanma sınırlaması" söz konusudur. bkz. SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Sachenrecht, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2003, N.979-980, s.201. Zorunluluk hakları için genel bir değerlendirme için bkz. SIMONIUS, Pascal/SUTTER, Thomas: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995, §13, N.74-76, s.447-448.

5 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.982, s.202; REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. Aufl., Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Bern 2000, N.1168 vd., s. 283-284; BGE 117 II 35; 110 II 19; 105 II 181. Ayr.ol. bkz. REY, Heinz: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER, Basel 1996 (Komm.), Art. 694 N.6, s.1246. Geçit ihtiyacının tespitinde, malikin tahsis amacı da, taşınmazın niteliği, ihtiyaçları ve bulunduğu yerin objektif özellikleri kadar önem taşır. Taşınmazın tahsis amacının malik tarafından değiştirilmesi halinde geçit ihtiyacının tespiti için bkz. BGE 117 II 323.

6 LIVER, Peter: Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Das Eigentum, Basel und Stuttgart 1988, s.266; ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. B., Ankara 2002, N.1865, s.373. Eşyaya bağlı irtifak benzeri: BAUMGARTNER, Walter: Das Notwegrecht und das Notburnnenrecht nach dem schweizerischen ZGB, 19.. s.53; ŞAHİNİZ, C. Salih: Türk Medeni Hukukunda Zaruri Mecra İrtifakı, İstanbul 2001, s.60.

sini sağlamak üzere o anda mevcut komşu taşınmaz malikinden kendisiyle tapuda resmi şekilde bir irtifak sözleşmesi yapmasını istemek yönünde yasa kaynaklı bir "talep hakkını"⁷ kendiliğinden kazanır. Bu anlamda maddenin öngördüğü tatbeşand gerçekleşinceye kadar olan dönemde, komşu taşınmaz bakımından "ileride doğacak geçit taleplerine katlanma yönünde" bir "eşyaya bağlı beklenen borç" durumu söz konusudur⁸: Komşu taşınmazın her maliki "kendi döneminde doğacak olan geçit hakkı tesisi talebi üzerine", bu geçit hakkını kurmak için bir irtifak sözleşmesi akdetmekle yükümlüdür.⁹ Görüldüğü üzere, kanunun öngördüğü tatbeşand

- 7 bkz. ÖZSUNAY, Ergun: Zaruri Geçit Hakkı, İstanbul 1968, s.165 dn.50. Yenilik doğuran hak olarak: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002, s.428; EREL, Şafak: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara 1982, s.61, 125; ŞAHİNİZ, C. Salih: Gayrimenkul Mülkiyetinin -Komşuluk Hukukuna İlişkin- Dolayısıyla Kanundan Doğan Sınırlamaları; Zaruri (Zorunlu) İrtifaklar (Les Servitudes Necessaires), Prof. Dr. Nur. ÇELİK'e Armağan, C. I, İstanbul 2001 (Zaruri İrtifaklar), s.655; ERTAŞ, N.1856, s.372. Ayrıca bkz. ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.655 vd. Talebe, aynı hak olarak irtifak hakkının doğumunu bağlayan isabetsiz görüş için bkz. AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. B., Ankara 1972 (I); İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971, s. 229.
- 8 Bir taşınmazın maliki olmak; mülkiyet hakkının özellikle dolaylı yasal kısıtlamaları çerçevesinde, yol, su veya mecra ihtiyacı içerisindeki komşu taşınmaz malikleri lehine gerekli irtifak haklarını kurmaya yönelik irtifak sözleşmelerini akdetme borcu altına girme potansiyelini de beraberinde getirir. Burada "beklenen hak" kavramına karşılık gelecek şekilde bir "beklenen borç" durumundan bahsedilebilir. Ancak doğaldır ki, burada bekleme durumu beklenen haklara nazaran zayıftır ve "beklenen borç" niteliğinin pratik olarak da bir faydası yoktur. Zira burada beklenen borç durumu "eşyaya bağlı" olduğu için, beklenen borç üzerinde borcun doğmadığı dönemde dahi taşınmazın mülkiyetinden bağımsız olarak serbestçe tasarruf edilebileceğinden bahsetmek olanaksızdır.
- 9 Öğretide bir kısım yazarlar, zorunlu geçit talebini, bir "eşyaya bağlı talep (veya yenilik doğuran hak)" olarak görmekte, geçit ihtiyacındaki taşınmazın devri ile birlikte, bağlı zorunlu geçit isteme hakkının da yeni malike "geçeceğini" ileri sürmektedir. Bkz. OĞUZMAN, Kemal: Eşyaya Bağlı Haklara Hakim Olan Esaslar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 110 ve 122-123; ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.654. Biz bu görüşe katılmıyoruz, zira zaruri geçit hakkının tatbeşandı olan genel yola yeterli geçit ihtiyacı, ancak taşınmazın niteliği dışında, her bir malikinin taşınmazı tahsis amacına ve ihtiyaçlarına göre belirlenebilir niteliktedir. Bu nedenle, bir taşınmaz maliki, lehine zorunlu geçit hakkı talebi doğmuş iken, geçit ihtiyacındaki taşınmazını üçüncü bir kişiye devrederse, zorunlu geçit talebi devirle birlikte yeni malike devrolunmaz. Bilakis, yeni malik bakımından da ancak TMK m.747'nin hukuki olgularının kendi kişiliğinde gerçekleşmesiyle birlikte yeni bir zorunlu geçit talebi doğar. Bu nedenle ileri sürüldüğünün aksine, zorunlu geçit talebi ihtiyaç içindeki taşınmazın mülkiyetin devri ile yeni malike intikal etmez.

gerçekleştikten sonra komşu taşınmazın o andaki maliki ile geçit ihtiyacı duyulan taşınmazın o andaki maliki arasında bir borç ilişkisi niteliğindeki “geçit irtifakı ilişkisi” meydana gelmez. Bilakis komşu taşınmaz maliki için, içeriğini kurulmak istenen irtifak ve bunun karşılığı olan tam bedel üzerinde uyuşarak tapuda resmi şekilde bir irtifak sözleşmesi akdetme olan bir borç kendiliğinden doğar¹⁰. Artık burada bir “yasal ön sözleşmenin” varlığından bahsedebiliriz¹¹. Bu yasal ön sözleşme kurulduktan sonraki dönemde (ikinci aşamada), komşu taşınmaz malikinin taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, komşu taşınmazın yeni maliki, “yasal sözleşme devri”¹² nedeniyle söz konusu ön sözleşmenin tarafı haline gelecektir¹³.

- 10 REY, Art.694 N.21, s.1250. Taraflar tam bedel üzerinde uyuşurlarsa irtifak sözleşmesini akdederler ve komşu taşınmaz malikinin tescil talebine dayalı olarak yapılacak kurucu nitelikteki tescil ile irtifak hakkı doğar. bkz. REY, N.1173, s.284; REY, Komm., Art.394 N.22, s.1250; SIMONIUS/SUTTER, §13 N.86, s.451.
- 11 CARONI-RUDOLF, burada komşu taşınmaz malikinin irtifak sözleşmesinin yapılmasına katılma yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bkz. CARONI- RUDOLF, Karin: Der Notweg, Bern 1969, s.84, 101.
- 12 Burada devir konusu hukuksal ilişki, taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelmediği için, “yasal borç ilişkisi devri” de kullanabiliriz.
- 13 Türk-İsviçre hukukunda burada sunulan iki aşamalı hukuksal sonuçlar, taraflar için doğan yasal talep hakkı ve bunu yerine getirme yükümlülüğü (yasal yüküm) çerçevesinde -daha çok “tek aşamalı” olarak- salt “eşyaya bağlı borç” kavramıyla açıklanmaktadır. bkz. MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 3. Teilband Grundeigentum II, Artikel 680-701 ZGB, Bern 1975, Art. 694 N.8, s.374; LIVER, s.266; REY, Komm., Art. 694 N.3, s.1245, N.21, s. 1250; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.985, s.202; ÖZSUNAY, s. 182; ULUSAN, İlhan: Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s.129-130; AKMAN, Galip Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s.169; GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. B., Ankara 1978, s.609, 720. Ancak karşı CARONI-RUDOLF, s.83-84.

Eşyaya bağlı borç, borçlusun bir eşya üzerindeki hak sahipliği (çoğunlukla mülkiyet hakkı) veya belirli hallerde zilyetliğe bağlı olarak belirlendiği bir “borç ilişkisi”dir”. Eşyaya bağlı borçların konusu her zaman için olumlu bir edimdir. Olumlu edimler, hiç bir zaman “doğrudan” aynı hakların konusunu oluşturmaz; istisnaen, irtifak haklarında olumlu bir edim olarak yapma borçları, irtifaka yan edim olarak bağlanabilirler (TMK m.779/II) . Bu anlamda eşyaya bağlı borçta, aynı hak sahipliği ile olumlu edim yükümü arasında kurulan bağ çerçevesinde, ifa talebi eşya üzerindeki o andaki aynı hak sahibine (veya zilyede) karşı yöneltilir (Ayr.ol. Bkz.

GÜMÜŞ, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s.103-104. Ancak biz bu incelememizle, söz konusu eserde sunduğumuz eşyaya bağlı borç kavramına ilişkin (s.113-114) bir kısım açıklamaları biraz daha rafine ederek, son haline kavuşturuyoruz.) . Biz, eşyaya bağlı borcu bu genel tanım çerçevesinde üç farklı boyutta algılıyoruz: En dar anlamda eşyaya bağlı borç; dar anlamda eşyaya bağlı borç ve geniş anlamda eşyaya bağlı borç.

En dar anlamıyla eşyaya bağlı borçta, eşyaya bağlı borç kurumunu oluşturduğu sözleşmeler (borç ilişkileri) zincirine göre, eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devri ile birlikte, eski malik ile alacaklı arasında var olan borç ilişkisi (ve eski malikin muaccel borçları) “bâki kalmamak üzere” “ileri etkili” sona ermekte; ve “aynı anda” yerine -yasal veya sözleşmesel eşyaya bağlı borç kaynağı var olduğu sürece, bu kaynağa dayalı olarak- yeni bir borç ilişkisi, “sona eren borç ilişkisi ile aynı içerikte”, yeni malik ile alacaklı arasında meydana gelmektedir (muadil işlem) . Dolayısıyla her taşınmaz maliki, sadece kendi mülkiyeti devresinde, kendisine özgü bir şekilde yenilenen (reconduction) borç ilişkisi kapsamında doğan, aynı içerikli ama farklı borçlardan veya borç ilişkilerinden –birbiri ardına- şahsen kendisi sorumlu kalmaktadır. Bu sonucu biz, şerh edilmiş önalım hakkı bakımından, şerhin önalım hakkı kullanılıncaya kadar olan etkisinde açıkça görmekteyiz. (bkz. GÜMÜŞ, s.104 ve s.110 vd.) Aynı etki, irtifak hakkı ile yüklü taşınmaz malikinin yan edim olarak yüklediği olumlu edim yükümleri için de söz konusudur (TMK m.779/II).

Dar anlamıyla eşyaya bağlı borçta ise, aynı hakkın devri ile birlikte eski malik ile alacaklı arasında var olan borç ilişkisi varlığını korur. Burada bir borç ilişkisinin sona erme üzerine “aynı anda”, “sona eren borç ilişkisi ile aynı içerikte” bir borç ilişkisi yeni malik ile alacaklı arasında meydana gelmesinden bahsedilemez. Bilakis her malik kendi mülkiyeti döneminde yasa hükmünün belirlediği nitelikteki ve içerikleri birbirinden bağımsız (yani içeriklerini önceki malik zamanında doğan borç ilişkisinden almayan) borç ilişkilerinden doğan borçlardan şahsen sorumludur. Artık borç ilişkileri arasındaki aynı içerikli bir zamansal devamlılıktan değil, borç ilişkilerinin eş zamanlı varoluşlarından veya zamansal bağımsızlıklarından-kopukluklarından bahsedilebilir. Bu tip eşyaya bağlı borç etkisini, örneğin TMK m.694’de yer alan, paylı mülkiyette paydaşların paylı mülkiyetten doğan veya paylı malı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer giderlerden doğan yükümlülüklere katılma borcu için kabul etmekteyiz.

Söz konusu iki teknik anlamda eşyaya bağlı borç etkisinin ötesinde geniş anlamda eşyaya bağlı borç kavramı, bir eşyanın eski malikin tarafı olduğu tek bir borç ilişkisinin, eşyanın mülkiyetinin devri ile birlikte yeni malike intikalini ifade eden “yasal sözleşme devri”ni de kapsar.

Komşu taşınmaz maliki için TMK m.747’ nin aradığı yasal olgunun gerçekleşmesine bağlı olarak doğan irtifak sözleşmesi yapma borcu bakımından doğan (ikinci aşamadaki) yasal etki, “yasal sözleşme devrine” dayalı olarak açıklanabilir. Buna göre, komşu taşınmaz malikinin, kendi taşınmazına yönelik zorunlu geçit talebinin doğmasından sonra taşınmazını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde; yeni malik, malik sıfatını iktisap ettiği andan itibaren irtifak sözleşmesi akdedilmesine yönelik yasal ön sözleşmeyi aynı şartlarda, yasa gereği devralır. Burada biz yasal talep hakkını

Taraflar arasında uyuşma sağlanamazsa yasal talep, dava yolu ile ileri sürülebilir. Bu durumda ödenecek tam bedeli tespit edip ve tespit edilen bu bedelin depo edilmesini sağladıktan sonra, hakimin vereceği kararın, teorik bağlamda taraflar arasındaki ilişkinin yasal ön sözleşmesel niteliği gereği, karşı tarafın irtifak sözleşmesinin kurulmasına yönelik bir irade beyanı yerine geçen bir karar niteliği taşıması (veya en ileri aşamada irtifak sözleşmesini kuran karar niteliğinde olması!) ve bu nedenle hakimin vereceği kararın, irtifak sözleşmesinin kurulması dışında ayrıca geçit hakkının kurulması bakımından yenilik doğurucu bir nitelik taşıması gerekir¹⁴. Ancak, bir ön sözleşmeye dayanarak, alacaklının hem asıl sözleşmenin kurulmasını, hem de asıl sözleşmeden doğan borcun ifasını aynı dava ile talep edebilmesini mümkün gören bir hakim öğreti ve uygulamanın olduğu hukuk sisteminde¹⁵, buradaki karara da, geçit irtifakının hakimin vereceği kararın kesinleşmesiyle birlikte bir tescil talebi ve izleyen tescile gerek kalmaksızın (açıklayıcı tescil) kendiliğinden tapu dışı gerçekleşmesi yönündeki yenilik doğurucu etkiyi tanımak zor olmasa gerekir¹⁶. İsviçre-Türk öğretisindeki hakim görüş de, geçit irtifakının kararın kesinleşmesiyle tapu dışı iktisabına ilişkin söz konusu yenilik doğurucu (kurucu) etkiyi, zorunlu geçit hakkı tesisini amaçlayan yargısal kararlar bakımından

yenilik doğuran hak olarak kabul etmediğimiz için bir (en dar anlamıyla) eşyaya bağlı borç ilişkisinin kurulmasından da bahsetmek olanaksızdır. Çünkü, yeni malik için taşınmazı iktisap ettiği andan çok önce, yasal tatbeşandın gerçekleştiği anda, irtifak sözleşmesi yapma borcu zaten doğmuş bulunmaktadır.

14 Aynı yönde: SCHMID/HÜRLİMAN- KAUP, N.989, s.203.

15 Bkz. KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 3. B., (forma halinde), İstanbul, §11 N.22 vd., s.102 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. B., İstanbul 2003, s.283.

16 İsviçre Federal Mahkemesi 1992 yılında verdiği kararında (BGE 118 II 32), asıl sözleşme, ön sözleşmede öngörülen şartlarla, yine aynı taraflar arasında kurulacak ise, artık asıl sözleşme-ön sözleşme ayırımını yapmaya gerek olmadığını kabul etmektedir. Federal Mahkeme'nin vardığı bu sonucu zorunlu geçit hakkı için mevcut olan yasal ön sözleşme ilişkisi için uygulayabilmek olanaksızdır. Zira, TMK m.747'nin öngördüğü yasal olguların gerçekleşmesiyle bir yasal ön sözleşme ilişkisinin kurulduğu zaman, "asıl sözleşmenin ön sözleşmede öngörülen şartlarda kurulabileceğini" söyleyebilmek; tarafların kurulacak asıl sözleşmedeki uygun bedeli belirleme yükümlülüğü, diğer bir deyişle ödenecek uygun bedelin belirsizliği nedeniyle, asıl sözleşmenin ön sözleşme ile aynı şartları taşıması" koşulunun eksikliğine bağlı olarak mümkün olmaz. Zaten Federal Mahkeme, zorunlu geçit talebine ilişkin mahkeme kararının niteliği sorusunu, kararlarında hep cevapsız bırakmıştır.

da kabul etmektedir¹⁷.

Görüldüğü üzere zorunlu geçit hakkının tesisinde en belirgin unsurlarından birisi de kurulacak geçit irtifakı karşılığında, - taraflar arasında aksine anlaşma yoksa kural olarak bir defa da sermaye olarak- komşu taşınmaz malikine ödenecek bir borç olarak "tam bedel"dir¹⁸. Bu bedel özünde fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanması sonucu yapılan bir ödemedir¹⁹. Bu bedel, zorunlu geçit talebi için bir "varlık şartı" değildir. Tam bedel edimi, dava yoluna başvurulmamışsa, ilke olarak tescil talebi anında, bunun sonucunda irtifakın tescilinden önce ifa edilir²⁰. Be-

17 MEIER-HAYOZ, Art.694 N.67, s.391 (İMK m.665/I-TMK m.716/I'in kıyasen uygulamasıyla); REY, N.1173, s. 284 Aynı şekilde: REY, Komm., Art.694 N.23, s.1250-1251. Ancak Yazar'ın belirttiği üzere (REY, Komm., Art.694 N. 19-20, s. 1250), talep şartları gerçekleşmesine rağmen komşunun irtifak sözleşmesinin kurulmasından kaçınması halinde, talep sahibi, yenilik doğurucu nitelikte bir dava veya edim (ifa) davası açabilir; hatta, bu iki davanın açılmasının olanaksız olduğu hallerde tespit davası da açabilir. Ancak edim davası sadece irtifak sözleşmesini kurmakla kalmaz, aynı zamanda, davalının doğan yükümlülüğü kapsamında bulunması gereken olan tescil talebini de sağlar; SIMONIUS/SUTTER, §13 N.88, s.452; OĞUZMAN/SELİÇİ, s.431; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.610; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku, İkinci Cilt, Mülkiyet, 2. B., Konya 2000, s.263; ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.686. Yargıtay, zorunlu geçit hakkının tespitine ilişkin tespit davasının açılabilirliğini kabul etmemektedir. bkz. Y.14. HD., E.1993/71, K.1993/7709, T.14.10.1993, YKD, C.20, S.9, Eylül 1994, s.1462-1463.

Mahkeme kararını kurucu nitelikte bulmayan ve sadece bir "edim hükmü" olarak gören görüşler için bkz. HAAB (HAAB, Robert/SIMONIUS, August/ SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art.641 bis 729, Zürich 1977, Art.694-695-696, N.21, s.494; ZÜRCHER, Richard: Die Wegrechte des Schweizerischen Privatrechts, Aarau 1947, s.112; BERTAN, Suad: Aynî Haklar, Medenî Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler), C. I, M. K. 618 -702, Ankara 1976, s. 865. LIVER' e göre ise (s.273) tescil, bedel ediminin ödenmesine bağlı yapılabileceği için, karar şarta bağlı bir karardır. Şarta bağlılık ise, yenilik doğuran hükümden çok edim hükmü ile uyuma içindedir. TMK m.745/II-İMK m.692/II'nin kıyasen zorunlu geçitte de uygulanabileceği yönünde bkz. SIMONIUS/SUTTER, §13 N.76, s. 448.

18 LIVER, s.272; BAUMGARTNER, s. 39-40. Karş BGB § 917/II.

19 ULUSAN, s.127 vd.; AKMAN, s.173.

20 REY, Komm, Art. 694 N.24, s.1251; LIVER, s.272; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.82, s.396. Yazarın da vurguladığı gibi, artık burada aynı anda ifa kuralının bir istisnası ile karşı karşıyayızdır. Bkz. BGE 110 II 320. Aynı anda ifa kuralı: SIMONIUS/SUTTER, §13 N.92, s.453. Türk Hukuk uygulamasında, hakimin bedel ödenmesine

del, komşu taşınmaz maliki irad şeklinde ödeme talebinde bulunmadıkça, yalnızca sermaye olarak bir seferde ödenir²¹. Bu bedelin tespitinde esas olarak kamulaştırma hukukundaki değer tespitine ilişkin benzer ilkeler göz önüne alınır. Bu ise kural olarak, komşu taşınmazın zorunlu geçit irtifakı ile yüklü değeri ile yüksüz değeri arasındaki farktan (fark teorisi) ibaretir²². Ancak, aranan “tam bedel” zorunluluğu, somut şartlara göre, komşu taşınmaz malikinin geçit nedeniyle uğrayacağı tüm kayıpların giderimini gerektirir²³.

3. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararının da temel dayanaklarından olan hüküm, TMK m.693/III hükmüdür. Söz konusu hüküm her hâlikarda, I.fıkra ile bağlantılı olarak değerlendirilmek zorundadır. Ancak TMK m.693/III hükmünün anlamlandırılabilmesi, eski Medeni Kanunumuz ve İsviçre Medeni Kanununun konuya ilişkin hükümlerinin incelenmesini gerektirir.

eMK m.625/I'e göre, “Hissedarlardan her biri, müşterek menfaatler için diğer hissedarları temsil edebilir ve diğer hissedarların hakları ile kabili tevfiğ olduğunda müşterek şeyden istifade eder ve onu kullanır.” Bu hükmün dayanağı olan ve 1963 yılı değişikliklerinde aynen korunan İMK m.648/I hükmüne göre, “Her paydaş eşyayı temsile, kullanmaya ve eşya-

karar verebilmesi için zorunlu geçit talebini içerir dava dilekçesinin, geçit hakkının tanınması talebinin yanında, aynı zamanda bedel tutarının tespiti yönünde bir talebi de içermesine, ayrıca gerek yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin farklı uygulaması için bkz. BGE 101 I 304; 104 II 302; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988 (II/1), 102. s.104 dn.30.

- 21 REY, Komm, Art. 694 N.25, s.1251; LIVER, s.272; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.79, s.395.
- 22 BAUMGARTNER, s.37-38; ZÜRCHER, s.110; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.987, s.202-203; REY, Komm, Art. 694 N.26, s.1251. bkz. BGE 120 II 423-424. Geleceğe yönelik spekülasyon kazanç kayıpları karşılığı ödeme yapılamaz (SIMONIUS/SUTTER, §13 N.91, s.453) . Ayrıca bkz. TEKİNAY, s.102.
- 23 Eğer yüklenecek taşınmaz üzerinde sınırlı ayni haklar ve şerhedilmiş kişisel haklar mevcutsa, bunların zorunlu geçit nedeniyle uğrayacağı zararlar da tazmin edilmek zorundadır (REY, Komm, Art. 694 N.27, s.1251; MEIER-HAYOZ, Art.694 N.83, s.396; TEKİNAY, s.106. Aksi fikirde: OĞUZMAN/SELİÇİ, s.431) . Bu nedenle söz konusu hak sahiplerinin de davada davalı taraf olarak yer alması zorunludur (Y.14. HD.6.3.1986 T., E.1985/4672, K.1476, s.170) . Ödenen bu tam bedel nedeniyle ki, taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması niteliğindeki bir yasal irtifak olan zorunlu geçit irtifakı, sıra olarak yüklü taşınmaz üzerindeki tüm ayni haklar ve şerhedilmiş haklardan önce gelir.

dan yararlanmaya, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde yetkilidir". Görüldüğü üzere, İsviçre hükmü, "diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde" kaydını, sadece, eşyayı kullanma ve eşyadan yararlanmayı değil, eşyayı korumayı da kapsayacak şekilde kullanmaktaydı. Oysa eMK m.625/I hükmü, bu kayıtlamayı temsil harici, sadece kullanma ve yararlanma için kabul etmiş görünmekteydi. Bu görünüş ise, eMK m.625'in İMK'nın Fransızca metninden çevrilmesinden kaynaklanmaktaydı. Eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, ÖZSUNAY ve TEKİNAY eMK m.625'deki "diğer hissedarların hakları ile kabili tevkif oldukça" kaydının koruma, kullanma ve yararlanma yetkilerinin üçünü de kapsayacak şekilde mehaza uygun yorumlanması gereğini isabetle vurgulamaktaydı²⁴. İsviçre Medeni Kanununun 1963 yılı değişikliklerinde, söz konusu hüküm, getirdiği esas itibariyle aynen korunmuştur: İMK m.648/I'e göre, "Her paydaş, eşyayı temsile, kullanmaya; eşyadan yararlanmaya, diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde yetkilidir." Söz konusu hüküm 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 693. maddesine alınırken ikiye bölünmüştür. TMK m.693/I'e göre, "Paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir." Fıkra III'e göre ise, "Paydaşlardan her biri, bölünemeyen ortak menfaatlerin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabilir". Görüldüğü üzere, madde "şeklen ve kanımızca sadece görünüşte olmak üzere", eMK m.625 hükmünün lafzını destekler bir biçimde, "diğer paydaşların hakları ile bağdaşma" kaydını sadece, bireysel yararlanma ve kullanmaya özgülemiş, eşyaya ilişkin temsile dayalı bireysel "koruma" yönünden korumanın "bölünemeyen ortak menfaatlere ilişkin olması" şartı dışında, görünüşte başka bir şart aramamıştır.

Bu durumda cevaplanması gereken soru şudur: Acaba, bir paydaşın tek başına paylı mülkiyet konusu eşyaya ilişkin bölünemez ortak menfaatleri koruyucu davaları açabilmesi için, bu koruma fiilinin "diğer paydaşların hakları ile bağdaşması" şartına bağlanmasına artık gerek var mıdır? Cevabımız olumludur. Bize göre, bir paydaşın tek başına paylı mülkiyet konusu eşyaya ilişkin bölünemez ortak menfaatleri koruyucu davaları açabilmesi için, "diğer paydaşların hakları ile bağdaşması" şartına, yeni TMK m.693 hükmü kapsamında da hâlâ gerek vardır:

Her şeyden önce, TMK m.693'ün gerekçesi, paylı mülkiyette koru-

24 ÖZSUNAY, s. 79 dn.22; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 587-588.

manın kullanma ve yararlanmadan bağımsız bir fıkrada düzenlenmesinin sadece TMK m.621/III hükmünün açıklanmasına dayandığını açıkça vurgulamaktadır: “Maddenin üçüncü fıkrası uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla, paydaşlardan her birinin, bölünemeyen ortak menfaatlerinin korunmasını diğer paydaşları temsilen sağlayabileceği hükmünü öngörmektedir. Böylece, paydaşlardan her birinin müşterek menfaatler için, diğer paydaşları temsil edebileceği hususunda yürürlükteki kanunun 625 inci maddesinde de yer alan hüküm, öğretilerdeki açıklamalar ve Yargıtay içtihatlarına uygun olarak açıklığa kavuşturulmuştur.” Bu nedenle bize göre, TMK m.693/I ve III hükümleri arasındaki şekli ayırım, eMK m.625/I'in anlam ve şartlarını değiştirmemiş, sadece TMK m.693/III'ün lafzında ortak menfaatlerin “bölünemez” niteliğine dikkati çekerek, “var olanı” daha anlaşılabilir kılmıştır.

TMK m.693/III, paydaşlardan her birinin diğerinin katılımı olmaksızın eşyanın “korumasını” diğer ortakları “temsilen” sağlayabileceğini öngörmektedir. Buradaki “temsil” terimi, -kural olarak- teknik anlamda bir “temsil” olarak düşünülemez. Bu çerçevede bu hüküm, paydaşa, diğer paydaşlara ilişkin bir yasal temsil yetkisi vermemektedir²⁵.

Ancak TMK m.693/III, paydaşları eşya üzerindeki ortak-bütüncül menfaatlerin korunması bakımından tek başına yetkili kılmıştır. Madde bu yeni lafzıyla “paydaşların ortak menfaatlerinin bölünmezliğini” esas almışsa da, bu ifadeyi “eşyanın bütününe ilişkin menfaatlerde tek başına ta-

25 HAAB, Art.648 N.2, s.146 ve MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizersichen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung Das Eigentum, 1. Teilband Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981 (Syst. Teil), Art.648 N.4, s.561: “bir çeşit ileri sürme hakkı, bireysel dava hakkı”; BRUNNER, Christoph/WICHTERMANN, Jürg: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER, Basel 1996, Art.648 N.6, s.960; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.742, s.152-153. Yazar'ında belirttiği üzere, mülkiyet hakkından doğan taleplerin dava veya dışı yollarla (paydaş tarafından tek başına) ileri sürülebilme yetkisi söz konusudur. Türk hukukunda: GÜRSOY, Kemal Tahir: Müşterek Mülkiyete İlişkin Türk Medenî Kanunu Hükümlerinin Yetersizliği ve Bu Hususta İsviçre Medenî Kanununda Yapılan Değişiklikler, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 275-276; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.418. Buna karşılık, SURLU/ÖZTÜRK'ün burada bir yasal temsil yetkisinin varlığını kabul eden görüşü isabetsizdir. bkz. SURLU/ÖZTÜRK, s. 118.

lep yetkisi” olarak okumak daha doğru olsa gerek. Bu bütüncül menfaat, üçüncü kişiye yönelik taleplerin dayandığı menfaatin “bölünemez nitelikte” olduğu hallerde özellikle mevcuttur²⁶. Bu kapsamda mülkiyet hakkı veya zilyetliğe dayalı eşyayı korumaya yönelik davalarda, tespit davası niteliğindeki tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında veya sınır tespiti davalarında bu bütüncül menfaat açık olarak karşımıza çıkar²⁷. Buna karşılık TMK m.688/III'ün de bize gösterdiği üzere, salt kendi payına dayalı, bölünebilir talepler bakımından da her bir paydaş bir temsil durumu söz konusu olmaksızın tek başına talepte bulunmaya yetkilidir.

Ancak dava konusu olayda da temel sorun, zorunlu geçit hakkı tesisine yönelik talebin, ortak olmayan bir menfaatin korunmasına yönelik olup olmaması da değildir. Olayda bölünemeyen bir ortak menfaatin mevcut olduğunu Yargıtay da kabul etmekte, ve söz konusu ortak menfaate dayalı olarak her bir paydaşa tek başına dava açma hakkını tanımaktadır. Aslında Yargıtay burada, TMK m.693/III hükmünün uygulanması için gerekli olan “diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde temsil” şartını açıkça gözden kaçırmış olmaktadır. Aynı gözden kaçırma İsviçre Hukukunda MEIER-HAYOZ da da mevcuttur. Yazar'a göre²⁸, “bir taşınmaz paylı mülkiyet konusu ise, zorunlu geçit hakkının bölünmezliliği nedeniyle, her paydaş talepte bulunmaya yetkilidir. Paydaş, seçimine göre, geçit hakkının tesisini taşınmaz üzerindeki mevcut paylı mülkiyet payı için ya da bütün paydaşlar için bağlayıcı olacak şekilde tüm taşınmaz için talep edebilir. Buna karşılık ortak tasarruf ilkesi sebebiyle, elbirliği mülkiyetinde ilke olarak sadece ortaklar birlikte zorunlu geçit talebinde bulunabilir”. İsviçre Hukukunda CARONI-RUDOLF da, MEIER-HAYOZ'un görüşleri-

- 26 BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.7, s.960-961; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.743, s.152: “İMK m.648/I'e dayalı temsil yetkisi, sadece üçüncü kişilere yönelik eşyanın bütününe ilişkin olan bölünemez edimlerde söz konusudur”.
- 27 Tek başına hareket eden paydaş, ortak bir menfaat için hareket ediyorsa, ispat yükünü salt kendi payı için değil, tüm paydaşlar için taşır; yani paydaş, sadece kendisinin malik olduğunu değil, diğer paydaşların da malik olduğunu ispatlamak zorundadır. Ancak verilecek hüküm sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil eder, diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmaz. bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591.
- 28 MEIER-HAYOZ, Art. 694 N.23, s.378. MEIER-HAYOZ'a atfla, aynı yönde: REY, Komm., Art.694 N.13, s.1249. MEIER-HAYOZ'dan önce: HAAB, Art.694-696, N.9, s.488. Türk Hukukunda aynı yönde: KARAHASAN, s.1222; BERTAN, m.671 N.8, s.861.

ne atıfla aynı sonuca varmakta ve İMK m.648/I'in sadece yaralanan taşınmazı yarar sağlayan iradi irtifakların ötesinde taşınmazın olağan kullanım ve ekonomik değerlendirmesinin zorunlu kıldığı yasal irtifaklara da uygulanacağını belirterek, zorunlu geçit irtifakı karşılığı "uygun bedel" ödemesinde bulunan paydaşın, İMK m.649 (TMK m.694/II) uyarınca diğer paydaşlara rücu edebileceğini vurgulamaktadır²⁹.

Türk Hukukunda SURLU/ÖZTÜRK de, TMK m.693/III'ün, ileride inceleyeceğimiz TMK 747'nin "talihsiz" gerekçesi ile destekli yorumuyla ve sonuçta Yargıtay'ın kararında dayandığı gerekçeler ile aynı sonuca varmaktadır³⁰. Yine Türk öğretisinde KILIÇOĞLU'nun inceleme konusu karara atıfta bulunarak yaptığı açıklamalar, Yazarın kararda varılan sonucu desteklediğini göstermektedir³¹.

Görüldüğü üzere, gerek Yargıtay, gerekse de MEIER-HAYOZ ve izleyenlerinin, "diğer paydaşların hakları ile bağdaştığı ölçüde ortak menfaatleri tek başına temsil" şartını, "ortak menfaatleri tek başına temsil şeklinde" okuyarak, zorunlu geçit hakkının tesisi için ödenmesi gereken "tam bedelin", bir paydaşın bireysel olarak tüm ortakları temsilen zorunlu geçit talebini diğer paydaşların menfaatiyle çatışır kıldığını atlamışlardır³². Bu gerekçeye dayalı olarak paydaşların birlikte zorunlu geçit talebinde bulunma zorunluluğu, İsviçre öğretisinde BAUMGARTNER ve ZÜRCHER, tarafından da kabul edilmektedir³³. BAUMGART-

29 CARONI-RUDOLF, s.90-91. Taşkın yapı için aynı gerekçelerle: AKMAN, s.194-195.

30 SURLU/ÖZTÜRK, s.118.

31 KILIÇOĞLU, Ahmet: Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s.308-309.

32 Yine biz, MEIER-HAYOZ'un bir paydaşın kendi payına ilişkin olarak geçit hakkı tesisini olanaklı gören kabulüne de katılmıyoruz. Zira, zorunlu geçit talebi üzerine kurulacak olan geçit irtifakı, paydaşlardan birinin payını değil, bütün taşınmazı yükümler. Bu nedenle paydaşlar arasında, taşınmazın kullanımına ilişkin bir anlaşma mevcut olsa bile, bir paydaş, kendi kullandığı taşınmaz kısmı için TMK m.747'ye dayanarak ne komşu taşınmaz malikinden ne de, diğer paydaşlardan genel yol çıkış talebinde bulunamaz. Aynı yönde: SIMONIUS/SUTTER, §14 dn.90, s.479.

33 Alman Hukukunda aynı gerekçeler için bkz. BAUR, Jürgen F.: SOERGEL, Hs., Th./SIEBERT, W., Bürgerliches Gesetzbuch, Band 6, Sachenrecht (§ § 854-1296), Stuttgart Berlin Köln 1989, §917 N.7, s.349: "Birden fazla yetkili BGB §1011'e rağmen, tek bir paydaş taşınmazı zorunlu geçit iradi yükümü ile yükleyemeyeceği için sadece ortak talepte bulunabilir"; BEUTLER' e göre de (BEUTLER, Wolfgang, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

NER'a göre³⁴, "geçit ihtiyacındaki taşınmaz paylı mülkiyet konusu ise, bir paydaş, tek başına talebi ileri sürmeye yetkili değildir. Gerçi ZGB (İMK) 648/I'e göre her paydaş eşyayı temsile yani eşyanın bütününe ilişkin ortak menfaatleri korumaya sadece diğer paydaşların haklarıyla bağdaştığı ölçüde yetkilidir. Bir paydaş, böyle bir talebi tek başına ileri süremez, böyle bir talebin ileri sürülmesiyle diğer paydaşlar için yükümlülükler ve yükler doğuramaz. Zorunlu geçit hakkı tesisi talebi bir karşı edime bağlı ise, bütün paylı mülkiyet payları yüklenir."

Paylı mülkiyette paydaşların tek başına zorunlu geçit talebinde bulunamamalarının kabulü yönündeki görüşü destekleyen yukarıdaki ana gerekçenin dışında diğer gerekçe ise şu şekilde sunulabilir: TMK m.947 uyarınca kurulacak geçit irtifakı karşılığı tam bedel ödeme yükümlülüğü, bir karşı edim olarak bütün payları borç altına sokmaktadır. Paydaşların TMK m.694 uyarınca, paylı mülkiyetten doğan veya paylı eşyayı ilgilendiren yönetim giderleri, vergiler ve diğer yükümlülükler, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paydaşlar tarafından payları oranında karşılandığından, zorunlu geçit talebi bakımından da tüm paydaşların bir arada hareket etmesi zorunludur³⁵.

Buna karşılık Türk öğretisinde ÖZSUNAY, BAUMGARTNER ve ZÜRCHER tarafından sunulan görüşleri tatmin edici bulurken şu gerekçeye dayanmaktadır: "Zira geçide muhtaç gayrimenkul yararına zarurî bir geçit bağının istenmesi, MK 625/II (ZGB Art. 648/II-TMK m.692/I) anlamında, gayrimenkulün devri, gayrimenkulde bir aynî hak tesisi veya gayrimenkulün yararlanma şeklinin değiştirilmesi niteliğinde önemli bir muamele teşkil eder. Bu gibi muamelelerde, nasıl bütün müşterek maliklerin uyuşması aranmışsa, zarurî geçit hakkı bakımından da aynı çözümün

und Nebengesetzen, Drittes Buch, Sachenrecht, § § 854-872; 907-924, Berlin 1982, §917 N.18, s.68), birden fazla paydaş §1011'e rağmen zorunlu geçit tesisini sadece birlikte talep edebilir. Aksi takdirde, her paydaşın tek başına yetkili kılınması, paydaşın yetkiye dayalı tek taraflı talebiyle bütün paydaşlara isabet eden bir zorunlu geçit iradı yükümlünün doğumuna yol açardı ki, bir paydaşın tek başına böyle bir yetkisi yoktur.

Farklı gerekçelerle aynı görüşte: SIMONIUS/SUTTER, §14 dn.90, s.479; ÖZSUNAY, s.80;

34 BAUMGARTNER, s.30. Aynı yönde ZÜRCHER, s. 107.

35 BU gerekçe özellikle Alman Hukukunda zorunlu geçit davasını paydaşların tamamı tarafından açılması gerektiği görüşü savunulurken, bir kısım öğreti tarafından savunulmaktadır. Alman Hukukundaki görüşler için ayrıca bkz. ÖZSUNAY, s. 76-77

menfaatler durumuna uygun düştüğü söylenebilir³⁶. Bu ifadedeki “önemli muamele” deyimini, her halde “olağanüstü yönetim işleri” olarak anlaşılmalıdır. Zorunlu geçit talebini, olağanüstü yönetim işi sayarak paydaşların oybirliğine dayalı kararına bağlayan bu kabul, ilerideki açıklamalarımıza açısından önem taşımakta olup, burada sade bir önvurgu ile yetiniyoruz.

Öte yandan bu noktada bize ışık tutabilecek bir karar, taşkın inşaat hükümlerinin (İMK m.674/III-TMK m.725/II) uygulanması aşamasında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiştir. TMK m.725’e göre, “Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur (f.1) . Böyle bir irtifak hakkı yoksa, zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (f.2).” İşte Federal Mahkemeye göre de³⁷, “Paylı mülkiyet payı sahibi paydaş, taşkın yapı üzerinde bir aynı hak tesisini, sadece taşınmaz yararına talep edebilir, paydaş kendi payı yararına talepte bulunamaz. Ancak paydaş üzerinde paylı mülkiyet bulunan taşınmaz yararına aynı hak tesisini sadece aynı hak ivazsız ise ve diğer paydaşlara hiç bir yükümlülük yüklemeyecekse talep edebilir. Tarafların oybirliğiyle getirecekleri farklı düzenlemeler istisnadır.” Taşkın inşaata dayalı “uygun bir bedel karşılığı” aynı hak tesisi talepleri bakımından kabul edilen bu sonucun, aynı hukuksal konstrüksiyona dayalı “tam bir bedel” karşılığı zorunlu geçit irtifakı tesisi bakımından evleviyetle de aranabileceği yönündeki bir görüş de, kolayca göz ardı edilemese gerek.

Her ne kadar tek başına hareket eden paydaş, ortak bir menfaat için hareket ediyorsa, ispat yükünü salt kendi payı için değil, tüm paydaşlar için taşır. Bunun sonucunda paydaş, sadece kendisinin malik olduğunu değil, diğer paydaşların da malik olduğunu ispatlamak zorunda olsa da, aley-

36 ÖZSUNAY, s.80. Aynı gerekçe ile: ŞAHİNİZ, Zaruri İrtifaklar, s.664. Zorunlu su hakkı için: YAZMAN, İrfan: Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tâbi Olduğu Rejim, Ankara 1970, s.152-153. Zorunlu mecra hakkı için: ÖZAKMAN, H. Cumhuriyet: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s.189; ŞAHİNİZ, s. 63-64.

37 BGE 108 II 35. Karar metni Fransızca olup, bu bilgiler Almanca özetten aktarılmıştır. Aynı karar için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.878 dn.23.

he verilecek hüküm sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil eder; diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmaz³⁸. Bu sonucun zorunlu geçit irtifakı tesisini sağlamaya yönelik verilen mahkeme ilamı bakımından kabulünün ise uygun olamayacağı da açıktır.

Gelinen bu noktadan itibaren, paylı mülkiyette paydaşların birlikte zorunlu geçit talebinde bulunmaları zorunluluğunun kabulünün önündeki en talihsiz engeli, Yargıtay'ın da kararına temel olarak aldığı TMK m.747 hükmünün "gerekçesi" oluşturmaktadır. Söz konusu gerekçeye göre, "Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "malik" deyimini paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." Görüldüğü üzere, gerekçeye göre, TMK m.747/I hükmündeki malik, paylı mülkiyette her paydaşa tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma hakkını tanımaktadır. Ancak bu "talihsiz" gerekçe, bizim için bağlayıcı olmasa gerekir. Her şeyden önce, bir kanun hükmünün gerekçesi, ilgili olduğu kanun hükmünün bir parçası olmayıp, sadece kanun hükmüne ilişkin hazırlık çalışmalarının (yasa materyallerin) bir unsuru olarak, kanun hükmünün yorumlanmasında bir tarihsel bir öge olarak önem taşır. Ancak bugünün hukuk anlayışında, bir yorum ögesi olarak tarihsel ögeler, sadece "zorunlu bir yardımcı vasıta" olarak, hukuk normunun yorumunda önem taşıyan araçlardır³⁹. Bugün için İsviçre hukuk öğretisi ve uygulama-

38 bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s.418; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.273.

39 MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Bern 1966, Art.1 N. 215, s. 137; HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1998, N.2.123, s.36; SCHMID, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, N.148, s.35; BGE 100 II 57: "Bu demek değildir ki, yasa materyalleri metodik olarak önem taşımaz; daha çok, açıklıktan yoksun ve anlaşılmayan hükümlerde normun anlamını belirlemede ve yanlış yorumlardan kaçınmak için değer taşıyan bir yardımcı vasıttır." Aynı yönde: BGE 116 II 527; 115 II 99; 113 IA 290. "Yasanın objektif anlamının tespitinde bir emare" olarak: RIEMER, 4, N.56, s.42. Ayrıca bkz. DÜRR, David: BAUMANN, Max/DÜRR, David/LIEBER, Viktor/MARTI, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, 1. Teilband, Artikel 1-7 ZGB, Zürich 1998, Art.1 N. 155 vd., s. 292 vd.

sı, kanunun yürürlüğe girer girmez Kanun Koyucunun iradesinden bağımsız bir varlığa sahip olması⁴⁰ ve buna bağlı olarak teleolojik (amaçsal) ve realistik/sosyolojik öğelerin kanunların yorumunda kazandığı önem dolaşısıyla, tarihsel öğelere iki şartın bir araya gelmesi halinde değer vermektedir. Buna göre bir yandan yasa materyalleri, anlamı açık olmayan bir kanun hükmüne açık bir cevap vermeli, öte yandan yasa materyalleri yazılı ifade biçimini, bizzat kanun metninde bulmalıdır.⁴¹ . Bu anlamda TMK m.693/III'ün, f. I ile bağlantılı açık lafzı karşısında, açık olmayan bir yasa metniyle karşı karşıya olduğumuz söylenemeyeceği gibi; TMK m.747'nin gerekçesi, yasa metninde hiçbir dayanak bulamamış, bilakis TMK m.693/III hükmü ile olumsuzlanmıştır. Bu görünüm içerisinde TMK m.747 hükmünün gerekçesinin, dava konusu olaya ilişkin Yargıtay kararının gerekçelendirmesinde kullanılmamalıydı⁴². Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun madde gerekçelerin komisyon üyelerine bölüştürülerek yazdırıldığı gerçeği de düşünülürse, TMK m.747 gerekçesinin sadece bir komisyon üyesinin "kişisel görüşü" olarak da değerlendirilmesi olanaklıdır. Bu noktada RIEMER'in şu açıklamaları ilgiye değer: "Her şeyden önce, materyallerin sıklıkla uyumsuz veya çelişkili oluşuna işaret etmelidir. Bu durum sık olarak birden fazla kişinin (ve bilhassa farklı menfaatlerin temsilcisi olanlarının) için içinde bulunmasından kaynaklanır. Materyaller, başkaca sık olarak iştirakçi kişilerin hatalarını taşır. Bu nedenle materyallerin değerlendirme ve dikkate alınmasında seçici-eleştirel davranılmalıdır"⁴³. Sonuç olarak biz, TMK 647'nin "Maddenin birinci fıkrasında kullanılan "malik" deyimini paylı mülkiyetteki pay sahiplerini de içerecek genişliktedir. Paylı mülkiyette paydaşlardan birinin zorunlu geçit isteminde bulunması, diğer paydaşların yararına ve paylı mülkiyetin kullanılabilirliğini artıran bir tasarruftur. Bu nedenle bu koşullarda paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri de bu hükümden yararlanabilecektir." şeklindeki gerekçesinin Yargıtay'ca inceleme konusu kararda temel gerekçe-

40 BGE 124 V 189; 126 V 107.

41 BGE 122 III 474; 123 V 301; 124 II 200; 124 V 189.

42 OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 10. Bası, İstanbul 2003, s.52: "...kanunun hazırlık çalışmaları sorunun çözümüne her zaman ışık tutmayabilir veya hazırlık çalışmalarından çıkarılan sonuç, âdil gözükmebilir. Kanun hükmünün zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere en uygun şekilde yorumlanması gerekir."

43 RIEMER, Hans Michael: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art.1-10 ZGB), Eine Einführung, Bern 1987, §4, N.50, s.43.

lerden birisi olarak sunulmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

4. Yukarıdaki açıklamaların bu noktada bizim için ortaya koyduğu “katı-mutlak ara sonuç” şöyledir: Paylı mülkiyet konusu bir taşınmazın paydaşları, paylı mülkiyet konusu taşınmaz lehine komşu taşınmazdan TMK m.747’ye dayalı olarak zorunlu geçit talebinde kural olarak hep birlikte bulunabilirler. Ancak, yüklü taşınmaz maliki kurulacak geçit irtifakı karşılığı kendisine ödenmesi gereken tam bedelden “tamamen” vazgeçmişse⁴⁴, veya geçit irtifakı tesisi diğer paydaşlara hiç bir yükümlülük yüklemeyecekse⁴⁵, paydaşlardan her bir tek başına zorunlu geçit hakkının kurulması yönünde tek başına, diğer paydaşları temsilen (TMK m.693/III) talepte bulunabilir⁴⁶.

Ancak, bir taşınmazı genel yola çıkaracak bir geçidin söz konusu taşınmazın tahsis edildiği amaç kapsamında kullanılabilirliğini ve değerini artırıcı bir nitelikte olduğu hallerde, paydaşlardan birisinin olumsuz oyu nedeniyle paylı mülkiyet konusu taşınmazın genel yola çıkışının sağlanamamasının, adalet duygularını rencide edici “katı” bir hukuksal sonuç olduğu açıktır. İşte bu noktada bize göre, zorunlu geçit hakkı talebinin “olağanüstü yönetim işi niteliği” ön plana çıkar. Türk öğretisinde ÖZSUNAY ve ŞAHİNİZ’in zorunlu geçit talebini eMK m.625/MK m.692/I anlamında, taşınmazın devri, taşınmazda bir aynî hak tesisi veya taşınmazın yararlanma şeklinin değiştirilmesi niteliğinde bir işlem oluşturduğu yönündeki görüşleri yukarıda vurgulamıştı⁴⁷. Bu görüşlere, İsviçre Hukukunda HA-AB, Türk Hukukunda ise ARPACI’nın paylı mülkiyet konusu eşyanın iyi-

44 Söz konusu vazgeçme, niteliği itibariyle bir ibra sözleşmesiyle gerçekleşir. Yararlanan taşınmaz malikinin tam bedel ödeme borcundan ibrası niteliği itibariyle taşınmaz mülkiyeti kısıtlamasının hafifletilmesi niteliği taşımasına rağmen, anlaşmanın geçerliliği bir şekilde bağlı değildir. Burada resmi şekli öngören TMK m.731/II hükmü uygulama bulmaz. Zira söz konusu hüküm, sadece “doğrudan yararlanma kısıtlamalarında” uygulama bulur. Zorunlu geçit hakkı ise, niteliği itibariyle bir “dolaylı yararlanma kısıtlaması”dır. bkz. GÜMÜŞ, s.128 vd.

Genel olarak zorunlu geçit hakkından vazgeçmenin de şekilsiz ibra sözleşmesi ile gerçekleşeceği yönünde bkz. MEIER-HAYOZ, Art.694 N. 12, s. 375.

45 Örneğin dava açan paydaş, diğer paydaşların payına düşen miktar da dahil olmak üzere tam bedelin tamamını kendisi ödemeyi yüklenbilir.

46 Paydaşların oybirliğine dayalı paydaşlardan birinin dahi tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabileceği yönündeki anlaşmaları, TMK m.695/II’ye göre, resmi şekilde yapıp, tapu kütüğüne şerh edildikleri takdirde, sonraki paydaşları da bağlar. bkz. GÜMÜŞ, s.153 vd.

47 bkz. dn.36.

leştirilmesi sonucunu doğuran işleri, “bir tahsis amacı değişikliği” anlamında bir olağanüstü yönetim işi olarak gören kabullerini de ekleyebiliriz⁴⁸.

Zorunlu geçit talebinde bulunmayı bir olağanüstü yönetim işi olarak kabul etmenin temel sonuçları ise şunlar olacaktır:

a. Paydaşlar, olağanüstü yönetim işi niteliği nedeniyle, kural olarak oybirliği ile paylı taşınmaz için komşu taşınmazdan zorunlu geçit talebinde bulunabilirler (TMK m.692/I).

b. Ancak paydaşlar kendi aralarında yine oybirliği ile alacakları karar ile, maliki olunan taşınmaza ilişkin paylı mülkiyet ortaklığına dahil paydaşların tek başına veya farklı bir çoğunlukla zorunlu geçit talebinde bulunabilmeleri hususunda anlaşabilirler (TMK m.689/I)⁴⁹. Söz konusu içerikteki anlaşmalar, imzalarının noterlikçe onaylanması şeklinde akdedilecek bir sözleşmeye dayalı olarak paydaşlardan birinin başvurusu üzerine tapu kütüğüne şerh verilebilir (TMK m.689/II ve TMK m. 695/II).

c. Kurabilecekleri bu iradi yönetim düzeninin dışında, paydaşlar emredici nitelikteki yasal/yargısal yönetim düzeni çerçevesinde,

i. Zorunlu geçit talebi, “zorunlu yönetim işi” niteliği taşıdığı ölçüde, zorunlu geçit talebinde bulunulması (zorunlu yönetim eylemlerinin icrası) yönünde mahrum edilemeyecekleri ve feragat edemeyecekleri mahkemeye yönelik yasal bir talep hakkına sahiptir⁵⁰. Bir yönetim işinin zorunlu ol-

48 ARPACI, Abdülkadir: Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990, s.141; HAAB, Art.646 N.10, s.145.

49 Anlaşmada paydaşlar, tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma hakkını soyut paydaşlık sıfatına bağlamakla yetinecekleri gibi, sadece ismen belirli paydaşlara dahi bu hakkı tanıyabilirler. Ancak zorunlu geçit hakkı talebinin -biraz sonra göreceğimiz üzere- zorunlu ve ivedi iş niteliği taşıdığı haller de, tek başına talep hakkı belirli paydaşlara tanınsa bile, tüm paydaşlar tek başına TMK m.689/I kapsamında tanınan yasal olanakları tek başına kullanabilirler.

50 bkz.MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647, N.54, s.524, N.65, s.527; LIVER, s.104; REY, N.679 s.173. Ayrıca bkz. ARPACI, s. 146 vd. Mahkemeye yönelik katılma talebinin paydaşlar için bir eşyaya bağlı borç doğurduğu yönünde bkz. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647, N.64, s.527.

Zorunlu yönetim işinin olağan, önemli veya olağanüstü yönetim işi olmasına göre gerekli olan çoğunluk için görülmesi için sağlanamazsa, paydaşlardan her biri, hakimden somut olaya ilişkin bir yönetim düzeni belirlemesini talep edebilir. REY, N.679, s.173. Görüldüğü üzere, TMK m.689/II anlamında zorunlu iş-ivedi iş ayırımı,

ması için, o işin paylı taşınmazın değerinin ve kullanılabilirliğinin korunması için gerekli olmalıdır (TMK m.689/II, b.1) . Ancak öğretiyeye göre, bu yasal belirlemenin ötesinde işin zorunlu sayılabilmesi için eylemin (işin), sadece paylı taşınmazın “değerinin ve kullanılabilirliğinin” korunması değil, aynı zamanda eşyanın “yaralanabilirliğinin” korunması için de gerekli olmalıdır⁵¹. Zorunlu geçit talebinin bu bağlamda zorunlu iş sayılması ise kanımızca nadiren gerçekleşebilecek bir durumdur.

ii. Zorunlu geçit talebi, TMK m.689/II b.2 anlamında “ivedi bir iş niteliği taşırsa”, -ki zorunlu geçit talebinin bu bağlamda ivedi iş sayılması, işin ivedi niteliği ile bağdaşmazlığı nedeniyle gerçekleşmesi neredeyse olanaksız bir durumdur-, paydaş zorunlu işteki gibi öncelikli olarak mahkemeye başvurup talepte bulunmak için izin almaksızın, tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilecektir.

d. Ancak, zorunlu geçit talebinde bulunma talebi, somut olayda bir zorunlu veya ivedi iş olarak nitelendirilmese bile, paydaşlardan biri veya birkaçı haklı bir sebep olmaksızın paylı taşınmaz yararına zorunlu geçit talebinde bulunulmasına itiraz ediyorsa, paydaşlardan her biri yeni Türk Medeni Kanununun m.691/III'ün yargısal başvuru olanağının, olağanüstü yönetim işleri için de kıyasen uygulanması veya buna gerek kalmaksızın doğrudan paydaşlar arası ortaklık ilişkisinden doğan sadakat yükümü çerçevesinde, hakimden kendisine tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yönünde izin vermesini talep edebilir⁵².

e. Son olarak, bir paydaşın “yetkili” olarak tek başına dava açması halinde, gerçek vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulama bulacaktır⁵³.

Yukarıda sunulan görünüm içerisinde bir paylı mülkiyet ilişkisi içe-

yasanın öngördüğü diğer ayırım olan olağan, önemli, olağanüstü yönetim işi ayırımından farklıdır.

51 MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.647 N.57, s.525; REY, N.678, s.172. Zorunlu işler, İsviçre Hukukunda zorunlu yapısal önlemler (İMK m.647c) ve diğer zorunlu yönetim eylemleri (İMK m.647/II, b.1) olarak iki başlık altında ele alınmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Yasa Koyucusu, TM m.647c hükmünü yeni Kanuna almamıştır. Dolayısıyla zorunlu yönetimi işleri Türk Hukukunda TMK m.689/II, b.1-2 de sayılan hallerle sınırlıdır. Ancak söz konusu zorunlu yönetim işlerininin yapılarına ilişkin zorunlu işleri de kapsayacağından kuşku duymamak gerekir.

52 bkz. GÜMÜŞ, s.163-164.

53 MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, Art.648 N.4, s.562.

risinde paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilme olanağı sadece paydaşlar arasında oybirliği ile yapılan anlaşma ile tek başına geçit talebi bulunabilme olanağı tanınmış paydaşlar için veya zorunlu geçit talebinin bir ivedi iş teşkil ettiği hallerde kabul olunmalıdır. Bu istisnai haller dışında paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilmesi, yukarıda bentler halinde sunulan hukuksal çerçevede, hakimden bu konuda izin almasına bağlıdır. Eğer, gerekli izin alınmaksızın paydaşlardan birisi komşu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden zorunlu geçit talebinde bulunmuşsa (HUMK m. 13/II son cümle), söz konusu mahkeme paydaşın tek başına zorunlu geçit talebinde bulunabilmesine izin vermesi yönünden de HUMK m.13/II c.1'e göre yetkiliyse (paylı mülkiyet konusu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi), ayrıca bir dava açılmasına gerek olmaksızın, davacı sıfatını taşımayan diğer paydaşların da icazetini sağlayarak⁵⁴ paydaşlardan birisinin tek başına zorunlu geçit talebinde bulunup bulunamayacağı sorununu çözüme bağlamalı⁵⁵; gerekli icazet sağlanırsa veya icazet verilirse bile bu engellenmenin (icazet vermemenin) haklı bir sebebe dayanmadığı anlaşılıyorsa TMK m.747'ye dayalı zorunlu geçit irtifakı tesisine yönelik davaya devam etmelidir. Buna karşılık yetkili mahkemeler farklı ise, kendisinden zorunlu geçit talebinde bulunulan komşu taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin hakimi, paydaşın tek başına zorunlu geçit talebinde bulunma yetkisine ilişkin sorunu bekletici mesele yapmalı, bu konuda yetkili yaralanan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin vereceği tek başına dava açmaya yönelik izin kararının kesinleşmesinden sonra, TMK m.747'ye dayalı olarak açılmış davayı görmeye devam etmelidir.

Federal Mahkeme'nin yukarı da sunulan kararının aksine, tarafımızca yapılandırılan sistemin uygulamasında zorunlu geçit irtifakının ivazlı veya ivazsız olarak tesis edilebilirliği, sadece komşu taşınmazdan zorunlu geçit talebinde bulunulmasına karşı çıkan paydaşların haklı bir nedene dayalı olarak itiraz edip etmediklerinin tespitinde önem taşıyacaktır. Yasal

54 Artık burada diğer paydaşların davaya taraf sıfatıyla katılmaları zorunlu değildir; sonradan alınacak icazetlerinin dosya içeriğine dahil olması yeterlidir. Ancak diğer paydaşların da açılmış davaya davacı taraf sıfatıyla katılmaları da engellenemez.

55 Özellikle davacı sıfatı olmayan paydaşların, zorunlu geçit karşılığı ödenecek olan tam bedeli ödeme güçlüğü içerisinde olduğu hallerde icazet vermemelerinin haklı bir sebebe dayanmayacağı açıktır. Ancak diğer paydaşların tamamı veya bir kısmı ödeme güçlüğü içindeki paydaşın payına düşecek tam bedel payını ödeme borcunu yüklenirlerse, hakim zorunlu geçit irtifakı tesisine yönelik davayı reddetmemelidir.

geçit irtifakının taraflararası tam bedel borcuna ilişkin ibra sözleşmesine bağlı olarak uygun bedel ödenmeksizin kurulabildiği hallerin çoğunda, paydaşın geçit talebinde bulunmaya yönelik oybirliği gerektiren karara katılmaması halinde haklı bir nedene dayanmayan engelleme sebebiyle zorunlu geçit irtifakının tanınmasının talep edildiği mahkemenin doğrudan esasa ilişkin incelemeye girişebileceği açıktır.

Zorunlu geçit talebine dayalı davalar bakımından önemli olan husus, tüm paydaşların davayı hep birlikte açmalarının zorunlu olmamasıdır. Açılan davada davacı sıfatını haiz olmayan paydaşların sonradan davacı paydaşın davasına vereceği (paylı taşınmazın yönetime ilişkin zımni bir anlaşma olarak) icazet ile davacı paydaş dahi tek başına davaya devam edebilir. Ancak TMK m.693/III'ün getirdiği sistemin bir istisnası olarak, davaya katılmayan paydaşların icazeti sonrasında yürütülen davada davacı paydaş aleyhine verilecek kesin hüküm, diğer paydaşlar için de bağlayıcı olacaktır. Bu kabulün temelinde yatan düşünce ise şudur: TMK m.693/III, paydaşlardan her birine diğerini katılımı olmaksızın eşyanın korumasını "diğer ortakları temsilen" sağlayabileceğini öngörmekte, ancak buradaki "temsil" terimi, teknik anlamda bir "temsil yetkisi" olarak görülmemektedir.⁵⁶ Paydaşın tek başına bölünemez ortak bir menfaat için hareket ettiği hallerde, aleyhe verilecek hükmün sadece davacı paydaş için kesin hüküm teşkil edip, diğer paydaşlar için kesin hüküm oluşturmamasının⁵⁷ sebebi de TMK m.693/III'e göre tek başına dava açan paydaşın gerçek anlamda bir temsil yetkisine sahip olmamasıdır⁵⁸. Ancak TMK m.693/III'ün bölünemeyen ortak menfaatlerin korunması için öngördüğü teknik olmayan anlamıyla "temsil" olanağı, eşyaya ilişkin ortak/bütüncül menfaatlere yönelik fiil ve taleplerin aynı zamanda önemli veya olağanüstü bir yönetim işi oluşturduğu hallerde, artık "teknik anlamıyla temsile benzer" bir hukuksal olanak olarak ortaya çıkar⁵⁹. Bilindiği üzere, paydaşlar arasındaki iç ilişkinin tes-

56 HAAB, Art.648 N.2, s.146; BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.6, s.960; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N.742, s.152-153; GÜRSOY, s. 275-276; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s.418.

57 bkz. BRUNNER/WICHTERMANN, Art.648 N.8, s.961; HAAB, Art.648 N.2, s.146; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.591 GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.418.; SİRMEN, s.273.

58 HAAB, Art.648, N.2, s.146.

59 Buradan çıkan sonuç, TMK m.693/III'ün kapsamına sadece eşyanın (veya buna bağlı bütüncül menfaatlerin) "korunmasına" yönelik taleplerin girmediğidir. Bu anlamda bütüncül menfaatin eşyanın "korunması" yerine (veya yanında) eşyadan

pitinde paydaşlar arası anlaşma ve yasal yönetim düzeni belirleyicidir. Mevcut iç ilişki kapsamında paydaşlarca alınan karar sonrası, dış ilişki de söz konusu yönetim işinin görülmesi için temsil yetkisinin verilmesi zorunludur ve bu teknik anlamdaki temsil yetkisi hal ve şartlardan çıkarılabilir⁶⁰. Bu temsil yetkisine dayalı yönetim işlemi ise, sonuçları itibariyle tüm paydaşları bağlar. İşte zorunlu geçit talebi, paydaşlar arasındaki bölünemez menfaate ilişkin bir talep hakkı olmakla birlikte; TMK m.693/III'ün aradığı "diğer paydaşların menfaatiyle bağdaşma" şartı, paydaşların kural olarak oybirliği ile alacakları veya mahkemece hükmedilecek yönetime ilişkin kararlar gerçekleşmiş olacaktır. Ancak alınan karar her paydaşın veya belirli bir paydaşın dava açması yönünde olunca, artık ortada teknik anlamda temsil benzeri bir durum söz konusu olacağından, zorunlu geçit talebine ilişkin dava sonucunda davacı lehine ve aleyhine verilecek kararlar, davacı sıfatı taşımayan diğer paydaşlar için de bağlayıcı olacaktır.

Dava konusu olaya baktığımızda, 939 no'lu parselin paylı malikleri Ahmet Özseven ve İhsan Yücel, 938 no'lu parsel malikleri bakımından terake temsilcisi Abdurrahman Kılıç'a karşı, davalının tarla niteliğindeki taşınmazı üzerinde yine tarla niteliğindeki kendi taşınmazları lehine araç geçirmeye ilişkin bir yasal geçit hakkının tanınması için dava açmışlar, fakat İhsan Yücel'in yargılama sırasında davadan feragat etmiştir. Bu nedenle İhsan Yücel'in Ahmet Özseven ile birlikte dava açması, aslında olağanüstü yönetim işi olarak zorunlu geçit talebi için gerekli olan oybirliği şartının gerçekleşmesi anlamına gelir. Dolayısıyla İhsan Yücel'in dava açıldıktan sonraki feragati Ahmet Yücel'in davaya sonradan tek başına devam edebilmesi bakımından bir engel oluşturmayacak ve alınan karar, İhsan Yücel için de bağlayıcı olacaktır.

V. SONUÇ:

Sonuç olarak YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 7.05.2002 TARİHLİ VE E.2002/3187, K.3559 SAYILI KARARI, sonucu itibariyle doğru, fakat söz konusu sonuca varılmasında izlediği gerekçeler bakımından yanlış, diğer bir deyişle temel hukuksal dayanakları noktasında hukuka uygun olmayan bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

"yararlanmaya" yönelik olması da her zaman için olanaklıdır. Bu nedenle biz, temsil olanağını sadece ortak menfaatlerin "korunması" ile sınırlı tutan TMK m.693/III lafzını yeterli görmüyoruz.

60 HAAB, Art.648, N.2, s.146.